



EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO

OBRAS DEL MISMO AUTOR

Comentarios al título de los contratos del Código Civil Argentino, 1 tomo.

Compendio del Código Civil Argentino, 1 tomo.

Estudio sobre hijos naturales, 1 tomo.

Instituta del Código Civil Argentino (con la colaboración del Dr. O. Leguizamón), 1 tomo.

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO

DEL

CÓDIGO CIVIL

ARGENTINO

CONTENIENDO:

LA EDICIÓN OFICIAL Y LAS NOTAS DEL DR. VÉLEZ SANSFELD;
LA APLICACIÓN DE LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE NACIONAL, LOS DE LAS CÁMARAS
DE APELACIÓN DE LA CAPITAL,
Y UN ESTUDIO SOBRE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL

POR EL

DR. JOSÉ OLEGARIO MACHADO

TOMO I

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	29445
UBICACIÓN	C 1060



BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

1898



ABREVIATURAS EMPLEADAS EN LA OBRA



Ap.....	Apelación
Cám. de Apel. de la Cap..	Cámara de Apelación de la Capital
C.....	Corte
Civ. Germ.....	Civil Germánico
Cód. Civ.....	Código Civil
Cód. Rom.....	Código Romano
Com.....	Comentario
Comp.....	Compárese
Cons.....	Consúltese
Const. Nac.....	Constitución Nacional
Crim.....	Criminal
Der. int. priv.....	Derecho Internacional privado
Der. Rom.....	Derecho Romano
Dig.....	Digesto
Dis.....	Disertación
Exp. y crít.....	Explicación y crítica
Fr.....	Francés
Int. Gen. á las cost.....	Introducción general á las costumbres
Jur. Civ.....	Jurisprudencia Civil
Jur. Com.....	Jurisprudencia Comercial
Jur. Crim.....	Jurisprudencia Criminal
L ó l. — l. l.....	Ley — leyes
L. Jur. y Com.....	Ley de Jurisdicción y Competencia
l. c.....	Lugar citado
Lib.....	Libro
Matr. Civ.....	Matrimonio civil
N.....	Nacional
N. del A.....	Nota del autor
Nov. Rec.....	Novísima Recopilación
Obli.....	Obligación
P. E.....	Poder Ejecutivo
p. e.....	por ejemplo
Part.....	Partida
Reg. Civ.....	Registro Civil
Rep.....	Repertorio
Rev. de der. fr.....	Revista de derecho francés
Sig.....	Siguientes
S. C. N.....	Suprema Corte Nacional
Sec.....	Sección
Sér.....	Série
Tít.....	Título
V. Com.....	Véase Comentario
V.....	Palabra

NOTA: En la cita de los autores los tomos de la obra van indicados en números romanos y las páginas ó números en arábigo. — Los tomos de los Fallos de la Suprema Corte se citan tomando las cuatro séries publicadas (la 1ª serie 9 tomos; la 2ª série 21 tomos; la 3ª série 20 tomos; la 4ª série 15 tomos, hasta la fecha) como si fueran una sola série del 1 al 65.

Á la memoria de mis padres

José Antonio Muchado

y

Pilbona Cardoso





INTRODUCCIÓN

I

Los resplandores con que iluminó la revolución francesa los albores de nuestro siglo, lanzaron á la humanidad en nuevos caminos, rompiendo violentamente las ligaduras del pasado. El derecho divino cedió su paso al derecho de los pueblos, y la feudalidad desapareció ante la democracia triunfante, que proclamaba la igualdad ante la ley. Las viejas sociedades se sintieron rejuvenecidas y vivificadas por esta rica savia, que circulaba con fuerza por todo su organismo, y una nueva vida con ideales generosos animó á los pueblos, que comenzaron á transformarse para llenar sus destinos.

En adelante ya no se contará la historia de los reyes del derecho divino, sino la evolución de los pueblos, y las leyes no serán el resultado del buen placer de los representantes de Dios, sino de la voluntad soberana de los pueblos, respondiendo á sus necesidades.

Es así como el Código Civil Francés, vino á encarnar estas ideas de igualdad, condensando los principios triunfantes, y es por esa razón que casi todas las naciones lo tomaron como el evangelio de una nueva religión, que proclamaba la igualdad, y fué en adelante el guía que determinó las relaciones civiles de los individuos entre sí, y de las que tienen con el Estado considerado como persona...

Es un fenómeno digno de un profundo estudio, y que





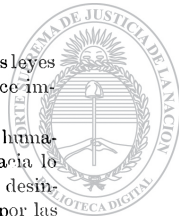
ha preocupado á los más célebres pensadores, el de explicar la ley á que obedecen estos movimientos de la humanidad, que cambia de vía y de ideales en ciertos momentos de su historia. Las cruzadas para libentar el Santo-Sepulcro, lanzaron á las clases dirigentes de la Europa en una época de proezas y de glorias; la Reforma conmueve á todos los pueblos y el ideal religioso se impone á la conciencia, como una de las necesidades más grandes de la vida.

El ideal de la legislación en nuestro siglo ha sido la igualdad ante la ley, y todas, naciones civilizadas, están impregnadas de este principio. ¿Cuál será el del siglo venidero? Ya se siente un sordo rumor en todas las sociedades, y las clases dirigentes se ven amenazadas en su base más fundamental: la propiedad, por el socialismo que marcha á oscuras todavía, sin encontrar su camino, pero que responde á una necesidad de los tiempos; á mejorar la condición del obrero y del proletario, haciendo desaparecer en cuanto es posible la inmensa desigualdad en la distribución de la riqueza. Será una utopía, un sueño generoso, el acercar estos extremos y llenar el abismo que los separa.

Pero no pensaba así el Sr. Feudal respecto á la igualdad con su vasallo?

¿Quién habría creído tan cercano el tiempo de la igualdad, cuando aún se vislumbraban los destellos de aquel Rey sol, llamado Luis XIV?

La lucha en el cercano porvenir, tendrá lugar alrededor de la propiedad, porque la civilización moderna tiene por ideal la elevación del hombre en todas sus manifestaciones, y la propiedad distribuída convenientemente, es el pedestal sobre que se levantará.



¿Por qué la economía política y la ciencia de las leyes no conseguirían acercarse á un objetivo que parece imposible?

Es necesario convenir que la tendencia de la humanidad en las postrimerías del siglo, nos lleva hacia lo positivo, haciéndonos abandonar los ideales del desinterés, del sacrificio, del heroísmo, del desprecio por las riquezas, para suplantarlo por un ideal más humano, que tiene su base en la naturaleza misma; porque el egoísmo es una ley de defensa y de conservación.

La legislación del porvenir debe tener por base la transmisibilidad de la propiedad, considerándola bajo su faz económica, de cambio, de utilización rápida, de elemento de progreso y bienestar.

Uno de nuestros profesores más distinguidos ⁽¹⁾ ha hecho notar, con razón, que no está lejano el día en que los inmuebles sean considerados como simples valores en circulación, y aunque el problema no se encare sino bajo una de sus múltiples facetas, hacemos notar la coincidencia con nuestras ideas, entre hombres que no han tenido contacto intelectual, y que llegan por procedimientos diversos al mismo resultado. Es que hay ciertas ideas, que se puede decir, flotan en la atmósfera intelectual de los hombres pensadores y buscan un punto de condensación, para convertirse en fuerzas sociales.

En mi opinión, las ciencias que deben resolver los problemas del porvenir, que trabajan y perturban á las sociedades en la actualidad, son la economía política y la legislación, y toda ley que no consulte el elemento económico, está destinada á escollar.

(1) DR. BURLONE.—Discurso de colación de grados de 1897.



II

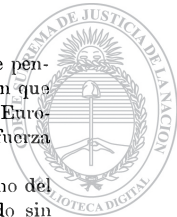
El Código Civil Francés fué el desenvolvimiento de la idea igualitaria conquistada por la revolución, respondiendo á la vez á una idea política de concentración y de unidad nacional, porque nada hay que estreche más á los individuos entre sí, que una sola lengua, una sola ley, una sola religión é idénticas costumbres. Es así como se funden en un molde las nacionalidades, adquiriendo esa cohesión, que las identifica en sus grandes desgracias ó en sus gloriosos triunfos.

Ese Código, tomando como fundamento el derecho romano, esa razón escrita que ha gobernado y continuará gobernando á las sociedades, dió nueva vida á las costumbres, especie de derecho popular, creado por el pueblo mismo, consagrándolas como una ley que toda la nación debía obedecer.

Una nación que al dictar un código no toma en cuenta las costumbres, no sólo desecha el precioso caudal de experiencia acumulado por las generaciones pasadas, sino que pretende dar la ley, sin consultar las necesidades de la sociedad que debe obedecerla.

Uno de los más grandes pensadores ⁽¹⁾ de los tiempos modernos ha dicho, con razón: al poder que las generaciones pasadas ejercen sobre las presentes, á las que transmiten su carácter físico y mental, sus costumbres privadas y su modo de vivir, es necesario agregar las reglas de conducta pública, transmitidas oralmente ó por escrito, y concluye por afirmar, que la autoridad de la costumbre, implica el culto tácito de los antepasados.

(1) HERBERT SPENCER.—*Principios de Sociología*.



Es necesario tener en cuenta que este célebre pensador ha debido ser influenciado por el medio en que escribió, porque la Inglaterra es el único país de Europa, en que la costumbre tiene la autoridad y fuerza de la ley.

El derecho consuetudinario creado en el seno del pueblo que le ha dado vida, debe ser consultado sin duda con preferencia, cuando se quiere codificar para una nación, y eso es lo que hizo el Código Francés, y que no seguimos nosotros, porque habíamos heredado de la España un derecho científico.

La Francia triunfante por las ideas humanitarias de su revolución, se impuso á la Europa, por sus ejércitos victoriosos, influenciando la legislación de todos los países, y su Código fué el molde en que se vaciaron, no sólo los europeos, sino los de la América del Sud.

Y por una rara coincidencia, que tal vez responda á alguna ley social desconocida, lo que la Francia victoriosa hacía al comenzar el siglo, la Alemania triunfante intenta ejecutar al finalizarlo, dictando un Código Civil que viene á ser la última expresión de la ciencia. Ha quedado así vencida en Alemania la escuela histórica fundada por Savigny, que se oponía á la codificación, porque detenía el desenvolvimiento del derecho, y necesitaba en el pueblo una preparación especial.

III

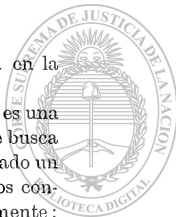
Examinemos ligeramente la estructura del Código Civil Francés, que ha servido de modelo á casi todos los Códigos, para compararlo con el nuestro, que siguiéndolo en su parte fundamental se ha separado en cuanto al

método, según lo expresa el Dr. Vélez Sarsfield en la nota de remisión de su proyecto de Código Civil.

El método en las ciencias de investigación es una cuestión de vital importancia, porque en ellas se busca una verdad que no se encontrará, si se ha tomado un mal camino. En estos casos, el método que no nos conduce á la verdad, nos separa de ella irremisiblemente; pero cuando se codifica ó legisla sobre una rama del derecho, el método carece de importancia, porque la colocación de la materia legislada en nada influye sobre su fondo; y así como puede legislarse primero sobre las sucesiones, sin que la ley pierda de su fuerza ó disminuya en autoridad, puede hacérsela seguir de los contratos, ó de los actos jurídicos, sin que por esto se altere la economía de la materia legislada. Pero el método adquiere grande importancia, cuando uno se propone enseñar el derecho; porque entonces las materias deben tener un encadenamiento lógico, pues se investiga y explica el procedimiento seguido por el legislador, para llegar al conocimiento de la verdad.

El Código Francés, siguiendo el método de las Institutas del Emperador Justiniano, dividió la materia civil en tres libros: personas, cosas y maneras de adquirir la propiedad, que comprende las sucesiones y contratos.

El Código de Chile, que fué uno de los más adelantados en su época, y que tuvo igualmente por modelo al Código Francés, dividió la materia en cuatro libros; 1º, de las personas; 2º, de los bienes, de su dominio, posesión y goce; 3º, de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos; 4º, de las obligaciones en general y de los contratos.





Freitas, en su célebre proyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil, comprendió en el libro 1º tres secciones, abrazando las personas, las cosas y los hechos; en el 2º, que dividió igualmente en tres secciones, comprendía los derechos personales en general; derechos personales en las relaciones de familia; derechos personales en las relaciones civiles; en el 3º los derechos reales; quedando sin proyectar las sucesiones. En este estado fué que escribió al gobierno del Brasil su célebre carta cambiando completamente el método en la manera de codificar. Proyectaba un Código general, que debía contener las leyes que enseñan, comprendiendo no sólo las definiciones, sino la materia de prueba, «porque todos los actos de la vida jurídica, exceptuando los beneficios, pueden ser comerciales ó no. . . . pues decía, que en todo el decurso de los trabajos de un Código Civil, aparecen raros casos en que sea necesario distinguir el fin comercial de los actos, por motivo de diferencia en los efectos jurídicos». Creo que con un código en esas condiciones, se habría ganado en claridad, siguiendo al individuo en las diversas facetas de su actividad.

El Dr. Vélez Sarsfield, al proyectar el Código Civil Argentino, siguió el orden establecido por Freitas, variándolo en partes insignificantes. Comprendió en el libro 1º las personas en general; y de los derechos personales en las relaciones de familia; formando el 2º libro con los derechos personales en las relaciones civiles, materia que Freitas trataba en la sección tercera del libro II; en el libro 3º trató sobre los derechos reales; y en el 4º de las sucesiones.

El Código Civil Alemán, que comenzará á regir en 1900, divide la materia legislada en cinco partes: 1º,

personas, cosas, actos jurídicos, plazos, prescripciones, legítima defensa; 2º, relaciones obligatorias; 3º, derechos reales sobre las cosas; 4º, derechos de familia; 5º, sucesiones.

Pero, volvemos á repetir, el método tiene poca importancia en la codificación, y cuando el Dr. Vélez Sarsfield informaba al Gobierno, sobre los obstáculos vencidos en el trabajo encomendado, diciéndole: «el método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso, y me ha exigido los mayores estudios», es porque tomaba la codificación, no como un trabajo de selección y de síntesis, sino como una investigación científica, en que se busca una suma de verdades no conocidas, para incorporarlas al caudal de la humanidad.

La ciencia persigue verdades ignoradas y enriquece los conocimientos humanos; la ley traduce en forma de reglas las necesidades del pueblo que debe obedecerla, y semejantes á los líquidos que toman la forma del vaso que los contiene, debe amoldarse á la índole peculiar de la nación en que ha de aplicarse.

IV

HISTORIA DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Después de conquistada nuestra independencia, siguió un período borrascoso de guerras intestinas, que esterilizó el esfuerzo de dos generaciones que luchaban por constituir definitivamente la nación. Guerras civiles, tiranías, separación de provincias, gobiernos oligárquicos, caudillos sanguinarios, todo pasó por este fértil





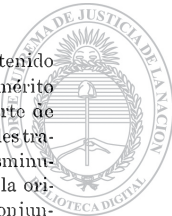
suelo, como un ciclón que no deja en pie ni los árboles seculares.

El general Mitre tuvo la gloria de presidir el primer gobierno nacional, y en este período histórico se inició la reforma de nuestra legislación civil, encargando la redacción del Código, al más célebre de los jurisconsultos de la época, Dr. D. Dalmacio Vélez Sarsfield.

No pienso como uno de los más reputados publicistas⁽¹⁾, que «por el lado de la vanidad, el trabajo de un Código es el más pobre de los títulos, que ni siquiera valga la pena de tener autor conocido, pues se reduce á un trabajo de copia ó de asimilación de trabajos extranjeros, más fácil y trivial que el de un simple alegato en derecho»; pero entre esta opinión sugerida por las enemistades políticas y la que considera al Código Civil Argentino como el Arca Santa que no es permitido tocar, ó como la última palabra de la ciencia, que nadie debe intentar reformar, caben opiniones intermedias, en que haciendo honor al trabajo realizado y reconociendo la ciencia de su autor, lo despoja de toda originalidad imposible de obtener en la codificación, para tomar la obra en su conjunto, y considerarla como un monumento jurídico que hace altísimo honor á su redactor y á la nación que lo consagró con su voto.

El Dr. Vélez Sarsfield ha tomado los ricos materiales que la ciencia jurídica había acumulado, durante tantas generaciones, y á semejanza de Miguel Angel, ha levantado la inmensa cúpula que los hombres de ciencia contemplan con respeto, sin perjuicio de señalar las imperfecciones, que se notan en los detalles. Rara es la obra humana que no pueda ser mejorada ó perfeccionada.

(1) DR. J. B. ALBERDI.—*Carta crítica al Código Civil*. 1868.



Es cierto, que el codificador argentino, ha tenido un guía seguro y un consejero de inestimable mérito en el proyecto del Dr. Freitas; que la mayor parte de sus notas no son originales, reduciéndose á simples traducciones de autores extranjeros; pero si esto disminuye en algo el mérito de su trabajo, en cuanto á la originalidad, nadie puede negar que la obra de conjunto es soberbia en su grandeza, revelando un gran talento en su autor y una vastísima erudición, que muy pocos alcanzaron en su época.

El Código Civil es semejante á esos monumentos, que contemplados á cierta distancia, nos imponen por su grandiosidad y vastas proporciones, pero que examinados de cerca por los hombres del arte, se encuentran defectuosos en los detalles, ó que no guardan una perfecta armonía con el conjunto, y que si hacendasmerecer la obra por los lunares que la afean, en nada alteran la consideración que se debe tener por el gran poder intelectual del autor.

En las condiciones actuales de la humanidad, con el caudal de ciencia que poseemos, sería un grave error buscar originalidad en un trabajo de codificación, sobre todo, teniendo en cuenta que no se trata de ciencias puras, sino de aplicación. La originalidad está en el conjunto, en saber aprovechar los materiales que se encuentran esparcidos por doquiera, y que muy pocos han podido reunir, después de un estudio paciente y laborioso. Es por eso que se ha dicho con razón, que en materia de codificación, elegir es crear.

Uno de nuestros más reputados jurisconsultos (1), ha tenido el cuidado de computar el número de ar-

(1) DR. LISANDRO SGOVIA.—*Introducción á la Expt. y Crít. del Cod. Civil.*



tículos con que cada autor ó Código ha contribuido á la redacción de nuestro Código Civil, y dejando á su cargo la responsabilidad de la afirmación, consignamos el dato como interesante. Zachariæ 70, Aubry y Rau 700, Goyena 300, Cód. Civ. Chileno 170, Cód. Civ. Francés 1100, Troplong 50, Demolombe 52, Cód. de Luisiana 52, Cód. Civ. del Uruguay (Acevedo) 27, Chabot 18, Maynz 13, Molitor 13, Savigny 4, fomando un total de 2556 artículos, y aunque el autor no lo dice, los demás deben ser tomados de Freitas, Proyecto de Código Civil para el Brasil. Pero este trabajo de selección no disminuye el valor de la obra. ¿Y quién se atreverá á amenguar el mérito del arquitecto, porque los materiales de su obra hayan sido elaborados por otros? . . .

¿Por qué el Gobierno del General Mitre encargó á un solo hombre la redacción del Código Civil, en lugar de nombrar una comisión? Es necesario tener en cuenta aquella época histórica. La integridad nacional buscada por ambos combatientes, acababa de salir triunfante en los campos de batalla, y era de buen gobierno ayudar á su consolidación, por la unidad de las leyes que el Congreso debía dictar. La lucha ardiente que acababa de terminar en Pavón, había separado en dos campos á los hombres más competentes con que contaba la República, y no era posible esperar á la acción del tiempo, para que pudieran unir sus esfuerzos y producir un Código. La necesidad de la reforma de la legislación civil era tan premiosa, que se prefirió convertir el proyecto en ley nacional, sin una exposición de motivos, sin una explicación, sin un antecedente, que pudiera guiar al magistrado y al jurisconsulto en la interpretación de la ley. De ahí es que la nota del codificador argentino ten-

ga tanta importancia, cuando se trata de interpretar el Código.

El Congreso, por ley de 1882, depuró al Código Civil de cientos de errores tipográficos, que habían sido notados por los que habían escrito obras sobre Derecho Civil. La primer obra que apareció, fué la que redactamos en colaboración con el Dr. Leguizamón, bajo el nombre de «Instituta del Código Civil Argentino», con el objeto de facilitar su estudio y en ella anotábamos algunos cientos de errores; después aparecieron sucesivamente las obras de los doctores Sáenz, Segovia y Llerena, confirmando nuestras observaciones y adelantándolas; así es, que la ley de fe de erratas, ha sido inspirada en gran parte por estas obras.

Pero el Congreso no se atrevió entonces á corregir los errores de doctrina, ni á armonizar las disposiciones que están realmente en colisión, porque en las ideas corrientes de esa época, predominaba la creencia de que el Código Civil debía ser considerado como un monumento, que nadie podía tocar, sin correr el riesgo de perjudicarlo. Los estudios críticos posteriores, han demostrado que si bien es una obra de gran mérito, debe ser depurada cuidadosamente de los lunares; y la jurisprudencia de nuestros tribunales ha confirmado este juicio.

Es conocido el procedimiento que se siguió para la elaboración del Código Civil Francés, habiendo concurrido á esta obra célebre todos los hombres más notables de Francia. Igual cosa acaba de hacer Alemania para la preparación del Código Civil, que debe regir en 1900. Nosotros no hemos podido imitarlos por las razones expuestas, pero se debe seguir ese método, cuando se trate de depurar al Código de los errores que contiene.



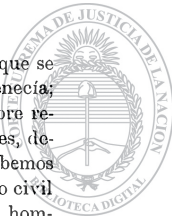
REFORMAS QUE EL CÓDIGO CIVIL INTRODUJO



La legislación española continuó rigiéndonos en lo Civil hasta la promulgación del Código, y es con relación á estas leyes, que el codificador argentino enuncia, que ha suprimido el título de la adopción, el de la excusación de los tutores, el beneficio de restitución «in integrum», la hipoteca tácita y tantas otras instituciones del derecho.

Sin entrar en un estudio crítico sobre la importancia de estas supresiones, de las que algunas se imponían como una necesidad de nuestros adelantos, debemos hacer notar, que en codificación todo es relativo, y que si un código es una obra de ciencia, lo es necesariamente de ciencia aplicada á una sociedad de cuyo estado intelectual y costumbres no se debe prescindir. Así, el Código Civil Alemán legisla la adopción, la prodigalidad, etc., porque responde á las necesidades de su sociabilidad actual.

La supresión de la restitución «in integrum», como de la hipoteca tácita en los bienes de los tutores, curadores, maridos, etc., era una reforma que consultaba los intereses económicos de la época actual, pues ponía en circulación bienes que antes estaban casi fuera del comercio; pero en cambio no se ha consultado los intereses bien entendidos de la nación, al no haber comprendido en un título del Código, el registro sobre el estado civil de las personas, dejándolo á las provincias. Es cierto que el codificador indicaba en la nota de remisión del proyecto, que ese título podía «trasladarse» al Código Civil, tomando la ley de Buenos Aires que él mismo había



redactado; pero se ha entendido generalmente, que se usurpaba á las provincias un derecho que les pertenecía; por eso es que el Congreso ha dictado una ley sobre registro civil para la Capital y Territorios Federales, dejando á las provincias que dicten la suya. Debemos corregir este error fundamental, porque el «estado civil es la condición social en virtud de la cual goza el hombre de ciertos derechos, y la incertidumbre de ese estado, dejaría en problema el goce de los derechos de hijo legítimo, de heredero, etc.» Y esto lo ha comprendido el Congreso al legislar sobre el matrimonio civil, imponiendo la forma en que debe hacerse constar el acto en toda la República. La ley del registro civil debe figurar en el Código, sin que esto se tome como una usurpación de los derechos de las provincias, porque no está comprendido en las leyes de proceso, que se refiere únicamente á los juicios.

Otra de las reformas que se hacen necesarias, no sólo por los abusos á que se presta, sino por el desamparo en que deja á los huérfanos é incapaces, es la relativa al nombramiento de tutores y curadores, que nuestro Código ha atribuído á los jueces. La misión de los tribunales es decidir las controversias que se susciten entre las partes, y cualquiera otra función que se les encargue, está destinada á desnaturalizar su misión. El Código Civil Francés y todos los que lo han seguido, instituye el consejo de familia presidido por el juez, para hacer esos nombramientos, porque se supone con razón, que la familia es la única que tiene interés en la educación del menor ó en el cuidado del demente. El Código Civil Alemán confía esa misión al consejo de Huérfanos de la comuna.

VI

IDEA DE LA OBRA



El Código Civil Argentino es una obra de ciencia, que poco se ha cuidado del estado intelectual de la nación que debía obedecer la ley y cuyas relaciones de derechos determinaba. Responde más bien á esa aspiración generosa de la raza latina por apropiarse del ideal, que debe ser la meta á que llegue el pueblo en su desenvolvimiento progresivo. Cuando las leyes se adelantan demasiado á la cultura intelectual y moral de una nación, corren el peligro de quedar como letra muerta, mostrando únicamente el deseo de las clases dirigentes, de encaminar á la sociedad por una vía nueva; pero como la masa no está preparada para recibirla, como no hay una necesidad sentida, la ley queda olvidada ó no comprendida, ó resistida y violada.

Si bien las leyes tienen una decisiva influencia en la dirección social, es necesario convencerse que ellas no forman las costumbres de la nación, que jamás deben contrariar abiertamente, porque corren el peligro de estrellarse contra esa muralla formada por las generaciones que pasaron. Las leyes, para ser eficaces, deben responder á necesidades sentidas en la vida nacional.

Con un Código Civil científico, que necesita dedicarle la mayor parte de su vida para explicarlo, las obras de derecho civil condensando la doctrina, exponiéndola en sus desenvolvimientos, así como haciendo la historia de su marcha, y las controversias que ha suscitado, responde á una exigencia que el código mismo impone al jurisconsulto.



La explicación del Código Civil es una materia tan rica y extensa, que daría tema para cincuenta volúmenes, si se le estudiase ampliamente. La vida de un solo hombre no sería bastante larga para una obra semejante. Por esa razón, los que hemos dedicado parte de nuestra vida al estudio del Código Civil, debemos limitarnos á exponer sus doctrinas en una forma sintética y somera, si no queremos correr el peligro de dejar una obra incompleta. A este plan responde la obra que presentamos al público.

Mucho nos ha preocupado el método que debíamos seguir, porque es de gran importancia en las obras de enseñanza; pero hemos tropezado con el grave inconveniente, de que el Código Civil se enseña en nuestras Universidades, siguiendo el mismo método del Código, que como ley podía no haber adoptado el mejor, sin perjudicar su fuerza y autoridad; y hemos preferido seguirlo paso á paso, aunque el desenvolvimiento de las materias habría ganado en claridad, cambiando el lugar que ocupan.

La obra comprende tres partes: la primera la compone el texto en que se expone la doctrina, siguiendo en cuanto ha sido posible el orden de los artículos del Código, que se citan literalmente en letra bastardilla, tomados de la edición oficial, y cuando ha sido necesario agregarles algunas palabras para darle mayor claridad, van señaladas en tipo común.

La necesidad de la exposición doctrinal, nos ha obligado muchas veces á dividir el artículo en dos ó tres partes, y en ese caso, cada parte lleva al pie el número del artículo, de modo que uniéndolas, se tiene el texto de la ley. Muy rara vez hemos alterado el texto, supri-

miendo alguna palabra sin importancia, porque no se adaptaba á la exposición.

La segunda parte, comprende la nota, que es un comentario abreviado del artículo, en que hemos procurado condensar las opiniones de los autores que han servido de guía al codificador, y estudiar más á fondo la materia. Esta es la parte más extensa.

La tercera se compone de la nota del Dr. Vélez Sarsfield, de la que no se debe prescindir al estudiar el Código Civil, porque es el único antecedente que tenemos, y porque las ediciones oficiales la contienen. A esta parte hemos agregado los fallos de la Suprema Corte Nacional y los de las Cámaras de Apelaciones de la Capital, en los puntos que ofrecen mayor dificultad, proyectando así sobre cada artículo toda la luz posible, á fin de que se le pueda interpretar con mayor facilidad.

Los fallos han sido agregados después de concluida la obra, y por esa razón nos vemos obligados á anotarlos, cuando no están conformes con nuestra doctrina.

Nuestro criterio al estudiar y comentar el Código Civil, ha sido el de iluminar cada disposición, para que se la perciba en toda su verdad, pensando que el comentador debe ser el amigo leal y sincero de la ley, y que su misión es semejante al de aquel que, en presencia de una obra de arte, va mostrando todas las bellezas que contiene, para que los demás las aprecien, sacando la mayor suma de instrucción. No creo que sea ajeno al comentario la crítica jurídica, que indica con sinceridad el lunar que afea la obra, á fin de promover la reforma, y este derecho lo hemos ejercido con suma prudencia.

Hemos agregado al fin de la obra un estudio sobre





la ley del Registro Civil que rige en la Capital y Territorios Nacionales, y que las provincias debieran adoptar sin alteración, ya que el Congreso no lo ha comprendido en un título del Código; de esa manera tendríamos la unidad de legislación, en materia de tan vital importancia.

La ley de matrimonio civil va con la numeración que tiene al presente, hasta que una ley del Congreso indique la forma en que debe incorporarse al Código Civil, buscando no alterar la numeración actual, que dejaría sin fundamento todas las decisiones de los Tribunales dictadas hasta la incorporación de la ley, y sin suprimir el texto derogado.

La obra que presentamos es la primera que comenta y explica todos los artículos del Código, porque las publicadas hasta la fecha ⁽¹⁾ han dejado en blanco centenares de ellos. En este sentido se puede decir que es la más completa, porque abraza todo el Código.

En cuanto á la utilidad é importancia será apreciada por los hombres de ciencia, con un criterio sereno y elevado. Ellos juzgarán de nuestro sostenido esfuerzo.

Buenos Aires, Mayo de 1898.

J. O. MACHADO.

(1) Las obras del Dr. SAGGIOVA, *Explicación y crítica*, que nos ha ahorrado el trabajo de buscar la concordancia de cada artículo, y la del Dr. LLEURNA, *Concordancias*, que nos ha servido en la correlación de los artículos del Código.

EXPOSICIÓN RAZONADA
DEL
CÓDIGO CIVIL ARGENTINO
TÍTULOS PRELIMINARES



TÍTULO PRIMERO

§ 1.— DE LAS LEYES EN GENERAL

La ley es una regla establecida por la autoridad que determina la Constitución y es jurídicamente obligatoria para todos los que habitan el territorio de la Nación.

La ley manda, prohíbe ó permite, y se presenta bajo este triple aspecto, determinando las relaciones de derecho de los que habitan dentro de un territorio dado.

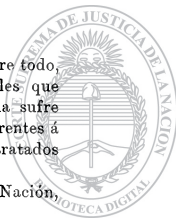
El objeto principal de las leyes es prevenir la incertidumbre, determinando el límite de la acción individual.

Las leyes se fundan en las necesidades de una Nación y se traducen en forma de reglas, apoyándolas en el derecho natural, dándoles la sanción y fuerza de que éste carece.

El derecho positivo es la colección de esas leyes destinadas á dirigir convenientemente las acciones humanas.

Las leyes se manifiestan en su fuerza obligatoria desde el momento que llegan á ser conocidas de los que deben obedecerlas, y cuando el Código dice: *las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos ó extranjeros, domiciliados ó transeúntes* (**art. 1**), se refiere á las

(**Art. 1.**) La idea que se tiene de lo que es una nación, se aplica á la reunión de individuos que bajo un gobierno cualquiera ocupan determinado territorio, reconocida su soberanía por las demás. La sobe-



que están en vigencia en virtud de su publicación, y sobre todo, á las correccionales, de policía, de seguridad ó penales que se aplican sin consideración al domicilio. Esta regla sufre una excepción, cuando se trata de las leyes civiles referentes á la capacidad de obrar de las personas, ó cuando por tratados deben aplicarse las leyes extranjeras.

Hay personas que no están sujetas á las leyes de la Nación

ranía implica la facultad de someter á la ley en vigor á todos los que penetran dentro del territorio, y sólo por conveniencias particulares ha podido admitirse que en ciertos casos rija la ley del domicilio ó nacionalidad del individuo.

En naciones que tienen proclamada la igualdad ante la ley, esa igualdad desaparecería si á unos les fuera permitido hacerse juzgar por la ley de su país y á otros por la de la nación donde tienen su domicilio, sometiendo á la ley nacional sólo á los nativos.

La soberanía territorial es la regla más segura.

En la antigüedad, en que la palabra extranjero tenía la significación de extraño á la asociación, el derecho patrio era un verdadero privilegio acordado á los nacionales; pero cuando las naciones han entrado en relaciones frecuentes, en que la solidaridad humana se ha abierto paso, buscando la unidad, que es el ideal hacia el cual marchan todas, unificando sus tendencias y aspiraciones, sólo entonces se ha comprendido el precio que tiene la igualdad ante la ley, y el imperio del derecho nacional se ha impuesto para todos los que habitan el territorio.

El espíritu de nuestra legislación civil tiende al predominio de la ley territorial sobre la extranjera, pero en vista de una unidad superior de legislación que la acerca hacia las demás, ha introducido excepciones que, como dice Savigny, se pueden considerar como un acuerdo amigable entre los Estados soberanos que admiten leyes originariamente extrañas á las fuentes donde sus tribunales deben buscar el fundamento de su decisión. Lo más propio y que está en armonía con la soberanía de cada Estado, es seguir el consejo y recomendación de casi todos los juriconsultos, estableciendo esas excepciones por tratados que las incorporen á la legislación patria. V. Cód. CHILE, art. 14; LEHER, N° 8, *Droit. Civ. Germ.*; SAVIGNY, *Der. Rom.* § 358; DEMOLOMBE, I, n° 2 y sig., V. nuestros arts. 6, 20, 90 n° 5, 159, 923, 948 y 3638.



en cierto modo, y que sólo pueden ser juzgadas en lo relativo á las controversias civiles ó comerciales, con arreglo al derecho de gentes; p. e., los Embajadores ó Ministros plenipotenciarios de las naciones amigas y que no pueden ser juzgados *sin del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes* (art. 100, Cons. Nac. y art. 1, n.º 3, ley 14, Sbre. 1863). En lo general, su inmunidad es completa; sólo deben ser juzgados con arreglo á las leyes de la nación que representan y por sus tribunales.

La inmunidad se extiende al lugar ó casa que ocupan que, por una ficción, se considera como una parte del territorio de la nación que representan, de la misma manera que un buque de guerra surto en nuestras aguas, se reputa un pedazo del territorio de la nación á que pertenece.

Los Encargados de negocios no tienen generalmente el privilegio de la exterritorialidad, aunque algunas naciones se los conceden como una muestra de respeto por la que los acreditó.

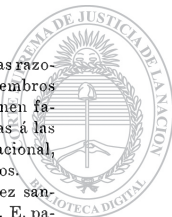
Los cónsules no tienen inmunidad personal, ni sus casas gozan del derecho de asilo.

§ 2. — DE LA FORMACIÓN DE LAS LEYES

Las leyes pueden ser nacionales ó provinciales. Las nacionales las dicta el Congreso, y con el cúmplase del P. E. Nacional y su publicación, se hacen obligatorias para toda la Nación. Hay leyes que el P. E. puede no publicar, porque hubieren sido vetadas, y en ese caso la ley observada vuelve á la Cámara de su origen con el mensaje en que funda las razones de su oposición. Si ambas Cámaras insisten por dos tercios de votos de sus miembros presentes, en votación nominal por sí ó por no, se tendrá por ley, publicándose los nombres y fundamentos de los sufragantes, así como las objeciones del Poder Ejecutivo.

Si la ley sancionada por el Congreso no ha sido observada dentro de diez días de su comunicación al P. E., se reputa ley y debe procederse á su publicación.

Las leyes se forman, ó por proyectos presentados por



el P. E. acompañados de un mensaje en que se exponen las razones y fundamentos, ó por proyectos que nacen de los miembros de la Cámara en donde se inician. Ambas Cámaras tienen facultad de iniciar las leyes, con excepción de las relativas á las contribuciones, ó las de reclutamiento de la Guardia Nacional, que sólo pueden ser iniciadas por la Cámara de Diputados.

Un proyecto de ley iniciado en una Cámara, una vez sancionado, es enviado á la otra, y si es aprobado, pasa al P. E. para su publicación y ejecución, quedando convertido en ley mediante el cúmplase y la publicación.

Si la Cámara á que se ha comunicado el proyecto sancionado lo rechaza en su totalidad, ese proyecto no puede volver á ser tratado en las sesiones ordinarias de ese año; si sólo se introdujeran ciertas reformas, volverá á la Cámara de su origen, y si las aprobase, se comunicará al P. E. para su publicación; si la Cámara las rechazara, volverá á la otra, y quedará sancionada si no tuviera dos tercios de votos para insistir en sus reformas; si los tuviera, volverá á la Cámara de su origen, y si ésta insistiera con dos tercios de votos, quedará sancionada tal como la propuso; si no los tuviera, quedará con las reformas.

El P. E. tiene la facultad constitucional de reglamentar las leyes, para su mejor y más perfecto cumplimiento, sin que pueda tocar ni modificar el fondo de las mismas.

§ 3.— DE LA PUBLICACIÓN DE LAS LEYES

Para que una ley sea obligatoria, es necesario que haya sido publicada; nadie puede estar obligado á acatar una disposición que no conoce.

Se entiende por *sanción*, á la aprobación que da el poder legislativo á una disposición que está destinada á convertirse en ley, una vez que haya sido aceptada por el P. E., ó á una disposición aceptada por ambas Cámaras y que el P. E. devuelva observada. Así, una ley está sancionada cuando ha sido aprobada por el Congreso, sin que haya recibido el cúmplase del Poder Ejecutivo.

Promulgación ó publicación tienen un mismo sentido entre

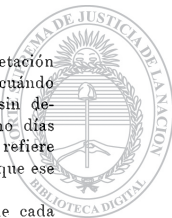


nosotros, y significa el acto por el cual la ley se pone en conocimiento de los que deben obedecerla. La publicación se hace por los medios que determinan las leyes, ya sea en el diario oficial, como al presente, ya en los que se designe, como se hacía anteriormente.

La publicación en el Registro Oficial, que se hace anualmente, es una especie de colección de todos los actos producidos por el gobierno durante el año transcurrido; pero no es ese el Registro donde se hace la publicación que necesita la ley para ser obligatoria.

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

(Art. 2.) La promulgación, que en general importa el acto por el cual el P. E. da á la ley su fuerza obligatoria é intima á las autoridades administrativas y judiciales la orden de guardarla y mantenerla, se confunde entre nosotros con la publicación, que es el medio de hacer conocer á los habitantes la ley que debe ser obedecida. El art. 69 de la Constitución establece: que aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras, pasa al Ejecutivo, y si también lo aprueba, lo promulga. Publicada ó promulgada, todos los habitantes de la Nación, sean constituidos en autoridad ó no, están obligados á prestarle obediencia. La publicación de las leyes se hace entre nosotros de un modo irregular; algunas veces, el Gobierno la contrata con los diarios de mayor circulación, otras en un diario oficial que se crea expresamente y que no tiene más circulación que la remisión que de él se hace á las autoridades de la Nación. En Francia, por ejemplo, donde existe un boletín de las leyes, sólo se reputan publicadas, desde que el Ministerio de Justicia ha recibido dicho boletín con la inserción de la ley. Entre nosotros, las leyes tienen fuerza de tales, en la Capital Federal, desde el día siguiente de su publicación, si no determinaren un plazo especial; y en todo el territorio de la República, á los ocho días de la publicación. La ley publicada en la Capital Federal rige, pues, á los ocho



La redacción de este artículo es impropia y la interpretación lo ha corregido debidamente. Se señala el tiempo desde cuándo deben ser obligatorias las leyes en la Capital Federal, sin decirse cuándo lo serán en las Provincias, porque los ocho días indicados para los departamentos en cada provincia, se refiere á las leyes provinciales; sin embargo, debe entenderse que ese término rige igualmente para toda la República.

Las leyes provinciales publicadas en la capital de cada

días en toda la Nación, sin que pueda alegarse su falta de promulgación, sino en casos extraordinarios, como en el de ocupación por el enemigo de parte del territorio nacional. LOCRÉ, I, p. 414 n.º 2 y 5; TOULLIER, X, 62.

Debemos hacer notar la justísima crítica á que se presta una publicación de leyes casi anónima, sin una fuente segura para conocer el texto oficial, que puede ser alterado en la publicación, haciendo incurrir en error no sólo á los particulares, sino á los jueces encargados de aplicarla. ¿Desde cuándo deben considerarse publicadas las leyes? El P. E. ha puesto el cúmplase á la ley y la manda publicar en el registro, pero no se puede decir que eso baste para que la publicación se considere realizada; debiera existir un control de que se ha hecho, ó de que es ese el texto original, y de que se considera publicado desde tal fecha ó tal hecho realizado; y estas circunstancias tienen una grandísima importancia, cuando son leyes que vienen á abrogar ó reformar las existentes, ó cuando son leyes generales. Entre nosotros, no puede promoverse la cuestión sobre la validez de la ley promulgada y no publicada, porque ambos términos significan lo mismo, y lo único que podría preguntarse es si las partes pueden verse de ella durante los ocho días de su publicación y antes que sea obligatoria. Si la nueva ley es contraria ó reforma la existente, si la ley en vigencia es de aquéllas que no deja á los particulares el derecho de alterarla en sus convenciones, éstos no pueden por su propia voluntad sustituir una ley obligatoria por otra que no lo es; pero si por el contrario, la nueva ley no se refiere á las leyes existentes, sino que viene á reglar nuevas relaciones, no vemos por qué los contratantes no podrían acogerse á la nueva ley, acordándole efectos legales por su propia voluntad, siempre que no alterasen las leyes de orden público ó contrariasen las prohibitivas. *Cons. AUBRY Y RAU*, § 26; *DEMOLOMBE* I, 23 y *TOULLIER*, I, 57.



Estado serán obligatorias en los departamentos, salvo disposición en contrario, á los ocho días de publicadas en la Capital; del mismo modo, las leyes nacionales publicadas en la Capital Federal, serán obligatorias en toda la Nación á los ocho días de publicadas en la Capital.

Nuestro Código ha adoptado el sistema de la simultaneidad, rechazando el de la progresión según las distancias, porque el tiempo señalado supera en más del doble del que se necesita para llegar á las Provincias más lejanas, que están ligadas por ferrocarriles. No sucede lo mismo con los territorios federales, en que algunos, como la Tierra del Fuego. p. e., no tienen comunicación sino cada 15 días ó un mes, y algunas veces más. En estos casos, no se debería considerar como publicada la ley, hasta que el Gobernador del territorio haya recibido la comunicación respectiva; pero no sucede así.

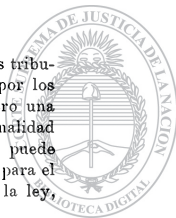
La ley nacional, como la provincial, no necesitan de más publicación que la hecha en la Capital Federal, ó en la capital de cada Estado en su caso, porque sería hacer depender la fuerza obligatoria de la ley, de circunstancias fortuitas que no deben influir en su cumplimiento.

En el estado actual, con los medios de que dispone la prensa periódica, se puede considerar conocida la ley, por los que realmente la estudian, en el momento de su publicación, porque se asiste, se puede decir, á su discusión, y se sabe cuándo se sanciona, así como si el P. E. la vetará ó no, y si será publicada.

La simultaneidad tiene la ventaja de no prestarse á las diversas cuestiones y pleitos que el sistema contrario originaría.

§ 4. — DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

Las leyes pueden abrazar el pasado, el presente y el porvenir, porque el poder del legislador no puede ser limitado sino por su propio criterio. En este sentido, la omnipotencia del legislador es la regla, que no puede ni debe admitir control de ninguna clase. Nadie puede impedir que el Congreso dicte leyes inconstitucionales, ó contra todas las conveniencias, violando la justicia y los más claros principios; esas leyes serán



obligatorias para todos los habitantes de la Nación y los tribunales deberán aplicarlas, mientras no sean reclamadas por los particulares cuyos derechos violen ó desconozcan; pero una vez puesta en tela de juicio la validez ó constitucionalidad de una ley, por la parte interesada, el Tribunal Federal puede decidir declarándola inconstitucional y no obligatoria para el reclamante; esta resolución no es una abrogación de la ley, pues no puede ser derogada sino por otra ley.

La ley declarada inconstitucional puede continuar aplicándose y será obligatoria para los demás, hasta que la reclamen á su vez, y puede muy bien suceder que otro Juez la declare constitucional, y que la Corte, habiéndose renovado, confirme esa resolución contraria á la que la declaraba inconstitucional. Esto ha ocurrido y puede ocurrir tratándose de cuestiones difíciles, en que sólo un estudio paciente y laborioso consagre la verdadera interpretación. Esta es, pues, la diferencia capital que existe entre la resolución de los Tribunales Federales declarando inconstitucional una ley en un caso dado, y la abrogación de esa ley por otra posterior que la deje sin efecto.

Así, pues, se debe entender que la regla que declara que *las leyes disponen para lo futuro, no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos ya adquiridos (art. 3)*; no se debe

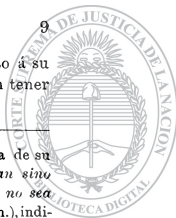
(**Art. 3.**) Los principios generales que dominan esta difícil materia, que no es posible condensar en una nota, son los siguientes: 1º las leyes no tienen efecto retroactivo; 2º las leyes nuevas no deben perjudicar los derechos adquiridos.

Efecto retroactivo en una ley, quiere decir que esa ley somete bajo su imperio las consecuencias de los actos jurídicos verificados anteriormente, influyendo sobre esas consecuencias, desde que no puede hacer que esos mismos actos jurídicos no se hayan realizado. Para que haya efecto retroactivo, es necesario que un hecho anterior sometido en sus consecuencias á una ley que las ha determinado, venga á ser cambiado por la nueva ley; en una palabra, que haya colisión entre la ley antigua y la nueva que pretende reglar las consecuencias de los actos ejecutados. Esa influencia puede ser más ó menos profunda; pero las consecuencias deben ser protegidas en todos sus grados por la ley antigua que las hubiera reglado. El emperador Anastasio decía, al abrogar la Constitución dada por el emperador Zenón: «Limitamos la

tomar como una limitación que el legislador haya puesto a su propia facultad, sino como la norma que los jueces deben tener en la aplicación de la ley.

autoridad de la Constitución, al porvenir, á contar desde el día de su promulgación, *porque es necesario que las leyes no dispongan sino para el futuro á fin de evitar que su imperio sobre el pasado no sea la ocasión de procesos injustos*» (ley 65, tit. 31; lib. 10, Cod. Rom.), indicando así no sólo una regla para los jueces en la aplicación de la ley, sino para el mismo legislador, que no debe atentar en las leyes nuevas, á los derechos adquiridos. Por esa razón, creemos que semejante regla de derecho debía ser incorporada á la Constitución Nacional, como lo hizo la de Estados Unidos, poniendo un limite, no á la facultad de legislar, que en su forma no puede ser limitada, sino á la esencia misma de la ley, que no debe extender su imperio sobre el pasado.

En lo que se relaciona á los medios probatorios, es necesario distinguir la forma del acto, que algunas veces se confunde con la prueba del mismo. En general, las leyes que estatuyen sobre la prueba tienen su inmediata aplicación, porque son leyes de orden público; pero cuando están ligadas á la forma, debe respetarse ésta. Así, los contratos celebrados bajo la antigua legislación, en que se admitía la forma verbal, deben ser respetados por la nueva, que rechaza esa forma y exige la escrita, no admitiendo la prueba testimonial. Los hijos naturales *reconocidos* antes de la vigencia del Código, ¿podrán justificar su reconocimiento con arreglo á las leyes antiguas? Si fueron reconocidos, quedan en su carácter de tales, porque el reconocimiento se hizo en la forma que determinaban las leyes antiguas y nadie puede desconocerlo. Mas interesante es saber, si el hijo natural reconocido bajo la antigua legislación, cuando sus padres no pudieron casarse al tiempo de la concepción, pero sí al del nacimiento, se legitimaría al presente por el subsiguiente matrimonio de sus padres. La cuestión no tiene interés práctico y sólo puede estudiarse como una aplicación de los principios del derecho sobre la no retroactividad de las leyes. La ley nueva ha podido cambiar los medios de legitimación, de manera que los acordados por la antigua no rijan al presente, así como ha podido negar la legitimación por el subsiguiente matrimonio. La legitimación, como la sucesión, alimentos, etc., son meras expectativas que caen bajo el imperio de la ley nueva. SAVIGNY, l. c. MERLIN. *Rep. Efecto retroactivo*. Comp. arts. 3613, 3625, 4044 y 4046 y su nota. Véase nuestra *Instituta* nota 6.





El Congreso no tiene facultad constitucional para dictar leyes retroactivas en lo criminal, lo que no importa decir que no pueda hacerlo, sino que en caso lo verificase, los jueces, á

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 3.—En los últimos tiempos Merla, Chabot, Meyer y varios jurisconsultos alemneshan combatido el principio de la no retroactividad de las leyes como incompatible con muchas de las relaciones de derecho. La fuerza de las consideraciones legales de estos jurisconsultos ha hecho decir á Freitas, en la nota que pone al primer artículo de su *Proyecto de Código Civil para el Brasil, que el estado de la ciencia sobre este asunto era bien poco satisfactorio*. Pero Savigny, antes de ahora, se hizo cargo de contestar las equivocadas teorías de los jurisconsultos citados, y consagró á este objeto doscientas páginas del tomo 8º de su grande obra sobre el Derecho Romano. Explica perfectamente la materia, destruye todos los argumentos que se oponen al principio recibido, y demuestra, sin dejar la menor duda, que en todas las relaciones de derecho, derecho de las personas, derecho de la familia, derecho de las cosas, derecho de las obligaciones, derecho de sucesión, etc., las leyes no pueden tener efecto retroactivo ni alterar los derechos adquiridos; y que esta doctrina bien entendida, está en plena conformidad con toda la legislación civil y criminal, mientras que el principio contrario dejaría insubsistente y al arbitrio del legislador, todas las relaciones de derecho sobre que reposa la sociedad.

Fallos S. C. N., Aplicación del art. 3.—En la Constitución Nacional no se encuentra disposición alguna, como la que contiene la de Estados Unidos de Norte América, prohibiendo expresamente á los Estados dictar leyes retroactivas, *ex post acto*, ni leyes que alteren las obligaciones nacidas de los contratos. La observancia de esas reglas de legislación universal, ha quedado confiada á la discreta sensatez de las legislaturas provinciales, si en las respectivas constituciones de provincia no les han sido impuestas como una limitación de su poder. (X, 427.)

El principio de la no retroactividad de las leyes, no es aplicable á las de competencia y procedimientos. (XXVII, 170.)

Las convenciones no tienen efecto retroactivo cuando no se les ha dado expresamente. (VIII, 458.)

La regla que niega fuerza retroactiva á las leyes, no estando escrita en la Constitución, sino en los Códigos comunes, es una advertencia hecha á los jueces para la interpretación y aplicación de las leyes, y no una limitación al poder de la Legislatura, ni una causa de nulidad para sus disposiciones. (X, 427.)

Fallos C. de Ap. de la Cap. Aplicación del art. 3.—Las leyes penales, tanto de forma como de fondo, tienen efecto retroactivo, si son más benignas que las anteriores.—Jur. Crim., I, 74.

La retroactividad de las leyes de procedimientos, no llega hasta aplicar sus disposiciones á las diligencias practicadas antes de su promulgación.—Jur. Com., I, 525.

La retroactividad de las leyes de procedimientos no puede anular los actos llevados á cabo bajo el imperio de otra ley.—Jur. Civ., I, 251.

No tienen el carácter de leyes de orden público, las que rigen las transacciones entre particulares.—Jur. Com., VI, 289, Ser. 1º.



solicitud de parte interesada, pueden declararla inconstitucional en cada caso, porque nadie debe ser penado sin juicio previo y mediante sentencia fundada en ley *anterior* al hecho del proceso (art. 18, Const. Nac.); pero las demás leyes pueden retroaccionar, si el legislador les ha señalado expresamente ese efecto.

Nuestra Constitución, á diferencia de la de Estados Unidos, no contiene limitación alguna, así es que pueden dictarse leyes retroactivas; y es una regla, que en materia penal la ley debe retroaccionar cuando disminuya la pena ó mejore de algún modo la condición del acusado ó condenado.

La no retroactividad de las leyes es uno de los grandes principios reconocidos por las legislaciones de los países más adelantados, y su principal objeto es poner á cubierto los intereses de los particulares contra las arbitrariedades del poder público, asegurando que los bienes y derechos adquiridos bajo una ley existente, no podrán ser cambiados ni alterados por las nuevas leyes.

La retroactividad es una gran perturbación que se produce en la sociedad; pero hay casos en que el bien general ó las necesidades de la misma sociedad lo exigen como un medio de conservación; así sucede con las leyes de curso forzoso, las que miran á la higiene y seguridad, etc.

Algunas naciones dan tal importancia á la conservación de los derechos adquiridos, que han incorporado á su derecho público la regla de la no retroactividad, como sucede en Estados Unidos, mientras que Francia, que la había incorporado en la Constitución del año III, la ha hecho descender al Código Civil, como una ley ordinaria que puede ser modificada ó derogada, cuando el Cuerpo Legislativo lo tenga por conveniente.

Para que haya retroactividad en una ley, es necesario que ella

Las leyes de procedimiento, si bien son consideradas como leyes de orden público, los litigantes pueden renunciar los derechos que ellas confieren, cuando sólo afectan su interés individual.—Jur. Com., II, 40¹.



abrace el pasado y lo altere en perjuicio de las personas que son el objeto de sus disposiciones.

¿Pero qué es el pasado en el sentido jurídico? Una ley romana dice: las leyes disponen para el futuro y no tienen efecto retroactivo, á menos que el legislador estatuya sobre el *tiempo pasado y sobre las cosas aún en suspensio*. Esta manera de expresarse, como lo hace notar Savigny, señala el límite del pasado, considerando como tal á todo lo que no está en suspenso; así, la ley que cambiara la mayor edad prolongándola hasta los veinticinco años, según esta interpretación no debería aplicarse á los que han adquirido la mayor edad, en el momento de publicarse; y sin embargo, nuestro Código decide lo contrario, porque la capacidad depende de la ley que nadie puede inmovilizar, considerando aquélla como un derecho en suspenso.

Se deben distinguir dos grados de retroactividad: 1° el que sólo afecta las consecuencias de los actos jurídicos verificados y que todavía no se han cumplido; 2° el que se aplica á las consecuencias de los actos jurídicos realizados y que se han cumplido antes de la nueva ley. Por ejemplo, si una ley nueva limita el interés al 6 % cuando hay la libertad de pactarlo, el primer grado de retroactividad sería reducir el interés convenido de 24 %, al de 6 % anulando para en adelante el exeso del 18 %; el 2° grado, sería privar de ese 18 % que aún no se hubiera pagado, haciendo que el acreedor no pueda reclamarlo.

Se dice que la ley nueva no puede alterar los derechos adquiridos. ¿Qué es un derecho adquirido? Para responder á esta cuestión, es necesario considerar el derecho bajo dos aspectos: con relación á las personas y á su capacidad de obrar, ó con relación á las cosas sobre las que el individuo extiende su actividad.

En cuanto á la capacidad de obrar, se debe juzgar por las leyes que rigen en el momento de ejecutar el acto. Con relación á la persona misma y al derecho adquirido para conservar esa capacidad, nuestro Código ha puesto en la mano del legislador la facultad de cambiarla, con la única limitación de no alterar los hechos consumados bajo la capacidad anterior. Así, la ley nueva puede declarar menor al mayor de edad y vice-

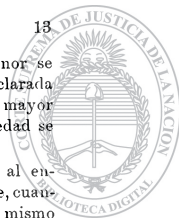
versa, siguiendo la teoría de Duvergier, de que el menor se hace mayor por sólo haber alcanzado la mayor edad declarada por la nueva ley; y lo que parece menos razonable, el mayor vuelve á entrar en estado de minoridad, si la mayor edad se hubiera alejado. *Rev. de der. fran.* II, p. 1.

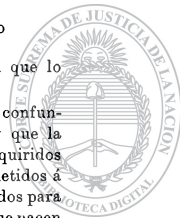
Savigny, en mi opinión, condensa la mejor doctrina al enseñar, que si la nueva ley debe aplicarse inmediatamente, cuando prolongue ó reduzca la menor edad, no acontece lo mismo para aquéllos que han llegado á ser mayores por la antigua ley; porque la mayoría y la independencía á ella anexa, es un *derecho adquirido* por el cumplimiento del término que establece la ley antigua. Según esta doctrina, no aceptada por el Código, los efectos de la nueva ley no debían aplicarse sino á los que tenían la expectativa de ser mayores de edad.

Con relación á las cosas, el derecho adquirido se puede considerar bajo dos fases: 1^a cuando se le mira como el vínculo que une al individuo con una cosa. determinando su relación jurídica; 2^a cuando se le considera con relación á la institución existente, antes que se cuestione sobre la aplicación del derecho que la nueva ley ha venido á alterar. Un ejemplo del primer caso, sería la adquisición de la propiedad raíz por medio de la escritura pública, como sucedía en Francia, si la nueva ley exigiera, además, la tradición; la adquisición hecha por el primer modo no habría sido alterada. Otro ejemplo del segundo caso sería que, concediendo la ley actual una acción rescisoria, la nueva viniera á abolirla para los demás contratos que se celebraran; la nueva ley no podría privar de esas acciones á los que las hubieran adquirido antes, aunque no ejercitadas. (Art. 4049.)

Entre los derechos adquiridos, hay unos que tienen una duración ilimitada, como la propiedad; otros que son transitorios, como las obligaciones, usufructo, etc.; pero unos y otros están protegidos en sus efectos ulteriores por la ley bajo cuyo imperio se adquirieron.

La forma de los actos jurídicos está protegida por la ley bajo cuyo imperio se celebraron, de manera que las leyes nuevas no deben tener influencia, aun en el caso en que facilitarían su forma; así, un testamento nulo bajo la ley actual, la nueva





no lo haría válido por haber suprimido la formalidad que lo anulaba.

En esta cuestión de derechos adquiridos, no debe confundirse la mera expectativa, fundada en la ley antigua y que la nueva puede hacer desaparecer, con los derechos adquiridos que no han podido ejercerse, ya porque estuvieran sometidos á una condición ó á un plazo, ya por que necesiten ser heridos para ponerlos en ejercicio. Estos son verdaderos derechos que nacen de un contrato, como un efecto natural de él, mientras que las otras son meras esperanzas.

Se debe entender, pues, por derecho adquirido, á toda relación de derecho de una persona determinada en que la voluntad individual ha ejercido su independencia, no así á las relaciones que nacen de la ley, abrazando á todos los individuos ó á una clase determinada de la sociedad, y que la ley acuerda sin que exija acto alguno para adquirirlo irrevocablemente.

Así, la capacidad personal está regida por la nueva ley, sin que esto importe darle efecto retroactivo, porque respeta todos los actos ejecutados anteriormente y solo modifica los que se relacionan con el porvenir, que en este caso viene á ser una mera expectativa que la ley ha creado y puede alterar.

Con respecto á las relaciones de familia, á la calidad de padre, de hijo legítimo ó natural, de marido, mujer, etc., como esa calidad depende de actos jurídicos que la persona ha debido ejecutar bajo una legislación dada, no puede alterarlos la nueva ley, pero sí, las facultades concedidas para ejercer tales ó cuales derechos. Así, un hijo legítimo ó natural, que lo era bajo la antigua ley, no puede dejar de ser considerado como tal porque la nueva exija mayores formalidades para obtener ese estado; no porque el hijo haya adquirido un derecho, desde que no ha producido acto alguno, sino porque los padres lo han producido; por consiguiente, el hijo nacido bajo una legislación que autorizaba á los padres para casarse, siendo hábiles al tiempo de su nacimiento, aunque no lo fueran al de su concepción, si el padre lo reconoció por su hijo natural, la nueva ley no puede desconocerle ese estado, pero si no fué reconocido en esa época, no podrá hacerlo bajo la nueva ley que lo prohíbe. Así dice Chabot

d'Alliére, *hijos naturales*, § 1: *para que ese estado se adquiriera, es indispensable un reconocimiento con arreglo á las leyes existentes; mientras no se hubiere hecho, no hay relación jurídica entre el padre y el hijo.*

§ 5.—DE LAS LEYES INTERPRETATIVAS

La interpretación es una operación intelectual, que tiene por objeto hacernos conocer la ley en toda su verdad, sin distinguir cuando la ley es clara ú obscura; pero toma mayor importancia en el segundo caso. El intérprete debe tener completa libertad, y cuándo otra ley viene á fijar el sentido ó inteligencia de la que es obscura ó dudosa, esa libertad desaparece. Las llamadas leyes interpretativas, desconocen la interpretación como operación libre de la inteligencia prohibiéndola en adelante y fijando un sentido determinado á la ley interpretada; pero la libertad recobra su imperio al aplicar la nueva ley.

Se llama interpretación *auténtica*, á la que establece el mismo legislador por oposición á la *doctrinal* que nace de la facultad libre y soberana del espíritu, que sometiendo la ley á su criterio le da tal ó cual inteligencia; esta interpretación la dan los autores ó los tribunales al aplicar las leyes.

Por eso cuando se dice: *que las leyes que tengan por objeto interpretar ó aclarar otras leyes, no tienen efecto respecto á las cosas ya juzgadas* (**art. 4**), determina el límite de la interpreta-

(**Art. 4.**) No se puede negar al legislador la facultad de interpretar la ley explicándola en otra ley, porque sería privarle de su alta prerrogativa y sostener que el poder legislativo queda agotado con la producción de la ley. La dificultad nace de la aplicación que debe darse á la nueva ley.

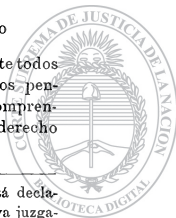
El Dr. Segovia combate la doctrina de que la ley interpretativa deba aplicarse á los casos pendientes, y se funda en la autoridad de Zacariæ; pero este autor niega, como los demás, el efecto retroactivo á la ley interpretativa, sin referirse ni estudiar los casos pendientes, como puede verse en el § 28, nota 6.

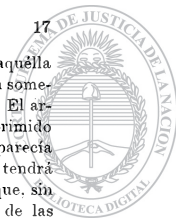
Zacariæ, citado por Savigny, pretende que la interpretación es por su naturaleza legislativa, y que no puede pertenecer á una clase de funcionarios determinados. SAVIGNY, *Hermenéutica del derecho*, páginas 161 y 165.



ción, que no puede tener efecto retroactivo. En esta parte todos los autores están contestes, no así con relación á los casos pendientes, en que algunos pretenden que no deben ser comprendidos. Por mi parte, creo que nadie puede adquirir derecho para ser juzgado por una ley obscura ó ambigua.

Entre nosotros no puede existir cuestión desde que está declarado en el artículo que la única limitación es á los casos ya juzgados; luego rige para los pendientes; pero en la aplicación pueden presentarse dificultades que haremos notar. Por mi parte debo agregar las razones que apoyan la tesis sostenida por todos los autores. No se trata de defender la facultad del legislador, que tiene entre nosotros, para dictar leyes retroactivas (no siendo en lo penal) sino de investigar si la ley interpretativa retroacciona aplicándola á los casos pendientes. Para que la ley nueva retroaccione es necesario que hiera un derecho adquirido. ¿Qué derecho pueden adquirir los particulares á ser juzgados por leyes obscuras? Pero «se dice que tienen perfecto derecho á ser juzgados por los magistrados de la Constitución. . . . y que las leyes interpretativas quitan á los jueces su facultad privativa de juzgar, dándosela al legislador». En cuanto á lo primero, los particulares no tienen derechos adquiridos porque nada han hecho para apropiárselos, y porque eso jamás ha importado un derecho adquirido. La ley interpretativa no priva al juez de su facultad de juzgar el proceso pendiente: lo que hace es aclarar una ley obscura. Sin embargo, hay casos en que las leyes interpretativas pueden alterar los actos jurídicos ejecutados y la aplicación de la ley interpretativa importaría darle efecto retroactivo. Esto puede suceder en lo que se refiere á la forma de los actos. Un ejemplo muy interesante nos presenta la Novela 107 capítulo. I. «Si sin embargo, el que quisiera dejar á su mujer ó á extraños (habla de testamentos) legados, fideicomisos ó liberalidades, escriba sus disposiciones de su propia mano, y que en fin, los testadores declaren en presencia de *testigos*, que quieren que lo escrito y contenido en sus disposiciones tenga su efecto y sea ejecutado.» La ley habla de testigos sin determinar su número; viene la ley interpretativa, que fija cinco testigos, por ejemplo; la ley nueva no puede anular todos los testamentos que se hubieren hecho ante tres, porque están sujetos á la forma ordenada por la ley antigua, que sólo determina testigos. En este caso la ley retroaccionaría si anulara las disposiciones anteriores. Pero tratándose de una expresión ambigua ó de una construcción anfibológica, no se puede alegar un derecho adquirido.





La ley interpretativa viene á formar una sola con aquella que interpreta, y los casos que están en suspenso, deben someterse á su imperio, pero no los procesos ya fenecidos. El artículo 2 del proyecto del Cód. Civil Francés, que fué suprimido porque se consideró inútil expresar una verdad que parecía evidente, decía: la interpretación de una ley precedente tendrá su efecto á contar desde el día de la ley que ella explique, sin perjuicio de las decisiones dadas en último resort, de las transacciones, decisiones arbitrales ú otras semejantes pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Es que la interpretación, como aclaración de una ley obscura ó dudosa, debe aplicarse á los casos que están en suspenso, porque jamás puede herir un derecho adquirido, tratándose de casos que no se han decidido definitivamente.

Uno de los efectos más visibles de las leyes interpretativas lo tenemos en el art. 325 que acordaba á los hijos naturales el derecho de alegar en favor de su filiación toda clase de pruebas, y que el Congreso por ley interpretativa de 1882 declaró, que ese derecho sólo podía ejercerse durante la vida de los padres, á menos que tuvieran la posesión de estado. Así es que los que reclamaban su filiación natural (contra los herederos del

Un ejemplo nos presenta la ley 5, tit. 39, lib. 3, Cód. Rom: *Quinque pedum præscriptione submota finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio*. «Quedando abolida la excepción de los cinco pies, que se intente libremente las acciones competentes, respecto de los límites ó de la propiedad de un campo de esta medida.» La palabra *præscriptione* está tomada ó debe tomarse aquí por precepto, aunque otros le señalan el sentido de usucapion. Una ley que venga á determinar el sentido y alcance de esta palabra no puede tener efecto retroactivo, porque ese sentido se aplique á los casos pendientes. En general, una expresión obscura ó ambigua ó que tenga dos significaciones, como la de menor, que puede comprender al púber ó al impúber, no confieren derecho alguno al que les hubiera dado determinada significación. La nueva ley interpretativa se aplicará á los negocios pendientes siempre que no prive de derechos adquiridos en el sentido de la nota al art. 3, Comp. SAVIGNY, § 397 al fin; DEMOLOMBE, I, 66; AUBRY Y RAU, § 30, nota 9; LOCRÉ, I, pág. 380, art. 2 y pág. 391, n° 16; TOULLIER, I, 81, MERLIN, *Rep.* V°. *Efecto retroactivo*, § 13 y *Cuestiones* V°. *Cosa juzgada* § 8.

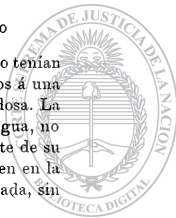
padre muerto) quedaban excluidos por la nueva ley, si no tenían la posesión de estado, pues no habían adquirido derechos á una prueba determinada ni á ser juzgados por una ley dudosa. La facultad que el Juez tiene para interpretar una ley ambigua, no es tampoco un derecho adquirido, porque no forma parte de su patrimonio, y porque una facultad que tiene su origen en la voluntad del legislador puede ser restringida ó aumentada, sin que sufran los derechos de los particulares.

§ 6.—DE LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO

Las leyes de orden público vienen á constituir una excepción al principio general de la no retroactividad, no en el sentido de que se propongan alterar el pasado, que siempre debese respetado, sino en el de que tienen una inmediata aplicación, reglando las consecuencias de los actos jurídicos ejecutados antes.

Cuando se dice: *que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público* (art. 5) se quiere expresar, que siempre que un alto interés na-

(Art. 5.) Si examinamos las leyes que tienen por objeto las relaciones de los individuos entre sí, veremos que todo tiende á defender los derechos privados contra la retroactividad de las leyes; pero en lo que se relaciona con la capacidad de obrar concedida al individuo, ésta toca tan íntimamente con el orden público, que está por encima de la voluntad privada, mientras que lo que se refiere á las cosas sufre directamente la acción individual y puede ser modificado por las convenciones. Así, son leyes de orden público las que se refieren á la capacidad del individuo, y según esta teoría aceptada en absoluto por nuestro Código y que hemos rechazado en el art. 3, la ley nueva puede hacer menor al mayor de edad, respetando los actos realizados; pero si la capacidad se atribuyese por la ley á las personas que ejecutaron determinados actos, ella no podría quitárselos sin dar un efecto retroactivo á la ley nueva. Debemos dividir en dos categorías los actos que puede regir la nueva ley: 1ª los actos voluntarios que ejecuta el individuo, y á los que se atribuyen ciertas facultades, como el matrimonio, el divorcio, la permanencia en el país y la perpetración de ciertos delitos; 2ª los hechos que son independientes de la voluntad humana, como el nacimiento, la edad, el sexo y el desenvolvimiento físico ó intelectual. En el primer caso, cuando la ley se ocupa de la capacidad

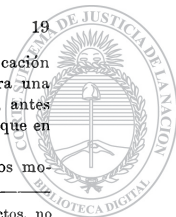


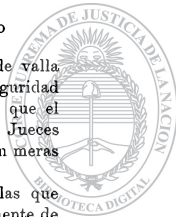
cional, ó la paz y seguridad del Estado, exijan la aplicación inmediata de una ley, es preferible que la sociedad sufra una perturbación, como consecuencia de un cambio brusco, antes que cruzarse de brazos delante del interés individual, que en general debe merecernos gran respeto.

Los derechos adquiridos deben ser respetados en los mo-

de las personas, concediéndola á los que verifican ciertos actos, no puede destruir las consecuencias que hayan producido esos actos: como la emancipación que concede al menor casado: la ciudadanía al que ha llenado las condiciones impuestas. La nueva ley no puede privarle de esos derechos adquiridos por actos realizados con ese objeto. Lo contrario sucede en el 2º caso, respecto de los hechos involuntarios en que sólo se respetan los consumados. Así, el menor será mayor por la nueva ley, ó el mayor se convertirá en menor, porque no ha realizado acto alguno para adquirir esa capacidad. Resulta que las leyes nuevas respetan los derechos y obligaciones adquiridas bajo la antigua ley, así como las formas de los actos realizados bajo su imperio: que respetan también la capacidad atribuida á ciertos actos voluntarios: pero que esos actos caen bajo la nueva ley, cuando la pérdida de la capacidad se ha impuesto como pena ó cuando no se ha llenado una formalidad exigida.

Es necesario no confundir el estado que se adquiere con el acto realizado, con las facultades que la ley atribuye á ese mismo estado y que la ley nueva puede cambiar sin retroaccionar. Así, los que se casan bajo una legislación que acuerda al marido la exclusiva administración de los bienes del matrimonio, no han adquirido un derecho de que no puedan ser privados; todas esas facultades pueden ser alteradas por la nueva ley, pues son meras expectativas, que puede aumentar ó disminuir. Duvergier, en el precioso estudio sobre la no retroactividad de las leyes, sienta las siguientes reglas en que se aplicarán las leyes nuevas y que condensamos por su importancia: 1ª la aplicación de la ley nueva se hará siempre que sea más favorable, cuando las antiguas restrinjan la libertad ó impongan penas; 2ª se aplicarán las leyes anteriores durante el tiempo que se hubiere determinado en el contrato, y las nuevas así que hubiese concluido; 3ª cuando nuevas formalidades se exijan para la conservación y ejercicio de un derecho; 4ª cuando se produce un acto bajo el imperio de la nueva legislación que demuestra la intención de renunciar á los derechos adquiridos. Comp. arts. 3, 21, 502, nota al art. 953 y nota al 4044.





mentos ordinarios de la vida, pero jamas servirán de valla ante el interés general inmediato, cuando peligra la seguridad común. Así, cuando se trata de derechos adquiridos en que el individuo ha producido actos para apropiárselos, los Jueces deben protegerlos, pero aplicarán la ley nueva, si fuesen meras expectativas.

Las leyes sobre la capacidad de las personas, y las que determinan los procedimientos judiciales, son esencialmente de orden público, no crean derechos y se aplican inmediatamente.

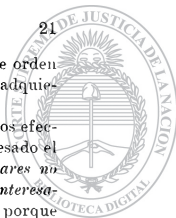
¿Pero qué se entiende por leyes de orden público? Es muy difícil comprender en una definición todo lo que pueden abrazar tales leyes, sin confundir las que hieren derechos adquiridos, con las que sólo privan de expectativas. Duvergier las define diciendo: son aquéllas que tienen por objeto garantizar la seguridad de los ciudadanos, y que están destinadas á conservar la paz del Estado; porque sería absurdo mantener lo que perturba el orden, y peligroso dejar subsistente lo que puede ser dañoso á los demás». Las meras expectativas se puede decir, que son todas aquéllas que sólo privan á los individuos de esperanzas que la ley ha creado y que puede modificar ó hacer desaparecer por su propia voluntad.

En este sentido son leyes de orden público, las que rigen la capacidad de las personas en su calidad civil ó política; las que reglan los procedimientos judiciales, ó determinan el orden de las sucesiones, ó fijan la porción hereditaria; las referentes á las facultades de los maridos, padres, tutores etc. las relativas á los testamentos y demás actos jurídicos, sea con relación á su forma, ó á la prueba. En todos estos casos las leyes nuevas deben tener una aplicación inmediata, sin alterar el pasado.

Hay cierta impropiedad en decir, que nadie puede tener de-

*Fallus S. C. N. Aplicación del art. 5.—*Nadie puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad y especialmente con el ejercicio de una profesión ó industria. XXX, 273.

Fallus C. de Ap. de la Capital. — Aplicación al art. 5. — Si bien las leyes comunes no tienen efecto retroactivo, las que afectan el orden público rigen los derechos en expectativa que hasta la fecha de su promulgación no se hayan hecho valer judicialmente.—Jur. Com., tomo III, pág. 345, Ser. 2ª.



rechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público, pues habría sido más exacto enseñar que nadie adquiere derechos contra dichas leyes.

La voluntad individual es imponente para suspender los efectos inmediatos de una ley en cuya aplicación está interesado el orden social, y por esta razón, *las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres (art. 21)*; porque tales leyes son creadas no en mira de un interés individual, sino

(Art. 21.) La voluntad no debe reconocer mas límite que el derecho de otro; y para que esa voluntad pueda manifestarse, es necesario que el individuo haya llegado á una edad, á un grado de desenvolvimiento intelectual que lo habilite para esos actos.

El individuo debe considerarse bajo tres aspectos: como miembro de la sociedad, como persona civil y como persona política; bajo este triple modo de ser tiene diferentes derechos esenciales al cumplimiento de su destino individual y social.

La ley positiva acuerda á cada individuo, un rango, un estado, una capacidad, y estos diversos estados y capacidades puestas en relación unas con otras constituyen el orden público.

Las leyes de orden público se aplican exclusivamente á las personas, y no se deben confundir con las de utilidad pública que se refieren á las cosas. De estos principios se deducen las consecuencias siguientes: 1° cuando se trata de leyes relativas al rango, capacidad ó estado de las personas, no hay necesidad de defenderlas con prohibiciones, basta imponerlas para que su falta de cumplimiento invalide el acto; 2° si se trata de cosas, que sólo abrazan el orden real, la ley tiene que imponer prohibiciones expresas para que el acto se reputenulo. Bajo este concepto, las leyes de orden público son principalmente las que rigen el estatuto personal que los particulares no pueden alterar en sus convenciones. No pueden acordarse capacidades ó facultades que las leyes les niegan, ni conceder á los demás una autoidad que la ley no concede.

Del principio que limita la voluntad particular á no contrariar las leyes que miran al orden público y las buenas costumbres, se deduce, que las otras leyes se pueden dejar sin efecto, por convenio, encontrándose esta proposición al abrigo de la regla constitucional, de que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe; sin embargo, no se debe tomar en absoluto, pues todo lo que no está prohibido, no está



en el de la comunidad. Así, sería de ningún efecto cualquier convención que atribuyese á alguna de las partes facultades judiciales, ó estableciera la forma de la transmisión de los bienes raíces, ó cediera ó renunciara á la patria potestad.

Se entiende por buenas costumbres, la manera de proceder de un pueblo en una época dada, impuesta por el sentimiento del deber ó de la honestidad: *quod pietatem, existimationem, verecundiam lædit*. Las costumbres varían según la cultura del pueblo ó según los ideales que cada nación persigue en su desenvolvimiento progresivo ó en su decadencia, y lo que puede ser aceptado en una será rechazado en otra, como ofensivo á sus usos. No hay pues, principios fijos y absolutos que puedan guiar al pueblo en sus costumbres, á menos de fundarse en la moral.

El principio general de que el individuo no puede ser obligado á hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, no puede tener aplicación, cuando se trata de leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

Y para distinguir cuáles son esas leyes basta observar, que son dictadas tomando á la sociedad como una vasta unidad, que

permitido; en el silencio de la ley están las buenas costumbres que no se pueden contrariar.

La expresión de *convención* de que se vale el artículo no es apropiada al lenguaje jurídico, porque significa el acuerdo de dos ó más personas, mientras que el pensamiento de la ley abraza un campo más ilimitado, pues comprende toda acción humana que es impotente para dejar sin efecto una ley. Comp. LOCRÉ I, pág. 484 y 586. LAROMBIÈRE al art. 1133 n° 13.

Ejemplos de prohibiciones expresas de la ley las tenemos en los arts. 97, 1175, 1206, 1656, 1802 en que la voluntad individual no tiene efecto. V. nota al art. 5, y arts. 502, 530, 531, 564, 951, 1175, 1176, 1197, 1206 á 1208, 1218, 1219, 1231, 1656, 1802, 2232, 3311, 3608, 3781 y 3965.

Faltos de la C. de Ap. de la Cap. Aplicación del art. 21. — Las convenciones son ley para las partes, en tanto no afecten el orden público ó sean contrarias á las buenas costumbres.—Jur. Com., tomo II, pág. 137, Ser. 3°.

se mueve y obra como un todo orgánico, mientras que las demás consideran al individuo en su calidad de tal y determinan sus relaciones para con los demás.

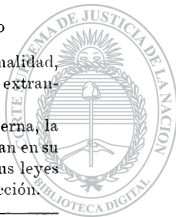
§ 7.—DE LAS LEYES SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Para juzgar de la capacidad del individuo es necesario tener presente que toda relación de derecho es un atributo esencial de la personalidad humana, y es bajo este punto de vista que se debe preguntar: ¿á qué reglas de derecho se encuentra sometida una persona determinada? Las reglas pueden tener por objeto las personas en sí mismas ó en su capacidad de derecho ó en su capacidad de obrar, y cuando se dice, *que la capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales ó extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en país extranjero (art. 6)* se refiere á la capacidad de obrar ó de hecho.

El vínculo que une una persona con un derecho positivo determinado, ó la ley que gobierna su capacidad de obrar, puede tener por origen, ó la nacionalidad del individuo, como la comunidad de derecho á que pertenece, ó el territorio que habita. El

(Art. 6.) Savigny, § 348 *Der. Rom.*, dice: «que tales leyes pueden considerarse, como el resultado de un acuerdo amigable entre los estados soberanos que admiten leyes originariamente extrañas y que no es el efecto de una mera benevolencia, sino más bien el desenvolvimiento propio del derecho que sigue en su camino la misma marcha que la regla sobre la colisión de los derechos particulares del mismo estado». Pero lo natural y lógico es que antes de desprenderse de facultades que son propias de la soberanía de un Estado, se busque por medio de tratados el hacer prevalecer los principios que quedarán como letra muerta en otro Estado que pueden admitir su aplicación. Según lo afirma Savigny, la Prusia es el Estado que ha concluido mayor número de tratados de esta especie. ¿Con qué derecho la Argentina impondrá la capacidad de la ley nacional al individuo domiciliado aquí, que va á ejecutar actos en país extranjero y aun adquirir bienes raíces? La ley del lugar donde se creó la relación de derecho deberá tener preferencia en lo





territorio ha suplantado, en la generalidad, á la nacionalidad, y lo que antes fué un privilegio de que era excluido el extranjero, ahora es un derecho de que todos gozan.

Son verdades conquistadas por la civilización moderna, la de que cada Estado somete á su ley á todos los que habitan en su territorio, y la de que no puede ir en la aplicación de sus leyes más allá de los límites que están sometidos á su jurisdicción.

que se refiere á todo lo concerniente al acto, aunque la ley del domicilio de la persona indique otra capacidad. Sería conveniente que la Argentina, por tratados especiales, estableciera la preferencia de la ley del domicilio, cuando se encontrase en colisión con las leyes del Estado en que el acto se verifica. Creemos, pues, que nuestro artículo sólo tendrá completa aplicación, en los países donde haya disposiciones análogas á la nuestra.

La capacidad de que habla nuestro artículo es la de hecho, que Freitas, art. 24, define: la imposibilidad física ó moral de obrar, ó por causa de la dependencia de una representación necesaria. No se confunde la capacidad de adquirir con la de obrar; porque una persona puede ser incapaz de obrar, como lo es el menor impúber, y sin embargo, ser capaz de adquirir, y viceversa, se puede ser capaz de obrar, é incapaz de adquirir ciertos bienes, como sucede con el tutor que no puede comprar los de su pupilo.

Autores notables han distinguido entre las calificaciones jurídicas de la persona en sí, y los derechos é incapacidades que resultan para la persona. Por ejemplo, han sostenido que rige la ley del domicilio, cuando se califica el estado de pupilo, menor, esposo, hijo legítimo ó natural; pero que rige la ley del lugar en que se celebra el acto, cuando se trata del efecto jurídico de estas calificaciones; así, para saber si es menor ó mayor, se atenderá á la ley del domicilio; pero en relación á las *facultades* que pueda tener un menor, es decir, en lo que se refiere á sus derechos é incapacidades, debe ser regida por la ley local. VOER, § 7; WACHTER, tomo II, pág. 162; pero nuestro Código no ha consagrado esta distinción.

La capacidad de *hecho* está sometida á la ley del domicilio; la capacidad de *derecho* á la ley del lugar en que están situados los bienes, tratándose de la Argentina. Así, el que ha cumplido 21 años y es mayor en Francia, puede enajenar en Buenos Aires una propiedad raíz que posea en esta ciudad, porque su capacidad de hecho se juzga por la ley del domicilio; pero el tutor que ha comprado una



No se trata de la colisión entre la ley nacional y la extranjera de que se ocupa el art. 13, sino de explicar por qué nuestro Código se ha atribuido una facultad que es privativa de la nación donde se realiza el acto jurídico que crea la relación de derecho; y sobre el que no podría ejercer jurisdicción sino cuando la controversia viniera á tener lugar en nuestro territorio: por que no puede hacerlo sobre cuestiones que deben decidirse en otra nación.

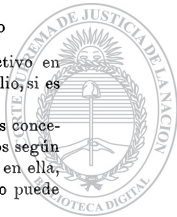
Los individuos domiciliados en la Argentina no pueden suscribirse á las leyes que rigen su capacidad, por el hecho de transportarse á otra nación, cuando se trate de actos que deben tener su efecto en nuestro país; pero no les puede prestar protección cuando los actos deben realizarse en una nación extraña, porque deben someterse á sus leyes.

El principio enseñado por el art. 6 no tiene su aplicación sino con relación á los actos que deban ejecutarse en la Argentina, por individuos domiciliados en ella. Así, un contrato de sociedad celebrado en Francia, por individuos domiciliados en la Argentina mayores de 21 años, y menores de 22, será válido si es en Francia donde debe ejecutarse; nulo si es en la Argentina.

Las naciones, por un acuerdo tácito ó por tratados, como en el celebrado en Montevideo por varias naciones sud americanas, buscan la unidad de legislación sobre puntos tan capitales y se dejan penetrar, por decirlo así, por las leyes extranjeras, que aplican en ciertas materias.

La capacidad ó incapacidad del agente, es la de obrar, que es la imposibilidad física ó moral de la persona para manifestar su voluntad; la incapacidad de derecho acompaña al individuo, sin consideración á la ley de su domicilio, aplicándose siempre las leyes de nuestro país. Se trata más bien de facultades que de imposibilidades. Así, el tutor no podrá celebrar en la Argentina contrato alguno con su pupilo, aunque la

propiedad (de su pupilo) situada en Buenos Aires, no puede adquirirla porque es incapaz de derecho. *Nota 2 Instituta. Comp. SAVIGNY, Der. Rom., § 346 y sig. y nuestros arts. 8, 138, 139, 948, 949, 1211, 3286, 3611 y 3612.*



ley de su domicilio se lo permita; ni podrá hacer efectivo en nuestro país un contrato válido en el país de su domicilio, si es prohibido en la Argentina.

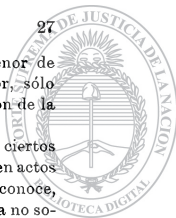
Por el contrario, tratándose de actos ó de facultades concedidas ó permitidas en otra nación, serán válidos ó nulos según las leyes de esa nación, siempre que deban verificarse en ella, porque la prohibición ó permisión de nuestras leyes no puede imponerse fuera de nuestro territorio.

Por esa razón es criticable la regla que abandona á la legislación extranjera la facultad de determinar la capacidad de los individuos que no están domiciliados en la Argentina, tratándose de actos que se realizan en su territorio, separándose de la doctrina universalmente enseñada por todas las naciones, y que se funda en la soberanía territorial.

La regla más natural es la que reconoce la supremacía de la ley territorial, sometiendo á su imperio la capacidad de los individuos que ejecutan actos que deben realizar en nuestro país. Es cierto que la forma del acto por consideraciones de otro orden, se somete á la ley del lugar en que se celebra, pero eso no debe influir respecto de la capacidad de las personas. En cambio se ha seguido la ley del territorio, cuando se ha dispuesto que el menor de edad en una nación deje de serlo, si al cambiar de domicilio á la Argentina fuera mayor por las leyes de ésta; pero se abandona este criterio por razones especiales, al aceptar la mayoría de edad adquirida en la nación donde estaba domiciliado, aunque por nuestras leyes fuera menor de edad.

Nuestro Código hace un abandono voluntario de su soberanía cuando establece que *la capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos practicados en la República, ó de bienes existentes en ella (art. 7.)*; de modo que dos individuos domiciliados en Francia donde la mayoría de edad se adquiere á los 21 años, pueden ejecutar en la Argentina actos que sólo corresponden á los que han cumplido los 22; lo que introduce una verdadera pertur-

(Art. 7.) En esta parte entra decididamente nuestro Código á abandonar el derecho local (donde deben ser exigidas las consecuen-



bación en la economía de nuestra legislación. Un menor de edad compareciendo en juicio y obrando como mayor, sólo porque la ley de su domicilio lo autorice, es una sumisión de la ley nacional á la de una nación extraña.

Se comprende que la ley Argentina se someta en ciertos casos á la capacidad señalada por las leyes extranjeras, en actos transcendentales como el matrimonio, cuya validez se reconoce, cuando las personas se han trasladado á otra nación, para no someterse á las formalidades y capacidad exigidas por nuestro país; pero que callen cuando los actos deban verificarse en la República, sólo porque los individuos sean transeúntes, no se comprende sino tratándose de actos que deben tener efecto en el país de su domicilio, donde son considerados como capaces.

Consecuente con estas ideas, creo, que nuestra ley tan excesivamente liberal en esta parte debe corregirse limitándola á aquellos actos que realizados en la Argentina están destinados á tener su efecto en el país donde están domiciliados los que los ejecutan; y sólo en esos casos debe regir la ley extranjera, porque es fuera del país donde deben tener efecto.

Pero apresurémonos á decir, que este abandono en la aplicación de nuestras leyes sólo se refiere á la capacidad de los individuos, pues *los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las*

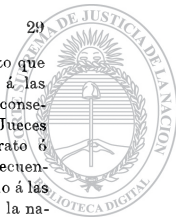
cias de los actos ejecutados) aunque se trate de bienes existentes en la República. La capacidad de hecho de los agentes domiciliados en Francia el uno, y en Inglaterra el otro, que celebraron un contrato que debe ejecutarse en nuestro país, se juzgará por las leyes de sus respectivos domicilios. Si en Inglaterra, p. e., puede el menor, asistido de su tutor, vender sus bienes, valdrá la venta que hiciere al domiciliado en Francia de una propiedad que tenía en Buenos Aires siempre que no fuera prohibido el acto en la Argentina. Por el contrario, si el domiciliado en España, donde la mayoría de edad se fija en 23 años, viniera accidentalmente á Buenos Aires habiendo cumplido los 22 y siendo menor de 23, no podría enajenar una propiedad situada en la Argentina. Véanse las citas anteriores.



leyes del lugar en que se han verificado (art. 8); porque los agentes han debido someterse á las consecuencias de las leyes del país en que realizan el acto, que son las que verosíblemente conocen.

(**Art. 8.**) En cuanto á la extinción por la prescripción, las opiniones se han dividido, creyendo unos que deben aplicarse las leyes del domicilio del deudor; aquéllos, las del lugar en que se hace el pago, y otros las del lugar en que se formó la obligación. Pensamos, p. e., que el pago debiera ser regido por las leyes nacionales cuando el deudor es ejecutado en nuestro territorio, y de la misma manera, si se tratase de cualquier otro modo de extinción. Obligar á nuestros tribunales á aplicar leyes extranjeras, cuando se trata del cumplimiento de obligaciones que vienen á ejecutarse en la nación, sería renunciar á nuestra soberanía sin un motivo grave y trascendental. La existencia, duración y extinción de una obligación, que viene á tener efecto en la Argentina, debe estar sujeta á sus propias leyes: así, una obligación lícita según las leyes del lugar en que se verificó el contrato, que fuera ilícita por las nuestras, no podría ejecutarse. Una obligación prescripta según las leyes de la República no puede hacerse valer so pretexto de que la ley del lugar en que se celebró el contrato, la hacia imprescriptible. Apoya nuestra tesis, un fallo de la Cámara de Apelaciones, que se encuentra al final de esta nota.

Nota del Dr. Vélez Sarsfield á los arts. 6, 7 y 8—Freitas. sobre los artículos 6, 7 y 8, que son de su proyecto de Código para el Brasil, dice: «El domicilio y no la nacionalidad, determina el asiento jurídico de las personas para saber que, leyes civiles rigen su capacidad de derecho. Este es, en verdad, el pensamiento del Cód. Civil Francés y de los escritores franceses, cuando dicen que el estado y capacidad de las personas se regla por las leyes de su nacionalidad, pues confunden la nacionalidad con el domicilio, identificando ideas esencialmente diversas. Esta confusión aparece en el derecho internacional privado de Fœlix, quien tratando del estatuto personal, emplea como sinónimos las palabras *nacionalidad y domicilio*». En la página 39 dice que: «las expresiones *lugar del domicilio del individuo y territorio de la nación ó patria*, pueden ser empleadas indiferentemente»; y en efecto, él lo hace así confundiéndolo todo. Mucho contribuye á esta confusión el artículo 9 del Cód. Francés, declarando no ser nacional el que hubiese nacido en Francia de un extranjero; y el artículo 10, declarando ser nacional el hijo de francés nacido en país extranjero. De esta manera, como el lugar del domicilio de origen no es el del nacimiento sino el del domicilio del padre, resultó que la nacionalidad del Cód. Francés es lo mismo que el domicilio de origen. El error de tal suposición es evidente, porque el domicilio no es inmutable; su variación no exige una mutación de la nacionalidad; y por lo tanto, el lugar del domicilio de origen no nos ofrece fundamento para decidir una cuestión de nacionalidad. Esta objeción no



El principio de derecho es: el que celebra un contrato que debe tener su efecto en una nación extraña, se refiere á las leyes de la nación donde debe cumplirse y producir sus consecuencias, pues sería una pretensión orijinal el obligar á los Jueces de esa nación á aplicar leyes extranjeras. Así, un contrato ó la adquisición de un derecho que deba producir sus consecuencias en el territorio nacional, debe ser juzgado con arreglo á las leyes nacionales; pero cuando debiera tener su efecto en la nación donde se celebró, y se hiciera efectivo en la Argentina, entonces se aplicarían las leyes del lugar en que se realizó.

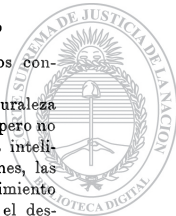
La capacidad ó incapacidad de obrar que hemos dicho debe juzgarse con arreglo á las leyes del domicilio de los agentes, tiene un límite natural, y es que, no la admitimos en nuestro territorio, cuando *la incapacidad es contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud, ó las que revistan el carácter de penas, que son meramente territoriales (art. 9)* y que no podría-

(Art. 9.) El término contra las leyes de la naturaleza es vago, y nos lanzaría en investigaciones demasiado extensas, pues la esclavitud la fundaban sus sostenedores en las leyes de la naturaleza. Más claro habría sido expresar, que las incapacidades rechazadas por nuestra

tendrá peso alguno para aquéllos que como Demolombe (tomo I pág 448) sostuvieron, contra una realidad innegable que, en la teoría del Cód. Francés, no se puede tener domicilio en país extranjero. Demangeat. en sus notas críticas á Félix, pág. 57, dice: «Según Félix, no puede tenerse domicilio sino en el territorio de la nación de la cual el individuo es miembro». «Suscítase, entre tanto, la cuestión de saber cuál será la ley personal del extranjero domiciliado en Francia de que habla el artículo 13 del Cód., que no ha dejado de pertenecer á su nación. Nosotros creemos que el domicilio prevalece sobre la nacionalidad».

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

Fallos C. de Ap. de la Capital, Aplicación del art. 8. — Las obligaciones firmadas en el extranjero, se rigen por las leyes argentinas.—Jur. Com., tomo V, pág. 273, Ser. 1^a.



mos aplicar sin mengua de los principios que hemos conquistado.

¿Qué se entiende por leyes de la naturaleza? La naturaleza tiene leyes físicas á las que se obedece fatalmente, pero no leyes morales. La ley moral es el producto de nuestra inteligencia, que elevándose según el ideal de sus aspiraciones, las reconoce como necesarias para la existencia y desenvolvimiento del ser humano en su carácter moral. El hombre, por el desarrollo gradual de su inteligencia ha debido trazarse un fin, que forma el ideal de la vida humana, pero que nace de su propia convicción, de manera que ese ideal es más bien el producto de la civilización, sin que pueda escribirse en nuestro ser con los caracteres de las leyes físicas, y que varía según el desarrollo intelectual.

Los derechos primordiales como la libertad, la vida, la pro-

carta fundamental, no pueden tener valor alguno en la nación, porque entre ellas se encuentra la esclavitud, la muerte civil, la herejía, etc., pues la Constitución garante la libertad individual considerando á todos iguales ante la ley, y concede la libertad de creencias, desconociendo las leyes que privan al ser racional de los derechos inherentes á la personalidad humana.

La incapacidad que reviste el carácter de penal, no puede tener efecto en la Argentina, donde todos ejercen sus derechos dentro del límite señalado por las leyes nacionales. Esta disposición que garante á los individuos que penetran en el territorio nacional el ejercicio de los derechos civiles sin consideración á las leyes de su domicilio, prueba la verdad del principio que hemos sostenido: la supremacía de la ley territorial, y que hay peligro en abandonar á otras naciones en lo que se refiere á la capacidad de hecho. Se puede considerar, pues, como una excepción bien fundada á los arts. 6 y 7, que quedan reducidos á muy estrechos límites, si agregamos las disposiciones del art. 14 en que no deben explicarse las leyes extranjeras. En cuanto á si deben ó no considerarse como incapacidades de hecho ó de derecho no tiene importancia, porque si bien son de *hecho* para la nación que las acepta, entre nosotros no existen. Y la prueba que es una incapacidad de hecho, es que se refiere á la capacidad de obrar, como la que tiene el esclavo ó aquél que fué castigado con la privación de todos sus derechos, como en la muerte civil.



piedad, que forman la base de las sociedades civilizadas, no nacen de la naturaleza que nos rodea, cuya ley general es la lucha por la vida, en que predomina y se perpetúa el más fuerte, el mejor constituido, ó los que se encuentran en condiciones especiales para sustraerse á la persecución, ó que puedan resistirla por su incalculable multiplicación. Así, la esclavitud del hombre, como la de los animales, son una consecuencia de la lucha entre el más fuerte ó el más inteligente, y sólo la civilización ha hecho desaparecer la primera y dulcificar la segunda. Debemos tomar pues, la palabra *naturaleza* en el sentido de todo aquello que nos es necesario para nuestro desenvolvimiento físico é intelectual; por consiguiente, las leyes que contraríen ese fin, haciéndolo imposible é incapacitando al hombre para cumplirlo, no deben tener efecto en nuestro territorio.

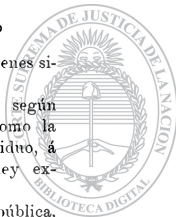
Las penas impuestas al individuo, como la muerte civil, la infamia que se extiende á la familia del culpable, la esclavitud que rija en otra nación, no se aplicarán en nuestro país, porque incapacitan al individuo para cumplir su destino; se las debe considerar como resultado del atraso, y no pasan del territorio en que se dictaron.

§ 8.—DEL RÉGIMEN DE LOS BIENES

Cuando se trata de los bienes situados en nuestro territorio, la soberanía nacional es absoluta, y se reconoce el principio de que los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, *no tendrán ejecución en la República Argentina respecto de los bienes situados en su territorio. si no son conformes á las leyes del país que reglan la capacidad, estado y condición de las personas* (art. 8), pero como la capacidad de hecho queda regida según el art. 7° por la ley extranjera, cuando se trata de individuos domiciliados fuera de la República. quiere decir que el artículo se refiere á la capacidad de derecho.

Se entiende por *estado* de una persona á la posición ó el lugar que ocupa en las relaciones de familia, p. e., el de esposo, padre, hijo legítimo ó natural; y es esa relación de derecho la que

(Art. 8.) V. pág. 28 y su nota.

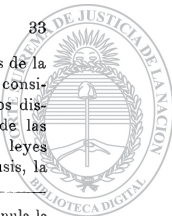


debe ser regida por nuestras leyes cuando se trata de bienes situados en la República.

Se llama *condición*, á la calidad de la persona, según la función que desempeña por mandato de la ley, como la de albacea, tutor ó curador, que conserva el individuo, á pesar de cualquier disposición en contrario de la ley extranjera.

En cuanto al régimen de los bienes situados en la República, se reconoce la soberanía de la ley territorial, á la que el individuo no puede sustraerse, así es que *los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto á su calidad de tales, á los derechos de las partes, á la capacidad de adquirirlos, á los modos de transferirlos, y á las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, á una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido ó perdido de conformidad con las leyes de la República (art. 10).*

(**Art. 10.**) Las leyes que rigen las relaciones personales de los individuos entre sí difieren fundamentalmente de aquéllas que ponen en relación al individuo con las cosas raíces situadas en un lugar determinado. El territorio de una nación que forma la base material de un Estado se compone no sólo del suelo sino de todo lo que se encuentra adherido á él de una manera permanente, y por esa razón todos los países civilizados no han consentido en que se someta los inmuebles á las leyes extranjeras; así, una propiedad raíz, situada en la Argentina, se registrá exclusivamente por las leyes nacionales en lo que se refiere en su calidad de raíz y se la considerará como tal cuando la ley nacional le dé ese carácter. Los derechos que las partes quieran ejercer sobre la propiedad raíz, sean provenientes de un título particular ó de uno universal, deben ser conformes á la ley nacional. En cuanto á la capacidad para adquirirlos se refiere á la de *derecho*, pues la de *hecho*, está sometida á la ley del domicilio de la persona que ejecuta el acto. Al modo de transferirlos; si la ley nacional no permite la adquisición de una parte ó del todo, esa manera no será aceptada. Con relación á la solemnidad que debe acompañar el acto, como la que se refiere á la manera de transmitirlo, en que no se adquiere la propiedad sin la tradición ó sin la escritura pública. Cuando se trata de un título universal en que la ley extranjera ha desconocido los derechos que la nacional acuerda á determinados herederos domiciliados en la



Así, con relación á la calidad de los bienes, si las leyes de la nación los reputan como muebles ó inmuebles, deben ser considerados en ese carácter, sin que la ley del domicilio de los disponentes pueda alterarlos. En cuanto á los derechos de las partes, no podrán ser ejercidos si fueren contrarios á las leyes nacionales, como la institución de mayorazgos, la enfiteusis, la

República pueden reclamar de su exclusión, haciendo declarar nula la transmisión. Por ejemplo, si se tratara de una casa situada en Buenos Aires, que se hubiera adjudicado al heredero legítimo en un país donde los hijos naturales no tuvieran derechos sucesorios, éstos, domiciliados en la Argentina, pueden presentarse á nuestros tribunales haciéndose declarar los derechos que la ley nacional les acuerda, art. 3286. Lo que domina en la materia de sucesiones (dicen Aubry y Rau § 31, nota 45) son vistas políticas y de interés social, y ése es el motivo para excluir de ella toda aplicación de una ley extranjera. Comp. DEMOLOMBE, I, 91. DEMANGEAT, *De la condición de los extranjeros*, pág. 336 á 339.

Los bienes situados en el territorio nacional, no pueden ser gravados en país extranjero con una hipoteca que pase más de diez años, ni por una hipoteca general como las abolidas, aunque la ley extranjera del lugar del contrato lo permitiera. Así, los bienes no pueden ser transmitidos sino en conformidad á las leyes nacionales, ni la enajenación será válida entre las partes, ni con relación á tercero, sino fuere conforme á las leyes nacionales.

El extranjero, ó argentino domiciliado fuera del país, y que ha fallecido en el lugar de su domicilio, no puede transmitir los bienes raíces que tiene en la Argentina, sino con arreglo á las leyes nacionales, y si tiene herederos domiciliados en ella, no pueden ser privados de los derechos que les corresponden, porque los bienes raíces situados en nuestro territorio no se transmiten sino con arreglo á sus leyes.

En cuanto á la parte de que pueda disponer gratuitamente el domiciliado en el extranjero, sobre los bienes situados en nuestro territorio, tendrá completa libertad, si no hay herederos en la Argentina cuyos derechos esté en el deber de salvaguardar. Podemos sentar como principios generales en esta difícilísima materia: 1º que con relación á la capacidad de *hecho*, debe aplicarse la ley del domicilio; 2º respecto á la capacidad de *derecho*, deben aplicarse las leyes nacionales; 3º que los actos jurídicos celebrados fuera de la nación, pero que deban tener efecto en ella, deben regirse por las leyes nacionales; 4º que con rela-



división horizontal de las propiedades que nuestro derecho ha derogado, aunque existieran en la nación donde estén domiciliados los propietarios.

En lo que respecta á la capacidad de *derecho* para adquirirlos ó transferirlos, como si el tutor fuera el comprador de los bienes raíces del menor, se aplicarán las leyes de la República. Si la capacidad ó incapacidad de *hecho* se ha abandonado á la legislación extranjera, cuando se refiere á individuos no domicilia-

ción á los bienes inmuebles situados en el territorio nacional deberán siempre ser regidos por nuestras propias leyes, en cuanto á la calidad de tales, capacidad de derecho para adquirirlos, modos de transferirlos y solemnidades que deben acompañarlos; 5º que el contrato celebrado en el extranjero no deberá tener efecto en la República, si fuese prohibido por nuestras leyes, y por el contrario, debe ser mantenida en la Argentina si fuera conforme á sus leyes, aunque sea contraria á las de la nación en que se celebró; 6º un acto jurídico se rige por la ley del lugar en que se celebró, si allí debe tener su efecto; pero si debe ejecutarse en otro lugar, regirá la ley del lugar de la ejecución; 7º respecto de las solemnidades intrínsecas que debe tener el acto, como ser la expresión del consentimiento de las personas que intervienen y su libre manifestación, la comparencia de las partes y otras semejantes, serán regidas por la ley de la situación de la cosa. Comp. DEMOLOMBE I, 91 y sig. DURANTON, I, 90; arts. 849, 1209, 1210, 1211, 1792, 3129 y nota al 3283, 3287, 3470 y 3598.

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

Faltos de la C. de Apel. de la Capital.—Aplicación del art. 10.—Si bien el conocimiento del juicio sucesorio pertenece al juez del último domicilio, y comprende todos los bienes muebles y raíces, los existentes en la República son regidos exclusivamente por nuestras leyes, y el conocimiento de las acciones que á título hereditario se deduzcan, corresponde á los Tribunales Argentinos.—Jur. Civ. tom. VII, pág. 571, Ser. 1ª.

La acción de petición de herencia es improcedente, si el fallecimiento tuvo lugar en el extranjero, mientras no se justifique previamente la existencia de bienes en la República.—Jur. Civ., tom. IV, pág. 445, Ser. 2ª.



dos en nuestro territorio, no sucede lo mismo con la capacidad de derecho, en que tratándose de bienes situados en la República, se puede decir que esa capacidad es una condición de transmisión de dichos bienes.

El sometimiento á la ley del territorio se ha llevado justamente hasta sus más lejanas consecuencias, exigiendo que las solemnidades que deben acompañar á los actos de modificación ó de transferencia de dominio, se rijan por las leyes de la República, porque no se podría admitir, p. e., que la posesión se adquiriera por sólo el título sin la tradición, ni que la venta de la propiedad raíz se hiciera por escritura privada. Por esa razón dispone el art. 1211, que los contratos celebrados en el extranjero, para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el Estado, si constaren de instrumento público y se presentaren legalizados; pero la tradición no producirá efectos jurídicos hasta que los títulos no se encuentren protocolizados, pues no son tales, ni tienen fuerza, hasta que no se hayan declarado válidos para transferir el dominio.

Los bienes se nos presentan como ocupando un lugar determinado en el espacio, y este lugar debe considerarse, además, como el asiento de la relación jurídica que nos liga á ellos; de ahí es que nace la necesidad de que sean regidas por el derecho local (*lex rei sitæ*).

Además de los inmuebles que están sometidos á las leyes de su ubicación, se encuentran también *los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos que son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, ó que son de su uso personal, esté ó no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos ó transportados á otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño (art. 11)*, porque se considera la propiedad en este caso, como

(Art. 11.) Nuestro Código hace una distinción que introduce la duda en la doctrina consagrada, y que necesitará en el porvenir una reforma. Se rigen por el derecho local de la situación: 1º los muebles que tengan una situación permanente; 2º los que se conservan sin



una proyección de la personalidad humana. Con relación a estos bienes, no puede aplicarse la ley de la situación y debe buscarse con el pensamiento el lugar donde la cosa debe permanecer por más largo tiempo, ó por un tiempo indeterminado, tratando de investigar la voluntad del propietario, que algunas veces coincide con la del domicilio.

El viajero que atraviesa el territorio de dos ó más naciones, no puede cambiar de ley respecto de los bienes que lleva consigo, por el hecho de penetrar en una ú otra, y salvo el sometimiento

intención de transportarlos; 3º los que el propietario lleva consigo ó sean de su uso personal, se rigen por las leyes del domicilio del dueño. Así, los núms. 1 y 2, se deben presentar como dos casos diferentes y no como lo trae el artículo unidos por la conjunción. Una de las razones más poderosas para someter las cosas muebles al derecho local, es que el que quiere adquirir ó ejercitar un derecho sobre una cosa, se transporta al lugar que ella ocupa someténdose al derecho de la localidad; por otra parte, sería difícil averguar el derecho á que debería someterse una cosa común á varios, si se aceptara como regla el domicilio de la persona. No hay razón para no aplicar el mismo derecho local que rige á los inmuebles, cuando los muebles ocupan un lugar determinado y tienen cierto carácter de permanencia; pero este derecho varía cuando el lugar que ocupa es indeterminado, lo que sucede con las cosas que un viajero lleva consigo. Las cosas que tienen una situación permanente y están adheridas á un inmueble, participan de su naturaleza; pero hay otros que á pesar de ser transportables, están sujetos á la ley de la situación. Comp. SAVIGNY, § 366, *Der. Rom.*

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 11.—Las cosas muebles, sin asiento fijo, susceptibles de una circulación rápida, de fácil deterioro, consumibles algunas veces al primer uso, consistiendo otras en género y no en especie, determinándose por cantidades abstractas y pudiendo ser legalmente sustituidas por otras homogéneas, que prestan las mismas funciones, como sucede en el mutuo y en el casi-usufructo, no pueden ser afectadas por los derechos reales, no participan del territorio en que ocasionalmente se encuentran, y en esas circunstancias peculiares á ellas se funda el artículo y la especie. STONV, *Conflict of Laws*, § 362 hasta 376 y 380, y § 388 al fin.—Respecto á la última parte trata extensamente la materia; pero de su misma doctrina se deduce que los muebles que tienen asiento fijo, como los muebles de una casa, de una biblioteca, etc., deben ser regidos por la ley del lugar en que se hallen. SAVIGNY sostiene perfectamente la doctrina del artículo, tomo VIII, § 366.

miento á los reglamentos aduaneros, deben ser regidos por las leyes de su domicilio.

§ 9.—DE LAS FORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Se llama forma, al conjunto de solemnidades que deben observarse en la celebración del acto jurídico, y con el objeto de facilitarlos y de hacer posible su observancia fuera del lugar en que se celebrare, todas las naciones civilizadas han reconocido que *las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público sean regidas por las leyes del país donde se hubiesen otorgado* (art. 12); de ahí la regla: *locus regit actum*; pero

(Art. 12.) En cuanto á los medios de prueba, ¿se deben aceptar igualmente los que permita la ley del lugar en que el acto se realizó? Un contrato verbal por mayor valor de 200 pesos, celebrado en un país donde la prueba testimonial sea permitida ¿tendrá que admitirse entre nosotros? Pensamos que no, porque el artículo se refiere solo á la forma, que difiere de la prueba, y porque las consecuencias de los actos jurídicos que se ejecutan en la nación, deben ser regidos por sus propias leyes.

El Dr. Llerena supone que el principio *locus regit actum* es imperativo, excluyendo nuestro artículo 12 toda forma que no sea la ordenada en el lugar donde se contrata, con lo que no estoy conforme, pues, como dicen Aubri y Rau, § 31, nota 70, esa regla ha sido introducida en el interés común de las naciones, interés que sería evidentemente comprometido, si los súbditos de un país estuvieran colocados en la imposibilidad de ejecutar en el extranjero actos cuyas formalidades requiriesen sus leyes nacionales; así es que se ha buscado la manera de facilitarlos. Si una nación se desprende de facultades que le son inherentes, admitiendo formas que no rigen en ella ¿cómo podría rechazar actos celebrados en la misma forma que ella exige, aunque no sean admitidos en el lugar donde se celebran? No creemos que el artículo 950 venga á quedar sin efecto, porque se admitan las formas que exige nuestro país. Si no se hubiera consignado esta disposición, como sucedió con el artículo 5 del proyecto sobre el Código Francés, que criticada por demasiado absoluta se suprimió (LOCRÉ t. I, pág. 380, y art. 5, pág. 400 y n.º 11, pág. 368) habría quedado implícitamente establecido que todo acto verificado en el extranjero debería ser conforme á nuestras leyes para tener efecto en el territorio nacional. Nin-





deben sujetarse á las siguientes excepciones: 1^a cuando se tratare de la transmisión de bienes raíces situados en nuestro territorio, en que los títulos deben ser conformes á la ley nacional; 2^a cuando las partes se hubieren transportado á otra nación; con el objeto de libertarse de la ley argentina, pero sólo con

guna nación puede rechazar actos que sean conformes á sus propias leyes, alegando que no se han cumplido las de la nación en que se han celebrado, sin desprenderse de su soberanía, haciendo un acto de inconcebible sumisión. Comp. SAVIGNY, t. 8, § 381, *Der. Rom.* DURANTÓN tomo I, núm. 91 y sig. MERLIN, *Rep.* V.º LEY § 6, núms. 7 y 8. Dr. SEGOVIA, *Esp. y crit.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 12.—Cód. de Luisiana, art. 10; Cód. Francés, art. 293 (solo respecto á los testamentos).—Story, *Conflict of Laws*, desde el párrafo 260 — larga é importantísima discusión del artículo. — L. 18, § 4, tít. 20, lib. 10, Nov. Rec. — L. 2, tít. 32, lib. 6, *Cód. Rom.*, y L. 6, tít. 2, lib. 21, Dig.

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 12.—Los documentos públicos otorgados en el extranjero no pueden ser impugnados por falta de las formas ó solemnidades exigidas por nuestras leyes, siempre que sean conformes con las del lugar en que se han verificado. XXIII, 526.

Fallos de la C. de Apel. de la Capital—Aplicación del artículo 12.—La falta de transcripción de los documentos habilitantes, no invalida un poder otorgado en Bolivia, XXXII, 118.

El poder conferido en el extranjero y autorizado por notario público, se presume conforme á las leyes del lugar de su otorgamiento. y basta para acreditar la personería del mandatario, XLVIII, 98.

El Poder otorgado en el extranjero, debe serlo con arreglo á las leyes del país de su otorgamiento.—Jur. Com., tomo III, pág. 231, Ser. 4^a.

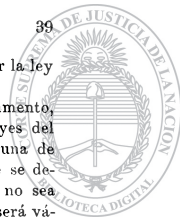
Rijiéndose el mandato por las leyes del país donde ha sido otorgado, el albacea constituido por testamento otorgado en Inglaterra, puede representar á la sucesión.—Jur. Com., tomo VI, pág. 385, Ser. 2^a.

Las formas que la ley establece para los instrumentos públicos no son obligatorias para los otorgados en el extranjero.—Jur. Com., tomo II, pág. 310, Ser. 2^a.

La prueba de que los documentos públicos venidos del extranjero tienen ese carácter en el país de su otorgamiento, corresponde al que pida su protocolización.—Jur. Com., tomo I, pág. 359, Ser. 2^a.

La transcripción de los documentos habilitantes que la ley argentina exige para justificar la personería del otorgante en representación, no es aplicable á los instrumentos de mandato otorgados en el extranjero, en tanto no se justifique que las leyes de aquel país también la exigen.—Jur. Com., tomo III, página 231, Ser. 4^a.

La nulidad de los instrumentos públicos debe juzgarse con arreglo á las leyes del país en que fueron otorgados.—Jur. Civ., tomo IV, pág. 17, Ser. 2^a.



relación al matrimonio, que sería válido, si lo fuera por la ley del país en que se celebró.

Cuando se trata de actos unilaterales, como el testamento, p. e., serán válidos, aunque no sean conformes á las leyes del país en que se realiza, siempre que fuera hecho en alguna de las formas determinadas por la ley argentina; de donde se deduce, que todo acto practicado en el extranjero, aunque no sea conforme á las leyes del lugar y aunque las contrarie, será válido en la Argentina, siempre que sea realizado por individuos domiciliados en ella y conforme á sus leyes.

La observancia de la forma exijida en el lugar donde se realiza el acto jurídico, ¿es absolutamente necesaria ó simplemente facultativa, de manera que las partes puedan elegir entre esta forma y la del lugar del domicilio de la persona que lo realiza? se pregunta Savigny, y agrega: si se considera que esta regla especial se ha establecido para favorecer á las partes y facilitar las transacciones civiles, no puede dudarse de que es puramente facultativa y que puede elegirse entre una y otra forma. Así, pues, cuando un habitante de un país regido por el derecho romano quiere hacer su testamento en París, puede emplear una de las formas establecidas por el derecho francés; pero también puede hacer su testamento ante siete testigos.

Obsérvese que se trata de la forma externa, y no de las demás condiciones intrínsecas del acto jurídico. Así, un individuo domiciliado en la Argentina que se encontrare en el extranjero y quisiera hacer su testamento en la forma ológrafa, que no fuera admitido en el lugar donde se encuentra, ese testamento sería válido entre nosotros, si llena las condiciones exigidas por la ley argentina.

§ 10.—DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES EXTRANJERAS

El código autoriza la aplicación de las leyes extranjeras en los casos siguientes: 1° cuando se trata de la capacidad de hecho de los agentes domiciliados en territorio extranjero; 2° en los actos, contratos y derechos adquiridos fuera del territorio nacional, en que debe aplicarse la ley del lugar en que se celebraron; 3°



respecto de los bienes que el viajero lleva consigo, en que se aplica la ley de su domicilio; 4º cuando se trata de las formas y solemnidades de los contratos y de los instrumentos públicos.

Siendo la ley extranjera un hecho que viene á crear una relación de derecho diferente de la establecida por la ley nacional, su existencia debe probarse como los demás hechos, y por consiguiente, *nunca se aplicarán las leyes extranjeras sino á solicitud de parte interesada, á cuyo cargo estará la prueba de su existencia, exceptuándose las que se hicieron obligatorias en la República por convenciones diplomáticas ó en virtud de ley especial (art. 13)*, porque entonces quedan incorporadas á nuestra legislación y no hay necesidad de probarlas. Así, el domiciliado en Francia, mayor de 21 años y menor de 22, que compareciere en juicio, ó que quisiera celebrar algún contrato en la Argentina, deberá demostrar su edad, su domicilio y su capacidad, con arreglo á la ley francesa.

Cuando el código permite la aplicación de la ley extranjera, se debe hacer con arreglo á los principios siguientes: 1º *no se*

(**Art. 13.**) En cuanto á la manera de probar, será necesario hacerlas constar por documentos auténticos expedidos por los gobiernos ó por publicaciones oficiales de la nación donde están en vigencia. Comp. FREITAS, arts. 6 y 7, y notas á los arts. 1205 y 1207.

La aplicación de las leyes extranjeras en los casos autorizados por el Código, se encuentra limitada por lo dispuesto en el art. 14, á menos que fueren obligatorias por tratados especiales, en que son leyes nacionales. ¿Quién puede alegar la aplicación de las leyes extranjeras, cuando se trata de la incapacidad de hecho de las personas que intervienen en un contrato? En derecho, sólo corresponde al incapaz ó á sus representantes, y al Ministerio de Menores si la incapacidad fuera absoluta. (Art. 1164).

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 13.—La prueba de uniformación para justificar el nacimiento de las personas, no es admisible sin la demostración previa de la falta de registros públicos, ó de asientos en ellos, ó de no estar los asientos en debida forma. Tampoco es admisible la producida en el extranjero, sino se prueba que las leyes del país en que se ha producido, la admiten como tal justificación. Esta prueba debe verificarse en 1ª instancia.—LVI, 419.



aplicarán, cuando se opusieran al derecho público ⁽¹⁾ *ó criminal de la República* ⁽²⁾ *á la religión del Estado* ⁽³⁾, *á la tolerancia de cultos* ⁽⁴⁾, *ó la moral ó buenas costumbres* (art. 14, n° 1), porque entonces sería sobreponerlas á nuestra propia legislación.

En los casos en que por tratados incorporásemos á nuestra legislación leyes abiertamente inconstitucionales, como si pactásemos la entrega de los esclavos, los tribunales de la nación, á solicitud de los interesados, pueden prestarles su protección, declarando sin valor, en cada caso, una disposición semejante.

No se aplicarán las leyes extranjeras: 2° *cuando su aplicación fuera incompatible con el espíritu de la legislación argentina* ⁽⁵⁾

(Art. 14, n° 1°) Cuando el Código autoriza la aplicación de las leyes extranjeras, no se hará si fueran opuestas al derecho público nacional, como en los casos en que las leyes francesas reputan ciudadano francés al nacido en territorio argentino de padre y madre franceses.

No se aplicarán las leyes que se opongan al derecho criminal argentino, de manera que la poligamia, permitida en ciertos países, no será admitida entre nosotros.

La nación protege el culto católico, pero no todo lo que se oponga á él caerá bajo la disposición que niega la aplicación de la ley extranjera; sino solamente aquellas dictadas en los países protestantes en odio al culto católico, declarando inhábiles á los que lo practicaban, ó viceversa, las leyes sobre los herejes ó apóstatas de los países católicos. Afortunadamente, la civilización moderna ha borrado la mayor parte de estas incapacidades. La tolerancia de cultos forma parte de nuestro derecho público, porque está incorporado á la Constitución, y cualquier disposición que tuviera por objeto violarla, sería de ningún efecto.

La moral y buenas costumbres, que son semejantes en todos los

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 14 n° 1.

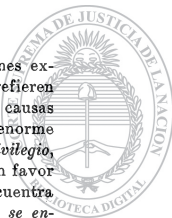
(1) Como las leyes de Francia y de otros Estados de Europa que consideran los derechos civiles como únicamente propios á la calidad de nacional.

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

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

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

(5) Como la institución de la muerte civil que ha regido en Francia hasta el 31 de Mayo de 1834, y que aún existe en Rusia.



(**art. 14, n° 2**), pues existen instituciones en las naciones extranjeras que nosotros hemos borrado, como las que se refieren á los pródigos, á las vinculaciones ó mayorazgos, á las causas de rescisión de los contratos por causa de lesión enorme ó enormísima, etc.; 3° *las que fueren de mero privilegio*, (**art. 14, n° 3**), que se refieren á derechos concedidos en favor de un individuo ó de una sociedad, en cuyo caso se encuentra la llamada propiedad literaria; 4° *cuando nuestras leyes se encontraran en colisión con las leyes extranjeras, y fuesen más favorables á la validez de los actos* (*) (**art. 14, n° 4**).

países que han adoptado el cristianismo, pueden no serlo en aquellas naciones donde no rige, y debemos hacer prevalecer nuestras leyes en todo lo que las extranjeras le sean contrarias á este respecto.

Las buenas costumbres, se refieren al grado de civilización en una época dada y no es posible permitir actos que escandalicen á la sociedad. Comp. arts. 5, 9, 21, 502, 1206, 1207.

(**Art. 14, n° 2.**) No debemos restringir la regla á las leyes civiles, sin comprender las penales y comerciales que se encuentran en la misma categoría. La esclavitud, la muerte civil, etc., son instituciones contrarias á nuestra legislación y que no deben tener efecto en la Nación.

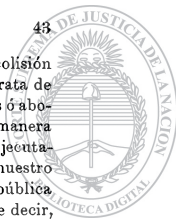
El beneficio de restitución *in integrum* concedido á los menores, las hipotecas generales ó legales, son instituciones que han sido abolidas y que una ley extranjera no puede resucitar.

(**Art. 14, n° 3.**) Las leyes que fueren de mero privilegio, como el derecho que se acuerda á los inventores ó autores en una nación, no pueden regir en otra, sin que previamente se hubiese concedido. Así, un contrato para fabricar tal ó cual clase de instrumentos, impidiendo á los demás su factura, no tendría valor sin que previamente el gobierno hubiera concedido el privilegio, y no la concederá al mismo inventor, cuando otro hubiese sacado patente. Los privilegios de sangre que fueren anexos á la calidad del individuo, como el de nobleza, por ejemplo, no tendrían tampoco efecto en la República.

(**Art. 14, n° 4.**) El Dr. Llerena para apoyar la tésis contraria en sus Concordancias, trae un ejemplo que no es pertinente. Se

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 14, n° 4.

(*) Aproveche al nacional ó al extranjero, como en general lo declara el Código de Prusia. Esta misma idea aparece en los escritores franceses, pero sólo como un favor para los nacionales: legislación viciosa impregnada del *ius Quiritium*, como dice FREITAS. Sobre esta materia, véanse á SAVIGNY, tomo VIII, § 865.



En los dos primeros casos, se supone necesariamente colisión entre la ley extranjera y la argentina; pero como se trata de leyes penales ó contrarias á las instituciones reconocidas ó abolidas por la República, su aplicación se rechaza de una manera absoluta; mientras el último número se refiere á actos ejecutados en el extranjero, y que deben tener su efecto en nuestro país, dando preferencia en tal caso á las leyes de la República, si fueran más favorables á la validez del acto; quiere decir,

trata de la capacidad de *derecho* que puede acordarse á las comunidades religiosas; en que la ley nacional es soberana y exclusiva y no de la forma á que se refiere el art. 12. Donde la plantea exactamente es en el tercer ejemplo. «Supóngase, dice, que un individuo hace un contrato en Chile sujetándolo á la forma establecida en la República, y no á la del lugar de su redacción....., El contrato será nulo, decimos nosotros, en primer lugar, porque al formarlo se han violado dos leyes, las del lugar de su formación y las de la República». ¿Cómo no apercibirse de esta situación tan clara? El acto se supone hecho en conformidad á las leyes de nuestro país y contrariando las del lugar donde se hizo. ¿Porqué no aplicar, entonces, el principio de que en esta especie de colisión, deben regir las leyes de nuestro país, que son más favorables á la validez del acto? El error nace, á nuestro juicio, de considerar la ley extranjera como incorporada á nuestro derecho, excluyendo nuestras propias leyes, cuando las naciones se han visto precisadas á hacer estos reconocimientos para facilitar los actos de los domiciliados en su territorio, que encontrándose accidentalmente en otro no habrían podido realizarlos. No hay disposición alguna en el Código que declare nulos semejantes actos, y no podría existir, sin poner por encima de nuestras propias leyes, á las leyes extranjeras. Decir que los actos celebrados en el extranjero con arreglo á las formalidades allí exigidas, son válidos, es conceder un favor; pero no debe irse hasta declarar nulos aquéllos que sean conformes con las leyes nacionales. Comp. y arts. 138, 139 y 1181, y FREITAS art. 5 y sus notas. SAVIGNY, § 381, *ob. cit.*, dice: «*locus regit actum* significa que es suficiente la forma de un acto jurídico desde el momento en que concuerda con la ley del lugar en que se verificó, por más que en el lugar donde tenga su asiento la relación del derecho se establezcan formas diferentes». Véase Dr. SEGOVIA, art. 12.



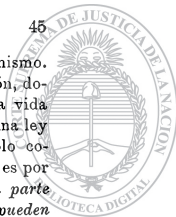
que si fuera nulo según la ley del lugar en que se celebró y válido según la ley argentina, deberá aplicarse ésta, apoyando así la doctrina sostenida en el art. 12. Así, el testamento otorgado en Francia por un individuo domiciliado en la Argentina, que fuera contrario á la ley francesa, ó que fuera nulo por falta de alguna de las solemnidades exigidas allí, sería válido, si estuviera hecho con arreglo á la ley argentina.

Cuando las leyes extranjeras se hubieren hecho obligatorias por tratados ó convenciones especiales, se entienden incorporadas á nuestro derecho público, y los jueces deben aplicarlas con preferencia á las demás leyes ordinarias, y no pueden ser derogadas sino en los casos previstos por los mismos tratados, ó cuando cesaren por la denuncia que una de las naciones hiciera, si no tienen determinado plazo. El Congreso tiene facultad para aceptar ó rechazar los tratados, pero una vez firmados ó aprobados por los respectivos gobiernos, obligan la fe pública nacional.

La única limitación que tiene esta facultad del Congreso, y que no ataca realmente á su poder de legislar, es la de que no puede aprobar tratados que violen la constitución nacional, y si lo hiciere, los particulares heridos en sus derechos podrán reclamarlos y hacer que no les obligue en el caso especial de que se trate.

§ 11.—DE LA DEROGACIÓN DE LAS LEYES

Las leyes traducen las necesidades de la vida nacional, y el legislador no debe hacer sino buscar la fórmula exacta que llene la necesidad; en este sentido el derecho debería ser la creación del pueblo en cuyo seno tomará su origen, y la mayor parte de los males que experimentan las naciones modernas en formación, provienen de haberse dado un derecho científico que no está en armonía con el atraso general del pueblo que sigue su desenvolvimiento con la lentitud propia de las grandes masas. Las leyes no están destinadas á educar ni á dirigir á las sociedades, ellas deben reglar las relaciones de derecho que los actos hacen nacer, respetando en el hombre su



voluntad libre, mientras no dañe á los demás ni á sí mismo.

Al legislador debemos suponerlo en medio de la nación, dominando el conjunto y sintiendo las palpitaciones de la vida nacional, para traducirlas en beneficio común. Cuando una ley aparece, debe responder á una necesidad nacional, y sólo corresponde al poder que la ha dictado el hacerla cesar, y es por eso que *las leyes no pueden ser derogadas en todo ó en parte sino por otras leyes; el uso, la costumbre ó la práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren á ellos (art. 17).*

Hay leyes que son el resultado de convenciones celebradas con las naciones amigas; esas leyes forman parte de nuestro derecho público, y solo pueden hacerse cesar, en la forma que ellas mismas determinen. Hay otras que provienen de convenciones hechas con los individuos; son las leyes contratos que obligan la fe pública, pero que pueden ser derogadas por causa de utilidad general, y previa una justa indemnización.

(Art. 17) La derogación de una ley solo se hace por otra ley, y es siempre expresa, sea cuando se manifiesta así en la misma ley, ó cuando la nueva es contraria á la antigua.

Entre nosotros no hay derogación tácita, como la aceptan algunos autores ó códigos, no solo porque nuestro código no habla de tales modos de dejar sin efecto una ley, sino porque en realidad, para explicarla, debemos ir á buscar la ley nueva que dice expresamente lo contrario de la antigua; luego la derogación no se supone sino que existe, y se aplica el principio *posteriora prioribus derogant*.

Es común en la manera de dictar nuestras leyes, la forma con que se acompañan: *queda derogada toda disposición que se oponga á la presente ley*; así es que raro será el caso en que pueda promoverse esta cuestión. Podemos, pues, sentar, que cuando una ley es clara y precisa, debe ser ejecutada, si no existe otra ley clara y precisa que la haya derogado expresamente ó cuya ejecución sea inconciliable con la nueva. Comp. TOULLIER I, 154. DALLOZ Rep. Vº. Ley nº 538 y 539.

En cuanto á las costumbres y los usos que suelen formar ley ó tomar fuerza de tal, nos presenta un ejemplo el art. 950.

El uso, la costumbre ó la práctica, no pueden derogar las leyes; este es un precepto absoluto para nosotros, no obstante que el pueblo



Y como la nación soberana no puede ser demandada sin su consentimiento, toda ley derogatoria de un contrato debe llevar la autorización para demandarla en los casos dudosos.

Se debe tener presente, que el P. E., contratando con los particulares, si bien obra como persona jurídica capaz de adquirir derechos, no se desprende de su carácter de poder público; en este sentido es que juzga las reclamaciones que los particulares le hacen sobre cumplimiento de sus contratos; y como las personas que ejercen el poder público no tienen un interés particular que defender, no son jueces en propia causa, como generalmente se piensa, sino un tribunal, ofrecen todas las garantías de imparcialidad para decidir administrativamente.

No creo que se pueda quitar por una ley la facultad constitucional, de juzgar en último resort en lo contencioso-administrativo, porque sería someter al P. E. á una especie de inferioridad poniendo á los tribunales como superiores en cuestiones que no son de su competencia. Sería además, desconocer la imparcialidad que debe suponerse en personas que no tienen interés en desconocer derechos verdaderos; pero deben existir casos especiales en que el Congreso, ó el mismo P. E., autorice á los particulares para demandar á la nación.

Si en cuestiones de alta transcendencia, como sucede con las

es quien debía formar la ley con sus usos, como ha sucedido en casi todas las naciones; pero el uso puede crear derechos, ó ser supletorio cuando calla la ley; de esto presenta numerosos ejemplos nuestro Código en los arts. 1424, 1504, 1556, 1595, 2220, 2268 y 2285.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 17.—Lib. 3 y 11, Tít. 2, Lib. 3, Nov. Rec. que derogaron las Leyes Romanas, y la 4 y 6. Tít. 2, Part. 1^a.—El Cód. Francés guarda silencio sobre este punto. El Cód. de Luisiana admite expresamente la costumbre.

Fallos S. C. N. — Aplicación del art. 17. — No pueden alegarse prácticas mercantiles contrarias á la ley.—VIII, 295.

Las prácticas no deben prevalecer contra las palabras y el espíritu de las leyes, debiendo acudirse á ellas, cuando no exista disposición directa ó análoga.—III, 52.

deudas que la nación contrae en el extranjero, él es el único y soberano juez para decidir cuándo se debe ó cuándo puede pagar, sin que la nación pueda ser sometida á juicio ¿cómo podríamos admitir que los domiciliados en la República pudieran demandarla? Estas reflexiones nos sujere el proyecto de ley que se tramita (1896) en el Congreso, autorizando á demandar á la nación.

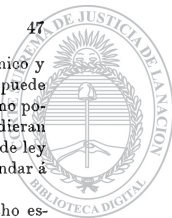
La nación Argentina recibió de la España un derecho escrito, en cuya formación no había intervenido, y aunque desde 1810 ha comenzado la reforma lenta de ese legado, siempre procedió aplicando los principios científicos que eran el resultado de los estudios de los sabios ó de los jurisconsultos, recogidos en forma sintética. Pueblo nuevo, que salía de una época de atraso, deseoso de conquistarse inmediatamente los beneficios de la civilización, no ha tenido tiempo de esperar la costumbre, que es al derecho nacional, lo que el aluvión de los ríos á los terrenos riberaños; forma capa sobre capa ese rico terreno que viene á incorporarse al antiguo dándole nuevo vigor.

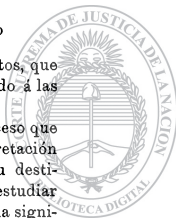
Se conservan todavía naciones de una gran civilización, donde el derecho popular tiene su imperio, y la costumbre desempeña una función importante en su legislación. Nuestro Código Civil ha reconocido, en ciertos casos, la necesidad de fundar el derecho en la costumbre, y busca en ella la disposición que no ha podido dar en forma escrita. Así, cuando el uso ó la costumbre estén determinados como fundamentos del derecho, tendrán la misma fuerza que la ley escrita.

§ 12.—DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES

Las funciones de los jueces son generalmente pasivas; necesitan que las partes lesionadas en su derecho vengán á demandar su intervención.

En nuestro complicado mecanismo de organización judicial, hay necesidad de un estudio profundo para determinar la jurisdicción á que corresponde un asunto dado, y ése es uno de los inconvenientes que ofrece toda legislación que no obedece á un pensamiento uniforme. La Constitución podría haber autori-





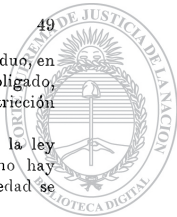
zado al Congreso para dictar un código de procedimientos, que sin alterar las jurisdicciones locales, se hubiera entregado á las Provincias para su aplicación.

Los jueces al aplicar la ley deben reconstruir el proceso que el legislador ha debido seguir para dictarla, y la interpretación viene á ser entonces una simple operación del espíritu destinada á hacer conocer la ley en toda su verdad. Deben estudiar las palabras ó su sentido gramatical, dando á cada una la significación que el lenguaje le atribuya; estudiar el sentido lógico, buscando la relación íntima que tienen unas disposiciones con las otras, y todas entre sí, teniendo en cuenta el estado de la legislación que ha venido á alterar. Así, pues, *los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes (art. 15)*, pues tienen los elementos para llegar al conocimiento de la verdad.

Cuando la ley guarda silencio, y la persona es de existencia visible, debe aplicarse la regla de nuestro derecho público constitucional: nadie está obligado á hacer lo que la ley no manda, ni puede ser privado de lo que ella no prohíbe; en una palabra, todo lo que no está prohibido se traduce en libertad para el individuo, salvo en lo que se relaciona con las buenas costumbres.

Si la ley fuera oscura ó anfibológica, se debe interpretar en favor de la libertad del individuo, sea éste deudor de una obligación, ó un presunto culpable; porque es una regla de de-

(Art. 15.) El principio del artículo no se refiere á las leyes penales, porque el juez no puede aplicarlas por inducción, cuando el caso ofreciera duda, desde que en el silencio de la ley estaría obligado á absolver al acusado; mientras que tratándose de leyes civiles ó comerciales, el silencio de la ley obligará á penetrarse de la legislación para interpretarla. El Juez está investido entre nosotros de una autoridad, á la que no escapa caso alguno; así la facultad de pedir y obtener sentencia pertenece á todos sin limitación ni restricción y el Juez deberá pronunciarla, supliendo siempre las leyes cuando fuere necesario. Comp. MARCADÉ I, número 80 al art. 4. DEMOLOMBE I, 111 y sig. y Fallos C. S. N., Ser. 1, tomo VIII, pág. 393, Ser. 1, tomo, VIII pág. 450.



recho, que siendo la libertad el estado normal del individuo, en los casos de duda, debe ser mejor la condición del obligado, que la del acreedor que pretende someterlo á una restricción que no resulta bien comprobada.

Con relación á las leyes penales, se permite aplicar la ley nueva, cuando es más favorable al condenado, porque no hay razón para mantener la más rigurosa, desde que la sociedad se considera garantida con una pena menor.

En los casos de insuficiencia de la ley, los jueces no deben suplirla, porque se correría el gravísimo peligro de confundir las funciones judiciales con las legislativas, creando una regla que no existe; la cuestión debe resolverse entonces, en favor de la libertad del individuo á quien se pretende obligar, ó aceptando la validez del acto, si es un testamento, ó la absolución del acusado en las causas criminales ó correccionales.

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

(Art. 16.) Para interpretar las leyes, los jueces deben seguir reglas invariables. La interpretación, como operación intelectual que tiene por objeto percibir la ley en toda su verdad, no es exclusiva del juez, sino de todo el que estudia y trata de penetrar el pensamiento de la ley; por eso hay una interpretación *doctrinal*, que es la científica, en contraposición á la llamada legal ó auténtica. No es necesario que la ley sea obscura para interpretarla, aunque se manifiesta con mayor fuerza en ese caso.

Los elementos que el intérprete debe usar para encontrar el pensamiento de la ley, son: el gramatical, que estudia las palabras; el lógico, que descompone las relaciones que unen las diversas partes de una disposición; el histórico, que determina el cambio introducido por la ley; y el sistemático, que tiene por objeto unir y armonizar las disposiciones del mismo Código formando un todo completo y armónico. SAVIGNY, VIII, §33, *Der. Romano*.

Cuando una cuestión civil no puede resolverse *ni por las palabras*, lo que da á entender que hay defectos en la ley, que pueden provenir de una expresión indeterminada ó impropia, el Juez debe examinar la



Para penetrar en el espíritu de una ley, es necesario buscar el pensamiento del legislador, y en esta investigación, el primer elemento es la palabra, signo visible de la idea y su manifestación en forma material. Si el intérprete ha agotado sin resultado todos los medios para desvanecer la obscuridad de la ley, ocurrirá á las leyes nacionales con las que tengan mayor semejanza.

En nuestra legislación codificada, las leyes civiles forman un solo cuerpo de disposiciones, y se pueden considerar como

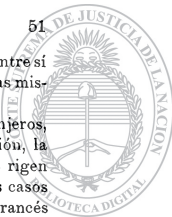
legislación en su conjunto para fijar la indeterminación de la expresión, y si no bastara, referirá la ley á su motivo, que es la *ratio legis*, de donde podemos deducir una regla superior de derecho, ó buscar el efecto que la ley debe producir, es decir, el fin que se propuso. Hay casos en que el intérprete, siguiendo las reglas que hemos dado, puede corregir el texto de la ley por el pensamiento del legislador, y es lo que ha hecho decir á los jurisconsultos, que el espíritu es superior á la letra.

Cuando el texto impreso está equivocado, sería el caso de corregir la letra por la letra.

Las leyes romanas habían previsto el caso y dejaban al juez la facultad de juzgar, cuando el silencio ó la impropiedad de la expresión introducían la duda, l. l. 5, tit. 5, lib. 22, y 11, tit. 5, lib. 19 Dig., SAVIGNY, ob. cit. § 38.

Se comete generalmente un error al creer que la jurisprudencia de los tribunales la forman una ó varias decisiones conformes; este error ha llevado á nuestros tribunales hasta querer privar á los jueces de su libre facultad de interpretar la ley al aplicarla. Buscando la armonía y la uniformidad en las decisiones, se quiere paralizar el desenvolvimiento del derecho. No hay duda que merecen mucho respeto las decisiones de los tribunales de una nación; pero no deben considerarse como una regla superior que encadene y se imponga al espíritu de los demás jueces; es dentro de la libertad de interpretar una ley, que debemos buscar la autoridad que esa interpretación debe tener, por la uniformidad que se note en la manera de entenderla. Por eso la jurisprudencia de los tribunales, para que tenga fuerza, necesita de los elementos del tiempo, del cambio de personal, de la semejanza de los casos y de su número.

Los tribunales, por altos que sean, no pueden encadenar el porvenir pretendiendo fijar con sus decisiones las reglas á que deben ajustarse



análogas las instituciones del mismo código que tengan entre sí alguna semejanza, ó las de los códigos que nos rigen en las mismas condiciones.

Cuando son disposiciones tomadas de códigos extranjeros, se puede traer como elemento importante de interpretación, la opinión de los tratadistas de derecho de la nación donde rigen esos códigos y aún las decisiones de sus tribunales en los casos análogos; por eso ocurrimos con frecuencia al derecho francés y á sus comentadores para explicar las disposiciones del nuestro, que se ha inspirado en sus fuentes; pero este medio debe emplearse sólo después de haber agotado todos los recursos que ofrece nuestra legislación nacional.

Los tratadistas ó comentadores de nuestro derecho nacional, así como las decisiones de los tribunales de la nación, deben servirnos de guía en la interpretación de la ley.

La autoridad del Dr. Velez Sarsfield, redactor del Código

los casos que le sucederán. Sería pretender la infalibilidad. Así es que consideramos las decisiones de los tribunales como elementos de interpretación que deben aplicarse con suma prudencia, y solo cuando hay uniformidad en un lapso más ó menos largo, que permita el cambio en el personal de los tribunales, se les debe considerar como una interpretación semejante á la doctrinal. Comp. Cód. de Chile 17 á 24.

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

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 16.—En caso de duda de un concepto, debe estarse al que favorece á quien trate de evitar un daño, y no al que quiera obtener ventajas.—XV, 247.

Todo estatuto penal debe interpretarse restrictivamente.—XXVIII, 250.

No puede hacerse por interpretación, lo que no podría hacerse por disposición expresa de la ley.—IX, 382.

Es regla de interpretación, que en caso de duda debe resolverse en favor de la liberación y de lo que sea más arreglado á la equidad.—XXIII, 290.

Si el contrato no debiera ser calificado de sociedad, sino como formando entre los inominados, la solución de las cuestiones que de él surjan, debe ser resuelta por los principios establecidos por leyes análogas, LXI, 165.



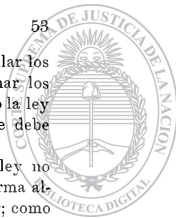
Civil y cuyo proyecto se convirtió en ley, sin modificación alguna, es de grande importancia; por consiguiente, las notas de aquel célebre juriconsulto argentino, que acompañan á la publicación oficial del código, deben ser consultadas con preferencia para explicar la ley; pero si es clara, considero un gran error querer conciliarla cuando se aparta de la disposición ó la contradice. La nota pierde mucho de su importancia, como opinión personal del autor, cuando es la transcripción de opiniones de autores extranjeros, y en su mejor parte se encuentra esta copia literal, que no disminuye la importancia de la otra. En estos casos la nota debe considerarse, no como una interpretación doctrinal, sino como indicación de la fuente donde fué tomada la disposición. Dar mayor autoridad á la nota, sería faltar á los principios de una interpretación científica, y cometer el error de equiparar su fuerza á la del texto de la ley.

§ 13.—DE LOS ACTOS PROHIBIDOS POR LAS LEYES

La potestad del legislador se manifiesta con mayor fuerza en la prohibición, porque el interés particular no puede eludirla, y la voluntad es impotente para dejarla sin efecto; por el contrario, cuando la ley acuerda un derecho, el individuo puede renunciarlo, si es concedido en su interés particular.

La prohibición lleva consigo un carácter de impersonalidad, buscando asegurar un interés permanente y superior al interés individual; por esa razón, *los actos prohibidos por las leyes son de ningun valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención (art. 18).*

(**Art. 18.**) Una ley romana dice: Lo que se hace contra la ley, es no solamente inútil, sino radicalmente nulo, aunque el legislador no lo haya explicado en la ley prohibitiva y especificado lo que sucedería; l. 5, tit. 14, lib. I, Cod. Rom. Pero esta regla no es absoluta, como parecería á primera vista, y es necesario distinguir, cuando las prohibiciones son civiles ó tienen el carácter de penales. Del primer caso podríamos traer como ejemplo el art. 1381, que determina el plazo de la retroventa; no debiendo exceder de tres años, si se hiciera por cinco, no quedaría nulo sino en los dos de exeso; lo mismo sería en el



La prohibición algunas veces no tiene por objeto anular los actos realizados en contravención á la ley, sino determinar los efectos que deben producir una vez ejecutados; y cuando la ley guarda silencio sobre el efecto del acto prohibido, éste debe considerarse como no sucedido.

Podemos decir, en general, que la prohibición de la ley no invalida el acto realizado, y si, por el contrario, lo confirma algunas veces, determinando los efectos que debe producir; como en los casos en que prohíbe el matrimonio del tutor con la pupila; del hijo menor de edad para casarse sin el consentimiento de sus padres, etc., en que los actos son perfectamente válidos: pero el tutor puede ser acusado criminalmente, en el primer caso, y privarse al menor de la administración de sus bienes, en el segundo.

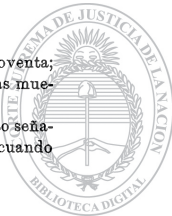
La prohibición puede tomar los caracteres de una simple limitación de la acción individual, como si ha fijado un término para la duración ó el ejercicio de un derecho; pasado ese

plazo de la locación y el de la hipoteca, que no pueden pasar de diez años. Otro ejemplo nos presenta el art. 93 de la ley de matrimonio civil, que prohíbe á la mujer casarse dentro de los diez meses de disuelto ó anulado el matrimonio, cuando quedare en cinta; pero que no anula el acto, sino que lo castiga con la pérdida de los legados ó libertades.

Las prohibiciones penales se distinguen de las civiles, en que aquellas tienen una aplicación inmediata, porque se prohíbe el acto en el interés de la moral y del orden social, mientras estas se fundan solo en el interés general. LAROMBIÈRE art. 1133, t. I n° 6, 15, 31, 32, 49, 50 y 51. DEMOLOMBE III, 237. Comp. nuestros arts. 21, 177, 1038, 2612, 3389 á 3395.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 18—Es muy importante sobre este punto la L. Rom. 5, Tít. 14, Lib. 1 del Cód.—Cód. de Chile, art. 10.—Cód. de Luisiana, artículo 12, LECLEUC, *Droit Romain*, tomo I, pág. 238 y 239.—Igual artículo fué propuesto al formarse el Cód. Francés y no fué admitido, quedando este punto sin resolverse.—Véase ZACHARIE, tomo I, pág. 46, l. l. 17 y 22, Tít. 1, y 1, Tít. 3 y 6, y 7, Tít. 11, Lib. 10, *Noc. Rec.*

Fallos de la C. de Apel. de la Capital.—Aplicación del art. 18.—Procede la nulidad del contrato, si los actos que forman su base principal son prohibidos por la ley.—Civ., t. IV, pág. 342, Ser. 5°.



término no puede ejercerse, p. e., en el pacto de retroventa; si prohíbe el acto mismo, como la retroventa en las cosas muebles, queda sin efecto, si se hubiere pactado.

En todo acto prohibido se debe buscar, pues, el efecto señalado por la ley para el caso de contravención, y sólo cuando ella se limita á prohibirlo, es que no debe tener valor.

§ 14. — DE LA RENUNCIA DE LAS LEYES

Cuando la ley determina las relaciones jurídicas de los individuos entre sí, teniendo en cuenta su propio interés, ellos pueden cambiar, modificar ó suprimir el derecho creado en su beneficio; pero no es fácil establecer con precisión cuándo una disposición es de interés público é irrenunciable y cuándo es de interés privado.

En principio, la libertad individual debe ser tan extensa que no encuentre su límite sino en el interés de la sociedad ó en el derecho de otro. En general, la renuncia debe respetarse, y sólo cuando por una razón superior se prohíba, el interés individual debe callar. Así, el dolo no puede renunciarse en los contratos, porque la sociedad tiene un positivo interés en estimular la buena fé, y no dar facilidad para el engaño.

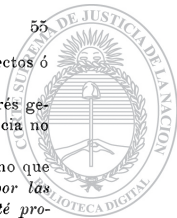
La regla de que *la renuncia general de las leyes no produce efecto alguno (art. 19)*, es absoluta, y comprende esas re-

(Art. 19.) La antigua legislación española permitía las renunciaciones generales y los escribanos las extendían sin explicar ni comprender muchas veces su alcance.

Nuestro Código, cortando estos abusos, las ha prohibido, declarándolas sin efecto. Es necesario expresar lo que se quiere renunciar, y solo tendrá valor si la renuncia no está prohibida. Esta disposición se repite en el art. 872 y es una explicación de la última parte. Véase artículos 1449, 1453, 2099, 2693, 3963 á 3965.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 19.—Cód. de Austria, art. 937.—Cód. de Prusia, Part. 1^a, art. 193.—Cód. de Chile, art. 12. Véase ZACHARIÆ, tomo I, pág. 44, § 34.

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 19.—Cada uno puede renunciar á los privilegios introducidos por la ley en su beneficio.—XII, 95.



nuncias que se ponen ordinariamente para encubrir defectos ó faltas que los particulares tienen interés en ocultar.

Las leyes prohibitivas son siempre dictadas en el interés general de la sociedad y no pueden renunciarse, ó su renuncia no produce efecto.

La renuncia debe ser especial, expresándose el derecho que se renuncia. *Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual, y no esté prohibida su renuncia (art. 19) (1).*

Cuando la ley dicta reglas generales para los casos en que los individuos no han manifestado su voluntad sobre tal ó cual circunstancia, como sucede en los contratos, se dice que esos derechos pueden renunciarse ó alterarse, porque suplen la falta de expresión formal de la voluntad, como p. e., en el contrato de compra-venta, respecto á las condiciones de pago, de entrega de la cosa, ó de la evicción, en que la voluntad de las partes forma la ley de los contratantes.

Para que la renuncia de un derecho sea válida, es necesario que no haya sido prohibida; en el silencio de la ley, la voluntad del individuo no tiene más límite que su propio criterio. A la sociedad le basta la prohibición, para defenderse contra esas renunciaciones que tocan al interés general.

No se puede renunciar á las formas determinadas por la ley para que los actos produzcan tales ó cuales efectos, ni darles otros que los expresados en la misma ley, á menos que se hubiera dejado á la voluntad de los individuos el realizarlos en la forma que eligieren.

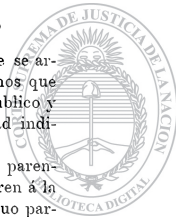
Hay leyes que se dictan considerando á la sociedad en su

La renuncia de derechos ante los jueces, debe tomarse en el sentido estricto en que se hacen.—XVIII, 313.

Fallos de la C. de Apel. de la Capital.—Aplicación del art. 19.—La disposición de la ley sobre la época en que deben presentarse los documentos en que se funda la demanda, es renunciable por el litigante en cuyo favor debe aplicarse.—Jur. Civ., tomo III, pág. 472, Ser. 2°.

El Banco Hipotecario, si bien puede ejecutar particularmente á sus deudores, no está inhibido de hacerlo judicialmente.—Jur. Civ., t. II, pág. 391, Ser. 2°.

(1) (Art. 19.) Véase pág. 54.



conjunto, como un ser orgánico, con vida propia, en que se armonizan y complementan las libertades con los derechos que ellas crean y reconocen; esas leyes forman el orden público y son la base sobre que descansa la sociedad; la voluntad individual no puede alterarlas.

Las leyes que organizan la familia, determinando el parentesco y los derechos y deberes anexos; las que se refieren á la higiene y seguridad, etc., no tienen por objeto al individuo particularmente, sino á la sociedad considerada como un todo, y las convenciones particulares no pueden dejarlas sin valor.

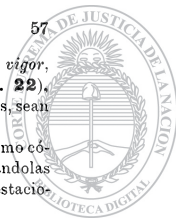
En efecto, hay un interés superior que la sociedad no puede abandonar á la voluntad del individuo, sin peligro para la comunidad de que forma parte; así, p. e., los padres no pueden, por convenciones especiales, romper con sus hijos los lazos de parentesco que los ligan, y aunque los renunciaran imponiéndose penas pecuniarias, tales contratos serían de ningún valor.

§ 15. — DEROGACIÓN DE LAS LEYES CIVILES ANTERIORES AL CÓDIGO

Un código es la reunión de las leyes que una nación ha dictado sobre determinada materia. Esa reunión ordenada y metódica que forma un todo completo, está destinada á agotar la materia legislada, y es la principal ventaja que ofrece la codificación, que en cierto modo impide el desenvolvimiento del derecho en el seno de la nación.

Cada materia legislada debe abrazar y traducir en forma de leyes las necesidades de la vida nacional, encerrando en sus disposiciones las relaciones de los individuos entre sí y su modo de obrar, siendo la única fuente donde deba encontrarse la regla que determina sus derechos.

El olvido de estos principios nos lanzarían en la duda, y tendríamos que ir á buscar en las leyes anteriores una disposición que no se encuentra en el código. Esta incertidumbre ha cesado desde la vigencia del código civil, que es la única fuente de nuestro derecho civil, y á ese fin responde esta disposición: *lo que no está dicho explícita ó implícitamente en ningún artículo del código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque*



anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial (art. 22), quedando así derogadas todas las disposiciones anteriores, sean ó no contrarias al Código Civil.

La explicación de la ley civil debe buscarse en el mismo código, armonizando sus diversas instituciones, y considerándolas como un conjunto de leyes que abrazan todas las manifestaciones de la vida civil de la sociedad argentina.

Una disposición semejante deberían contener todos nuestros códigos, siendo impropia la fórmula con que algunos terminan: *de que quedan derogadas todas las disposiciones que se opusieran á la presente ley.*

Las leyes anteriores han quedado derogadas expresamente y sólo pueden servir como un antecedente para estudiar el estado de la legislación civil que el código ha venido á reformar, iluminando las disposiciones oscuras, bajo la autoridad de la crítica científica.

(**Art. 22.**) Esta disposición destinada á hacer desaparecer la legislación española que nos regía antes de la publicación del Código Civil, se extiende igualmente á la legislación patria, de manera que la única fuente de los derechos civiles es el Código; pero si el Código de Comercio, dictado posteriormente, contuviera disposiciones de derecho civil, no obstante el precepto del artículo, deberían aplicarse con preferencia; porque la ley posterior deroga la anterior y el precepto es para las leyes anteriores y no debe importar una limitación al cuerpo legislativo. La ley posterior de matrimonio civil ha alterado por completo el título que contiene el Código Civil.

La derogación general que contiene el artículo, demuestra que no necesita ser especialmente hecha, y como dijimos en el art. 17, la derogación debe ser expresa, no en el sentido de que se debe indicar que quedan derogadas las disposiciones anteriores, sino que la ley nueva debe disponer lo contrario, aunque nada se diga de la anterior.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 22. — Cód. del Ducado de Baden, art. 1, letra B.

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 22.—Habiendo tenido lugar las operaciones de aduana, de las que se deriva el derecho del Fisco, bajo la vigencia del Código Civil, no es aplicable lo dispuesto por la ley 6, tít. VII, Part. 5ª, sino lo que establece el art. 4023 de dicho Código.—XXI, 309.



§ 16. — DE LA IGNORANCIA DE LAS LEYES

La ley perdería uno de sus más importantes caracteres, el de ser obligatoria para todos desde su publicación, si una clase social pudiera substraerse á su mandato, alegando ignorancia.

No se concibe una sociedad bien organizada en tales condiciones; por esa razón los que no saben leer, los menores, ausentes ó incapaces, están sometidos como los demás á las obligaciones que la ley impone. Así, se ha establecido como principio, que *la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley (art. 20)*, y en de-

(**Art. 20.**) En las leyes civiles hay excepciones, que se refieren al error de derecho expresamente autorizado en determinados casos. Si bien existe una diferencia entre el error y la ignorancia, nuestro Código emplea indistintamente ambos vocablos (art. 923) y debemos limitarnos á hacer notar, que el error; contraviniendo á las leyes que solo miran al interés particular, solo daña al individuo; pero cuando se viola por ignorancia una ley de orden público, se ataca á la sociedad. De ahí esta diferencia: la ignorancia de las leyes de orden público debe ser castigada, mientras que el error de derecho no debe servir á nadie de medio para adquirir. D'AGUESSEAU (*Ed. Pardessus*) IX, 629. *Disertación sobre el error de derecho.*

El error de derecho, como una excepción, debe limitarse expresamente á los casos comprendidos en la disposición que autorice á alegarlo; al que lo alegare corresponde la prueba, y ningún juez puede concederlo por analogía. Así, en el caso del art. 784, debe aplicarse solo al pago por error de derecho.

Se califica de poseedor de buena fé al que por error de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión ha tomado (artículo 3428) aprovechando ese error, pues hace suyos los frutos percibidos. Comp. AUBRY y RAU § 28, y nuestros arts. 1923, 3428 y 4007.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 20.—*l. 3, Tít. 14, Part. 15.—Cód. de Luisiana, art. 7.—Cód. de Austria, art. 2.—Véase el proyecto de GOYENA, art. 2 y ZACHARIE, § 26.—Las l. l. 21, Tít. 1, Part. 1^a y 6, Tít. 14, Part. 3^a, copiaran las leyes Romanas sobre la ignorancia del derecho.

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 20. — La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para librarse del cumplimiento de lo que ellas mandan. Sin em-

fensa de la ignorancia y buena fe, se ha autorizado á alegar el error de hecho ó de derecho en ciertos casos; como si he pagado una deuda mancomunada como solidaria, la ignorancia de mi derecho servirá de base para la demanda de restitución de lo pagado indebidamente.

El principio consagrado, es absoluto tratándose de las leyes penales, cuya prohibición pesa sobre todos los individuos, admitiendo sólo circunstancias ó causas de irresponsabilidad.

bargo, es equitativo admitirla para presumir la buena fé, cuando se trata de disposiciones recientemente puestas en vigencia, y sustancialmente diversas de las que se hallaban antes en vigor.—XII, 120.

Es una teoría peligrosa que la Corte Suprema no seguirá, tal vez, en adelante, porque abriría una ancha puerta, que nos conduciría á frecuentes abusos. Toda nueva ley, que abrogue ó modifique la existente, daría lugar á que se alegara ignorancia, causando á los interesados un perjuicio que quedaría sin ser resarcido. La máxima de derecho de que, entre el que causa un perjuicio por ignorancia ó buena fe, y el damnificado, debe ser éste preferido, sería violada por su base. En los pleitos, sería más acertado dejar á salvo los derechos del que ha causado el daño por ignorancia de la ley, bajo la dirección de un letrado, para que una vez pagados, pueda reclamarlos del que lo ha dirigido, y no dejar al perjudicado sin acción. No se debe violar la máxima del art. 1109.—(N. del A.)



TÍTULO II

DEL MODO DE CONTAR LOS INTERVALOS DEL DERECHO

CAPÍTULO ÚNICO

Del tiempo—Modo de contar los plazos

§ 17.—DE LOS DÍAS, MESES Y AÑOS

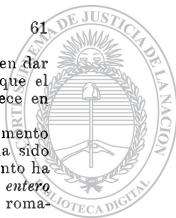
El tiempo es un elemento esencial, no sólo para los casos de la retroactividad de las leyes, sino para la adquisición ó pérdida de los derechos, y en este sentido, los códigos que han regulado el tiempo de una manera especial, han evitado numerosas cuestiones.

Las instituciones en que se revela con más fuerza la influencia del tiempo, las podemos dividir así: 1° aquéllas en que la existencia del derecho depende de la actividad humana durante un período determinado, como en la prescripción para adquirir (usucapión); 2° aquéllas en que se hubiese dejado de ejercitar la acción, como en la prescripción liberatoria; 3° aquéllas en que la adquisición ó pérdida del derecho depende de hechos independientes de la voluntad, como sucede con la edad que determina la capacidad de obrar; 4° cuando se trata de un hecho ó de una circunstancia ocurrida dentro de un plazo dado, como la presunción de paternidad del hijo nacido dentro de los 300 días de la disolución ó anulación del matrimonio.

El papa Gregorio XIII, con el objeto de rectificar el calendario Juliano, creó el calendario que lleva su nombre y por el cual se guían la mayor parte de los pueblos civilizados, y nuestro código, siguiéndolo, ha ordenado, que *los días, meses y años, se contarán para todos los efectos legales, por el calendario Gregoriano (art. 23)*:

(**Art. 23.**) La medida del tiempo, dice Savigny (§ 179 *Der. Rom.*), la tomamos del sistema cronológico por el cual regulamos todas las re-





El día es el espacio de tiempo que tarda la tierra en dar vuelta sobre su eje, y se estima en 24 horas; mientras que el día natural sólo comprende el tiempo que el sol permanece en el horizonte.

No siendo posible determinar con exactitud el momento preciso en que la relación de derecho se ha formado, ha sido necesario fijar un término dentro del cual el acontecimiento ha debido realizarse, y se ha llamado *día al intervalo entero que corre de media noche á media noche* (art. 24); los roma-

laciones de la vida, sistema fundado en las leyes astronómicas, y cuya exposición se llama el calendario.

Cuando se trata de juzgar una relación de derecho subordinada á un plazo determinado, tomamos como término de comparación, las divisiones del tiempo establecidas de una manera fija por el calendario. Nosotros hemos elegido el calendario Gregoriano. El año se dividió en 365 días, 5 horas, 48 minutos y 48 segundos, y se decidió que cada 400 años dejasen de hacerse tres intercalaciones de años bisiestos para que la diferencia de los 11 minutos y 12 segundos que dá cada 130 años un día de más, no se presentara en adelante. Los Rusos siguen el calendario Juliano, y cuando lleguen al año 2400 tendrán que suprimir el mes de Enero. Comp. art. 88 y nota 1466, 3141, 3642—FREITAS 8, GOYENA 15 y CHILE 48.

(Art. 24.) El día de un plazo no se cuenta, desde el momento en que se estipula, sino desde las doce de la noche de ese día para terminar á las doce de la noche del día del vencimiento; en una palabra, no se cuenta todo el tiempo corrido desde que se contrajo la obligación, sino desde la media noche; así, un plazo de 15 días que comenzó el 1º, termina el 15 á media noche y solo el 16 el obligado se consideraría en mora.

Nuestro Código ha aceptado este sistema rechazando el que hacía contar el mismo día del plazo; *dies termini á quo non computatur in termino*.

La dificultad de determinar la hora matemática en un lugar dado, que necesita de observaciones previas, ha hecho que las naciones no fijen por horas la creación ó la disolución de una relación jurídica—V. art. 88, 1466, 3137, 3141, 3145, 3210 y 3934.

Fallos de la C. de Apel. de la Capital. — Aplicación del art. 24.—Los secretarios están obligados á recibir y poner cargo á los escritos que en su domicilio particular presenten las partes después de las horas hábiles del despacho.—Jur. Civ., tomo I, pág. 106, Ser. 2º.



nos lo llamaban *dies civiles*, para distinguirlo del día natural.

Se ha determinado que cada día corra de media noche á media noche, haciendo que todos tengan una duración igual; todas las legislaciones han aceptado ese intervalo de 24 horas, y nuestro código dice: *los plazos de días, no se contarán de momento á momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha (art. 24).*

§ 18.—MODOS DE CONTAR LOS PLAZOS

Se ha dicho que los plazos no se cuentan de momento á momento, porque no es posible fijar con exactitud el instante en que la relación de derecho ha nacido. *Los plazos de mes ó meses, de año ó años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha; así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses ó el año (art. 25);* por consiguiente, si principia en un mes

(**Art. 25.**) Los meses del calendario Gregoriano tienen el mismo número de días que el Juliano aceptado por la Rusia, y la diferencia consiste en que el Juliano divide el año en 365 días seis horas, aumentando un día por cada cuatro años, mientras que el Gregoriano lo divide en 365 días, 5 horas, 48 minutos y 48 segundos, haciendo el mismo aumento de un día cada cuatro años: pero suprimiendo tres bisestos cada 400 años, de manera que los 11 minutos 12 segundos que computa de más el calendario Juliano, daban un aumento en el año 1581 de diez días, que lo convertirán en un mes el año 2400. Son detalles que casi no interesan á las cuestiones de derecho; pero como algunos han confundido estas nociones, creo necesario explicar los sistemas.

Los plazos de meses terminarán el mismo día del mes siguiente; así una obligación contraída el 15 de Febrero á un mes de la fecha, terminará el 15 de Marzo, por más que no sea igual en días á otro de un mes comenzado el 15 de Diciembre y que terminara el 15 de Enero.

Los plazos de meses no tienen relación alguna con el número de días; así, un plazo de dos meses desde el 1º de Diciembre terminará el

(**Art. 24.**) Véase pág. 61.



que tengan menos ó más de treinta días, terminará en el mismo número de días en que comenzó.

Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses ó años, constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes (art. 26); de modo que el plazo de un mes comenzado el 28 de febrero, terminará el 31 de marzo y no el 28, y el que comenzó el 31 de enero, terminará el 28 de febrero.

Raras veces ocurrirán dificultades en la práctica, porque todo el mundo establece sus obligaciones á tantos días de la fecha.

Los plazos deben correr sin interrupción, sin contar el mo-

1° de Febrero y tiene 62 días, mientras que el mismo plazo á contar desde el 1° de Febrero (con 28 días), que termina el 1° de Abril, no tiene sino 59. Freitas, en su larga nota al art. 11, demuestra la exactitud de la regla establecida. GOYENA 15, CHILE 48 y FREITAS. l. c.

(**Art. 26.**) En el plazo de meses hemos dicho que no se tienen en cuenta los días; así una obligación contraída á dos meses desde el 28 de Febrero termina el 30 de Abril; esto es lo que se expresa cuando se dice: que si el plazo comienza en el último día de un mes más corto de aquel en que termina, el último día de este mes será el del vencimiento.

Hay tres hipótesis, ó más bien tres modos, de computar los plazos de meses: 1° cuando el plazo comienza en parte de un mes, terminará en el mismo día del mes correspondiente; el plazo de un mes desde el 10 de Febrero termina el 10 de Marzo; 2° cuando principia en el último día de un mes más corto para terminar en otro mes más largo, como el plazo de un mes comenzado el 28 de Febrero termina el 31 de Marzo; 3° cuando el plazo comienza en el último día de un mes más largo, que terminará en el último del más corto, como el mes de plazo que comienza en 31 de Enero y termina el 28 de Febrero. CHILE 48, FREITAS, nota al art. 12 y SAVIGNY § 180 y sig.

Fallos de la C. de Apel. de la Capital.—Aplicación del art. 25.—Es hábil para laudar el último día del término fijado á los árbitros, aún cuando no se haya usado la palabra inclusive.—Jur. Com., tomo IV, pág. 5, Ser. 4°.



mento en que el acontecimiento ha tenido lugar, sino desde la media noche de ese día, y por eso se dice, que *todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último día; y así, los actos que deben ejecutarse en ó dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la media noche en que termina el último día del plazo (art. 27).*

Se llama término *matemático*, al tiempo exacto que ha corrido desde que el acontecimiento se ha realizado, hasta el momento correspondiente, y término *jurídico*, al momento en que la modificación del derecho se verifica, como la media noche señalada para comenzar y para terminar.

En los plazos que señalasen las leyes ó los tribunales ó los decretos del gobierno, se comprenderán los días feriados, á menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así (art. 28), porque la regla general debe ser la continuidad, si

(**Art. 27**) Se dicen continuos, porque se cuentan todos los días, pues hay otros que se pueden llamar excepcionales, en que no se cuentan los días feriados; como en la prueba, según las leyes de procedimiento. Deben ser *completos*, es decir, cumplirse en la extensión convenida y solo por excepción se encuentran plazos incompletos, como los de las letras, cuyo vencimiento termina en día feriado y que son exigibles el día útil anterior. FREITAS, nota al art. 14; CHILE 49.

Art. 28.) Estas disposiciones no restringen la libertad de las partes para sus convenciones, porque pueden fijar solo los días útiles en los plazos que estipulasen, como en un contrato de locación de servicios, tratándose de una obra á ejecutarse.

Deben considerarse como días útiles, en lo que se refiere á los tribunales, no aquellos en que éstos estuvieran cerrados, por cualquiera causa que no proviniera de la ley, porque la facultad de suspender los términos judiciales no corresponde en ningún caso á los gobiernos, como se ha entendido muchas veces entre nosotros. Cuando en caso de guerra, peste, etc., los tribunales no funcionan, es necesario que una ley venga á declarar desde cuándo han debido considerarse suspendidos los términos.

Fallos de la C. de Apel. de la Capital.—Aplicación del art. 27.—Véase artículo 25.



no hay razones especiales para ordenar lo contrario, como sucede en los plazos de los procedimientos judiciales, donde sin embargo, hay términos fatales. La regla debe considerarse para toda la República, ya se trate de poderes nacionales ó provinciales, sin perjuicio de la facultad que tienen unos y otros para disponer lo contrario.

Las partes pueden indicar en sus contratos si en los plazos se comprenderán ó no los días feriados, pero cuando nada se hubiere estipulado, regirá la regla de que se comprende los feriados, y así *las disposiciones de los arts. anteriores se aplicarán á todos los plazos señalados por las leyes, por los jueces, ó por las partes en los actos jurídicos, siempre que en las leyes ó en esos actos no se disponga de otro modo (art. 29).*

Estas leyes, como las del título primero, son reglas generales de legislación y pertenecen á todos los códigos.

Los jueces pueden no concurrir á su despacho ó estar cerradas las oficinas porque nadie concurra, esto no haría que el día dejara de ser útil en el sentido legal. No creo que los días feriados comprendan aquellos en que no hay posibilidad de ejecutar el acto, porque si la ley no ha hecho excepción, el Juez no está facultado para hacerla, y porque sería entrar en una investigación de un orden diverso para averiguar si hubo la posibilidad de ejecutar el acto, determinando de qué parte estuvo la imposibilidad.

Cuando la ley no dice que los días son útiles, se entiende que el plazo comprende los feriados, siguiendo la regla del artículo. Cód. DE CHILE, art. 5.

(Art. 29) La manera de contar los intervalos del derecho se aplica á todos los actos jurídicos, excepción hecha de las convenciones en que los particulares pueden estipular lo contrario.

Los plazos señalados por los jueces están sujetos á lo que determinen las leyes de procedimiento, y es necesario tener presente este

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 28.—En la clasificación de días útiles, se comprenden sólo los días íntegros, y no los que son de trabajo, desde las doce del día, como el sábado Santo.—VI, 342.

Se podría contestar á esta resolución, que por el calendario no tenemos medios días de fiesta, y que eso responde á una costumbre de la Iglesia Católica, que considera ciertos días como feriados hasta el medio día.—(N. del A.)

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

SECCIÓN PRIMERA — DE LAS PERSONAS EN GENERAL

TÍTULO PRIMERO

DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (*)



§ 19.—DIFERENCIA ENTRE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA VISIBLE Y LAS DE EXISTENCIA NECESARIA

Al lado del ser humano capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, nos encontramos con otros seres ideales de existencia necesaria, porque la sociedad no se concibiría sin ellos, ó de otros cuya existencia responde exclusivamente á conveniencias sociales; estos seres de existencia ideal se llaman

principio, porque el Código Civil se refiere en muchos casos á los Jueces y la manera de ejercitar la justicia; esas disposiciones se encuentran limitadas por las leyes de procedimientos que dicten las provincias. Véase FREITAS, art. 15 y su nota.

Los Jueces no pueden declarar días útiles, por propia autoridad, en los plazos que dieren, sin contrariar las leyes; el Juez aplica la ley, jamás la corrije y solo suple su silencio en los casos en que está obligado á decidir, pero tomando como regla la libertad individual. El juez puede habilitar los días feriados.—CÓD. DE CHILE, art. 48.

(*) *El Dr. Velez Sarsfield dice al principio de este título:* Se usa de la expresión *persona jurídica*, como opuesta á la persona natural, es decir, al individuo, para demostrar que ellas no existen sino con un fin jurídico. Otras veces se empleaba la expresión *personas morales*, denominación impropia, porque nada tiene de común con las relaciones morales. Los romanos no tuvieron ningún término genérico aplicable á todas las personas jurídicas. Para designarlas en general decían que ellas representaban una persona: *hereditas persone vice fungitur sicuti municipium*, l. 22, Dig. *De fidejus.* — Del *bonorum possessor*, decía igualmente, *vice heredis est*. l. 2ª Dig. *De bonorum possessor.* — En todos los Códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama personas morales,



personas jurídicas, porque sólo se les considera existiendo para fines jurídicos, y en este sentido, son sujetos activos ó pasivos del derecho. La capacidad de la persona jurídica, sólo afecta al derecho de los bienes, y el radio de su acción se limita á la propiedad, á las obligaciones y á los demás medios de adquirir.

Las personas jurídicas se encuentran excluidas del derecho de familia que procede únicamente del hombre, y por esa razón es que no son capaces de cometer delitos ni están sujetas al derecho penal.

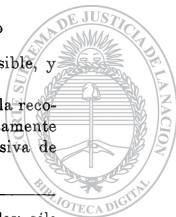
Lo contrario sucede con la persona de existencia visible; su aparición en el mundo la hace capaz de derechos, y aun antes de nacer merece protección y se la considera existiendo, cuando hubiese de recibir bienes.

Cuando el código define la persona jurídica diciendo: *son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos ó contraer obligaciones* (art. 30), abraza en la expresión general de

(Art. 30) No debemos confundir los poderes reconocidos por el derecho público, como el Congreso, las Legislaturas, los Tribunales, etc., que solo tienen existencia en lo que se relaciona con el derecho público y de ninguna manera con el derecho privado de bienes.

Los poderes públicos de existencia necesaria para la sociedad tienen dos clases de funciones: las que ejercen como sujetos del derecho público; es decir, relaciones de gobierno con los gobernados ó con las demás naciones; y aquellas que se refieren al derecho privado de bie-

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



ente á todo lo que tiene una existencia, sea ideal ó visible, y que es capaz de derechos y obligaciones.

La persona jurídica necesita que el poder público la reconozca, y su capacidad se extiende sólo para lo expresamente autorizado. La persona jurídica es una creación exclusiva de la ley; la natural tiene derechos desde su existencia.

nes, en que obligan á los particulares y son obligados por ellos; sólo en este último carácter pueden crear una relación de derecho.

Nuestro derecho público ha reconocido que las Provincias pueden ser demandadas cuando ejecutan leyes ó decretos contrarios á la Constitución; pero este es un detalle meramente accidental.

El poder público, en su calidad de tal, no es justiciable, porque no crea relaciones de derecho con sus gobernados, y solo como persona jurídica en relación á la propiedad, á los derechos reales ó á las obligaciones es que puede ser sometido á los tribunales.

Las personas jurídicas son de existencia necesaria, como la Nación, las Provincias, los Municipios y la Iglesia; ó meras creaciones artificiales ó contingentes como los establecimientos religiosos, científicos, colegios, universidades, etc.

Solo confundiendo estas nociones es que hemos visto ocurrir á la barra de los tribunales en demanda, no de bienes, sino de poderes públicos conquistados por una revolución y desconocidos después por la ley de intervención. FREITAS art. 16 y su nota, l. 2, tit. 11, lib. 37 y 22, tit. 1, lib. 46. Dig.; AUBRY y RAU, § 54, Cód. de Chile, art. 55.

La adquisición del derecho comprende todas sus facetas, desde el hecho producido, la duración del derecho, su conservación ó defensa, hasta la modificación ó extinción.

Faltos S. C. N.—Aplicación del art. 30.—La intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite ó prescribe, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente á los poderes políticos de la nación, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial, ni puede contestarse las facultades de aquéllos, para decidir tanto sobre el fondo como sobre la forma de sus deliberaciones, así cuando se dicta la ley como cuando se resuelve todo asunto comprendido en sus atribuciones constitucionales. Es una regla elemental de nuestro derecho público, que cada uno de los tres poderes que forman el gobierno, aplica é interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejerce las facultades que ella les confiere respectivamente, por lo cual no compete á la Corte examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso hayan dado al art. 61 de la Constitución.—LII, 420.



Las personas son de una existencia ideal, ó de una existencia visible, pero una y otras adquieren su capacidad de la ley, y es en virtud de ella que pueden adquirir los derechos ó contraer las obligaciones, que este código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad ó incapacidad nace de esa facultad, que en los casos dados les conceden ó niegan las leyes (art. 31).

El código se ha servido de una forma negativa al decir, todos los entes susceptibles de adquirir derechos ó contraer obliga-

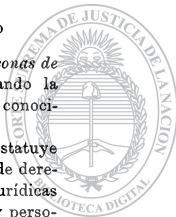
(Art. 31.) El Código ha aceptado la nueva expresión de personas de *existencia ideal* que trae Freitas en lugar de las personas *morales* que usan los autores y que es impropia porque el elemento moral no absorbe todo el elemento intelectual, y ha rechazado igualmente los nombres de personas *colectivas, ficticias, civiles*, que no respondían á su verdadero significado, como lo observa Freitas en su nota al art. 17.

La expresión de personas de *existencia visible* usada por Freitas es igualmente nueva en la terminología de la ciencia jurídica y responde perfectamente á la idea que desea representar.

Las expresiones antiguas de personas *naturales, físicas ó individuales* no comprendían sino una parte de la idea, porque la existencia del Estado, por ejemplo, es tan natural como la del ente humano, y la de persona física sólo abraza la del individuo considerado físicamente como un animal, desnaturalizando su personalidad.

La división en personas de existencia ideal ó de existencia visible, agota esta materia. La adquisición de los derechos que el Código autoriza para la existencia de la persona, abraza todas las faces y modificaciones desde su adquisición hasta su extinción.

El precepto constitucional de que lo que no está prohibido está permitido, no se aplica á las personas privadas de existencia ideal: por eso dice el artículo que pueden adquirir derechos en los casos *que este Código regla*. La Nación y las Provincias, como sujetos del derecho público, no están comprendidas sino bajo la faz del derecho privado. Pero los derechos deben ser adquiridos por el *modo y forma* que determine el Código, porque tratándose de la manifestación de la voluntad en un acto jurídico, debe hacerse de la manera que se considere legalmente expresada. Así es que la capacidad ó incapacidad de estas personas nace de la ley que en los casos dados se las ha concedido ó



ciones que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, ó personas jurídicas (art. 32), tomando la persona natural como punto de partida para llegar al conocimiento de la persona ideal.

La capacidad de las personas jurídicas, sobre la que estatuye el Código Civil, comprende únicamente las relaciones de derecho privado; de donde resulta, que no son personas jurídicas aquéllas que no son capaces de esos derechos. Así, hay personas que sólo existen para el derecho público, como el Congreso, una Legislatura, un Tribunal de Justicia y no son personas jurídicas, aunque su existencia sea necesaria al Estado y sean sujetos del derecho público; porque, consideradas aisladamente no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones, mientras que en su conjunto, formando la nación ó la provincia son capaces de crear relaciones de derecho privado referente á los bienes.

negado. Cuando se habla del Código, se comprenden todas las leyes dictadas por la Nación que se consideran incorporadas á la legislación civil. FREITAS, nota al art. 17. AUBRY y RAU § 52. Véase arts. 30, 33, 35, 36, 41, 45, 51 y 52.

(Art. 32.) La expresión de *ente susceptible* de adquirir derechos es tomada de Freitas y como él lo dice, traduce la síntesis de la existencia de las personas, y aunque por su generalidad es comprensible de las personas de existencia visible y de las de existencia ideal (art. 30) no obstante la usa en este caso para las últimas. Es un artículo inútil porque la división queda hecha en el anterior y cuando venga la reforma debería suprimirse como muchos otros que son meras repeticiones. Cód. de Chile, art. 545, FREITAS 272 y 273. Véase arts. 30, 33, 34 y 51.

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



Es así cómo se explica que los poderes públicos, en su calidad de tales, desempeñando las funciones señaladas por el derecho público constitucional, no sean personas jurídicas, y cómo pueden serlo, cuando tratan de adquirir bienes para cumplir los fines de su creación.

§ 20. — DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE EXISTENCIA NECESARIA Y DE EXISTENCIA POSIBLE

Las personas jurídicas de existencia necesaria, son aquellas que el derecho público constitucional ha creado como base necesaria de la existencia del pueblo en su carácter de nación, y en sus manifestaciones de sociedad organizada, que cumple los fines constitucionales. Así, la nación representada en su colectividad por el P. E. N.; las Provincias federadas reconocidas por la constitución con su autonomía y gobierno propio; los Municipios que la constitución manda organizar creando el gobierno comunal; los estados extranjeros cuya independencia y soberanía ha reconocido la nación, son personas jurídicas de existencia necesaria, y la ley civil no hace sino reconocerlas y trazarles el radio de su acción con relación á la adquisición de bienes ó la manera de obligarse.

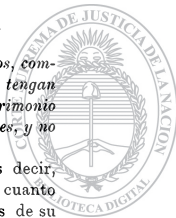
Las personas jurídicas son de existencia posible, cuando sólo son creadas con objetos de conveniencia ó utilidad social, y pueden ó no existir, sin que su desaparición ó no existencia perjudique el orden establecido.

Las personas jurídicas sobre las cuales el código legisla, son las que, de una existencia necesaria, ó de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes:

- 1° *El Estado.*
- 2° *Cada una de las provincias federales.*
- 3° *Cada uno de sus municipios.*
- 4° *La iglesia.*

Las personas de existencia posible, son:

- 5° *Los establecimientos de utilidad pública, religiosos ó piadosos, científicos ó literarios, las corporaciones, comunidades reli-*



giosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros, y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio, y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado (art. 33).

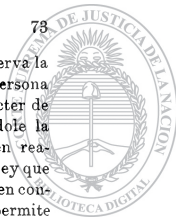
La nación considerada en su capacidad política, es decir, como poder público, no es una persona jurídica; pero en cuanto tiene necesidad de poseer bienes para cumplir los fines de su institución, se la juzga como tal.

Cuando se considera á la nación como al conjunto de los indi-

(**Art. 33**) Nuestro Código no ha separado claramente como lo hacen la mayoría de los autores y lo consagra Freitas en el art. 273, la división de las personas de existencia ideal, en públicas y privadas, confundiéndolas en la denominación, y en su carácter de existencia necesaria que tienen unas, con las de existencia posible creadas con objetos convenientes para la sociedad, que tienen otras. Adoptando esta división, formaremos dos grupos de personas: unas de existencia necesaria y otras de existencia posible; estas toman el nombre de *corporaciones* cuando son sociedades industriales á las que se ha reconocido el derecho de persona jurídica, y de fundaciones ó establecimientos de utilidad pública, cuando tienen principalmente por fin el ejercicio de la religión, de las artes, ciencias, etc., SAVIGNY, *Derecho Romano* § 56. Estas asociaciones personifican una idea, que tiene existencia por la autorización que le da el Estado.

Se ha rechazado con razón el nombre de *personas colectivas* con que se les designaba antiguamente, porque como dice Savigny «el derecho descansa no en uno de sus miembros, ni en todos juntos, sino en un conjunto ideal» y porque siguiendo el desenvolvimiento de esta idea no se encuentra en algunas asociaciones la unidad colectiva que deba considerarse como el sujeto de la propiedad de los bienes de la asociación.

Debe hacerse notar la diferencia que existe entre las sociedades anónimas con una duración limitada y una utilidad pasajera y accidental y las demás corporaciones que tienen una duración ilimitada y una utilidad permanente; pero ante la ley que las reconoce como personas jurídicas, y el mismo reconocimiento que el Poder Ejecutivo hace de unas y otras, todas deben ser consideradas en el mismo carácter. FREITAS nota al art. 276 y SAVIGNY l. c.



viduos que la forman, es decir, como al pueblo, que conserva la soberanía no delegada por la constitución, no es una persona jurídica, aunque sea capaz de poseer bienes en su carácter de colectividad, como lo establece el art. 2339, atribuyéndole la propiedad de aquéllos que son de uso público; porque en realidad esos bienes no son del pueblo sino en virtud de la ley que permite el uso común, sin que nadie particularmente ni en conjunto, pueda disponer de ellos; es su uso el que la ley permite y que puede quitarles según las necesidades sociales.

La Iglesia católica reconocida como persona jurídica de existencia necesaria, es la que se encuentra representada por el Sumo Pontífice, porque la iglesia entre nosotros no posee bienes propios ni está reconocida como persona jurídica, no pudiendo ser demandada ni demandante, pues la nación provee á su mantenimiento.

Las personas jurídicas de existencia necesaria, como la Nación ó la Provincia, ejercen en su carácter público ciertos derechos necesarios á la defensa de la sociedad que representan: pueden acusar los delitos que perturban el orden social, no porque sean capaces de ser sujetos pasivos de un delito, sino en su calidad de representantes de la comunidad cuya seguridad deben conservar.

La creación de la persona jurídica de existencia posible, tiene lugar cuando el poder público la ha reconocido en su carácter de tal, aprobando sus estatutos que son la base de su capacidad de obrar. Mientras una corporación ó asociación no es reconocida como persona jurídica, los actos que ejecutan los mandatarios, se reputan actos personales de ellos, á menos que tengan por objeto crear la persona jurídica.

La diferencia esencial entre la corporación reconocida por persona jurídica y la que no lo ha sido, y que constituye la fuerza de esta creación admirable que tantos beneficios ha prestado á la sociedad, es que cuando se obra á nombre de la persona ideal, dentro de las facultades de sus estatutos, se obliga á la persona jurídica, sin responsabilidad para el ejecutor, y sin que las personas que la forman se obliguen personalmente.

Nuestro código con esa liberalidad que hemos criticado en



los arts. 6 y 7, ha concedido capacidad jurídica no sólo á los Estados extranjeros, lo que se explicaría, tratándose de la adquisición de bienes en territorio argentino, pero no en lo relativo á las obligaciones que no podría hacer cumplir, sin someterlos á su soberanía, sino también á las demás corporaciones, sin previo permiso del gobierno. Así, ha dicho: *son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus Provincias ó Municipios, los establecimientos, corporaciones ó asociaciones existentes en países extranjeros y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior (art. 34);* de

(Art. 34.) Ha existido una gran dificultad para considerar como personas jurídicas á los Estados extranjeros, porque si bien es cierto que pueden tener propiedades en otro territorio, también lo es que gozan del privilegio de la extraterritorialidad y no pueden ser sometidos á la jurisdicción de un poder extraño sin perder en cierto modo su soberanía; pero Félix (*Der. Int. Priv.* n° 215) ha explicado estas diferencias; cuando el Estado extranjero procede como soberano no puede ser sometido á la jurisdicción de otro Estado; mas no así cuando obra como persona privada. Así, el inmueble ocupado por la legación de un Estado extranjero que lo ha adquirido en propiedad, goza de la extraterritorialidad en cuanto protege á todos los miembros de la legación y demás personas que habitan en él, porque se supone que viven en territorio extranjero, pero en su calidad de adquirente como persona capaz de contraer obligaciones, puede ser demandado por reivindicación, por el inmueble ocupado, ante los tribunales de la Nación. «Si se reconoce que las mismas relaciones de derecho que se forman entre los particulares, pueden formarse entre un Estado y un particular es forzoso admitir, so pena de crear un privilegio intolerable, que los tribunales deben hacer justicia sin distinción de personas».

El privilegio de la extraterritorialidad de que gozan los Ministros extranjeros no puede tocar la propiedad que está sujeta á los reglamentos locales y debe abonar todos los impuestos, porque el privilegio es personal y no se extiende á los bienes, so pena de crear verdaderamente en cada casa adquirida por un gobierno extranjero, un territorio extraño.

Nuestras leyes prevén el caso de las causas concernientes á los Embajadores y otros Ministros diplomáticos extranjeros, que comprenden á las personas de la legación, á los individuos de su familia ó sirvientes

manera que las personas jurídicas reconocidas en el extranjero lo serán en la Argentina, si tienen por objeto el bien común, poseen patrimonio propio y tienen capacidad para adquirir, pudiendo negarles ese carácter en caso contrario.

§ 21 — FACULTADES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Siendo la persona jurídica una creación de la ley que le ha dado la capacidad de adquirir, se encuentra en condiciones di-

que están sometidos á la jurisdicción de la Corte Suprema, en cuanto una Corte de Justicia puede proceder aplicando el derecho de gentes (artículo 1, n° 1, ley 14 de Setiembre de 1863). El privilegio es, pues, para las personas, no para los bienes; pero en todo debe procederse aplicando el derecho de gentes, si se quiere evitar conflictos internacionales.

Si los Embajadores ó Ministros extranjeros demandasen ante nuestros tribunales están sometidos á todas las consecuencias del pleito y deben pagar lo que fuere juzgado y sentenciado, teniendo presente que no podrán ser ejecutados en los bienes que poseyesen en la legación, porque no se podría penetrar en ella sin violar el privilegio de la extraterritorialidad.

Las asociaciones existentes en un país extranjero y que fueren reconocidas en ellos como personas jurídicas, serán reconocidas en ese mismo carácter en nuestro territorio; pero este principio general tiene sus excepciones en las leyes especiales que pueden desconocerlas; como la comunidad religiosa de los jesuitas que fué suprimida por ley especial y que no sería reconocida entre nosotros, aunque lo fuera en otra nación.

Las asociaciones suprimidas, ó aquellas que fueran contrarias á las buenas costumbres entre nosotros, ó que tuvieran por objeto violar nuestras leyes, no deben ser reconocidas; como p. e. una sociedad con el objeto de explotar la esclavitud ó para ejercer el contrabando en el extranjero.

Nuestro Código, siguiendo á Freitas arts. 275 y 277, se ha separado de la doctrina francesa, que en mi opinión consulta los verdaderos principios; porque niega á las sociedades extranjeras el carácter de personas jurídicas si no han sido reconocidas por decreto del Gobierno con intervención del Consejo de Estado. — Véase *ley francesa 30 de Mayo de 1857*, y AUBRY y RAU § 54 nota 23.





versas de la persona de existencia visible; aquélla sólo puede ejercer los actos que le fueran expresamente permitidos en sus estatutos; mientras ésta extiende su acción á todo lo que no le fuere prohibido. Y esta diferencia se justifica atendiendo que la persona jurídica tiene un fin determinado por sus estatutos,

Es peligroso delegar en Estados extranjeros una facultad que debe ser privativa de cada Gobierno; aunque esas asociaciones tengan las condiciones del art. 33. Nuestro Gobierno debía darles ó negarles la existencia de persona jurídica.

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

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

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

Y este derecho no es nuevo: era el derecho administrativo del Imperio Romano, que en mucha parte ha llegado hasta nosotros. En Roma, el Fisco podía ser demandado ante los jueces ordinarios. Mil leyes sobre sus privilegios en los

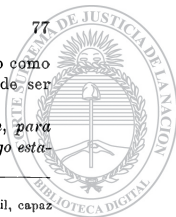
y una manera de obrar que ellos mismos le han impuesto como necesaria para llenarlo, mientras el individuo solo puede ser limitado por la prohibición.

Así, cuando se dice, que *las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que el Código esta-*

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

Cuando Roma, por la conquista, se anexaba un Estado, ordinariamente le dejaba su régimen particular, contentándose con solo imponerle algunas cargas. Esto no inquietaba al despotismo Imperial. El Derecho Romano reconocía en las municipalidades una persona moral capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones. El ejercicio de las acciones municipales se hacía bajo el nombre de un actor ó síndico elegido por la Curia. La ley permitía el embargo de los bienes de los deudores á una municipalidad; y á su turno, si una municipalidad era condenada, el acreedor podía hacerse dar la posesión de bienes municipales y obtener un decreto para hacerlos vender. Esto prueba que los bienes de las municipalidades pertenecían á una persona igual á las demás en razón de sus bienes, derechos y obligaciones.

Respecto á la Iglesia, podemos decir que después de la Constitución de Constantino, en 321, por la cual cada Iglesia ó asamblea católica adquirió la capacidad de recibir bienes de las disposiciones testamentarias de toda persona, llegó ella á ser una persona jurídica. No tenía ninguna dependencia del Estado en la administración de sus propiedades, y estuvo siempre exenta de las contribuciones directas, derecho que ha regido en España hasta el siglo pasado. Poco importaba, pues, que, como Iglesia espiritual, estuviera sujeta á otra legislación, si en cuanto á sus bienes y á las relaciones de derecho sobre ellos con los particulares, debía necesariamente reconocer la autoridad del derecho civil. En Roma abundaban los establecimientos de beneficencia: hospicios para los recién nacidos, para los huérfanos pobres, para los ancianos, para alimentar á los indigentes inválidos, para viajeros pobres, hospitales para curar enfermos, etc. Ninguno de los establecimientos de beneficencia existentes en la época actual, dice Serrigny, era desconocido de los Romanos: y todos eran considerados como





blece (art. 35), se expresa que son los necesarios para el objeto que se proponen. No hay exactitud en agregar, que pueden ejercer lo: actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes ó estatutos les hubieran constitui-

(Art. 35.) «Independientemente de la razón política, dice Savigny, la necesidad del consentimiento del Estado para la formación de una persona jurídica, emana de la propia naturaleza del derecho. El hombre, por el solo hecho de su aparición corpórea, proclama su título á la capacidad de derecho. Con esta señal visible todo hombre ó todo juez sabe los derechos que ha de reconocer y los derechos que debe proteger». Por estas razones consideramos impropia y falta de verdad la expresión, de que las *personas jurídicas pueden ejercer todos los actos que no les sean prohibidos*. Las personas jurídicas de existencia necesaria como la Nación ó las Provincias tienen determinada su capacidad en el derecho público; pero las personas jurídicas de existencia posible, como las sociedades anónimas, la tienen en sus estatutos que limitan sus funciones; ellas no pueden ejercer otros actos que los expresamente designados y que se han juzgado como necesarios para cumplir los fines de su institución; compararlas con la persona de existencia visible en cuanto á la capacidad de obrar en un error, que alteraría por su base la autorización que da el Estado.

personas jurídicas, con capacidad de poseer y adquirir bienes. Las asociaciones, corporaciones ó establecimientos públicos, podían, á ejemplo de las municipalidades, poseer bienes, tener una caja y un síndico para administrarlos y representarlos en todos los actos de la vida civil. En otros términos, estas corporaciones, continúa el autor citado, constituían una persona moral, enteramente distinta de los miembros que la componían. La consecuencia de la personalidad de una corporación, era que lo que ella debía, no era debido por los individuos que la componían, y recíprocamente, que lo que se le debía, no era debido á ninguno de sus miembros.

Faltos S. C. N.—Aplicación del art. 33.—Las sociedades anónimas son reputadas para los efectos del fuero, como ciudadanos vecinos de la Provincia en que se hallen establecidas.—XXV, 312, XXXVII, 343.

Para los efectos del fuero federal, las sociedades anónimas son consideradas como de nacionalidad argentina.—XXXIV, 426.

Faltos de la C. de Apel. de la Capital.—Aplicación del art. 33, inciso 3º.—La Municipalidad, en sus relaciones con terceros, debe ser considerada como persona jurídica y deducir sus acciones ante el Tribunal correspondiente.—Jur. Com., t. III, pág. 503.

Aplicación al art. 33, inciso 5º.—Las sociedades anónimas, como personas jurídicas, están obligadas á absolver posiciones por intermedio de sus gerentes ó representantes legales.—Jur. Com., t. VIII, pág. 291 y 302, Sér. 2º:

do(art. 35), porque su capacidad sólo se extiende á lo que les fuere permitido, siendo ésta la única manera de defender su existencia contra las facultades que pudieran atribuirse sus mandatarios, cambiando ó desnaturalizando el fin de la institución.

No se debe confundir la capacidad *de derecho* que se refiere á la adquisición, con la de *hecho* que solo se relaciona con la acción ó ejecución. La persona jurídica puede ser capaz de adquirir todos los derechos que se relacionen con su institución, pero no de ejercerlos. No se le puede aplicar la máxima constitucional de que le es permitido ejecutar todo lo que no le esté prohibido, porque el límite de su capacidad de acción la trazan sus estatutos de los que no puede salir.

Las personas jurídicas de existencia necesaria no pueden adquirir por sí, sino por medio de sus representantes creados por la ley, ó por sus estatutos, si son de existencia posible. FREITAS *art. 283 y nota al art. 285*.

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 35.—Para realizar la idea de la persona jurídica, era necesario crear una representación que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar; pero solamente en el dominio del derecho de los bienes. Muchas veces las personas jurídicas son creadas para otros fines más importantes que la capacidad de derecho privado, y entonces, los órganos generales de las personas jurídicas los representan al mismo tiempo en la materia de derecho privado. Cuando se da por fundamento necesario de la representación artificial, la incapacidad natural de obrar á la persona jurídica, que es un ser ideal, debe esto entenderse literalmente. Más de un autor se figura que un acto que emanase de todos los miembros de una corporación, debía considerarse como acto de la corporación misma, y que la representación no ha sido introducida sino á causa de la dificultad de traer á todos los miembros de la corporación á una comunidad de voluntad y de acción. Pero en realidad, la totalidad de los miembros que forman una corporación difiere esencialmente de la corporación misma, y aunque los miembros de ella, sin excepción alguna, se reunieran para obrar, no sería esto un acto del ser ideal que llamamos persona jurídica. El carácter esencial de una corporación es que su derecho repose, no sobre sus miembros reunidos, sino sobre un conjunto ideal. Una corporación es semejante á un pupilo, cuya tutela será ejercida por el que ha nombrado la ley. Para la formación de la persona jurídica, ha debido preceder su constitución, y á ella la creación de la representación que ha de obrar, como en un banco, el directorio que ha de gobernar los intereses de la sociedad. Todos los miembros reunidos no podrán legalmente apartarse de la constitución y ejecutar actos que por ella correspondiesen al directorio del banco. La persona jurídica, pues, sólo por

(Art. 35.) Véase pág. 78.



Una persona jurídica creada exclusivamente con el objeto de hacer operaciones de banco, p. e., no puede convertirse en asociación para transportes, ni en una para la compra y venta de mercaderías, sin cambiar los estatutos que son la ley de su existencia y el límite de su acción; así es que debe entenderse la disposición de este art. como refiriéndose á la misma clase de actos para que fué autorizado.

Sucede lo contrario con la persona de existencia visible, que por el hecho de su aparición proclama su capacidad de derecho.

La máxima constitucional de que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, rige para la persona de existencia visible; la de existencia ideal se reduce á lo que expresamente esté autorizada á ejecutar con ese objeto.

Y para comprobar la exactitud de esta interpretación viene el artículo siguiente que dice: *se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán*

medio de sus representantes puede adquirir derechos y ejercer actos, y no por medio de los individuos que forman la corporación, aunque fuese la totalidad del número.—(Véase SAVIGNY, t. II, § 90 y 96).

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 35.—Las personas jurídicas, como el Banco Nacional, pueden entablar y seguir acciones criminales.—LII, 168.

Y ha debido completarse la verdadera doctrina expresando, que la acción criminal es sólo con relación á los bienes, que es lo único en que puede ser perjudicada la persona jurídica, que no existe sino con relación á ellos. Dar facultad para perseguir el delito, es confundir las nociones más fundamentales sobre la esencia y caracteres de la persona jurídica. Si el estado general ó particular pueden ejercer el derecho para hacer perseguir los delitos, no lo tienen en su carácter de persona jurídica, sino como instituciones sociales.—(N. del A.).

Fallos de la C. de Apel. de la Capital.—Aplicación al art. 35.—Las personas jurídicas tienen personería para acusar por los delitos de que hayan sido víctimas.—Jur. Com., t. VIII, pág. 5, Sér. 4ª.

Debe entenderse que es con relación á los bienes y que su único objeto es recuperarlos.—(N. del A.).

Si la inhabilidad para desempeñar el puesto de Director de una sociedad anónima es sobreviniente al nombramiento, no basta para anular los actos llevados á cabo aun después de producida la inhabilitación.—Jur. Com., t. I, pág. 41. Sér. 4ª.

Véase arts. 8º, 1870, 1872, 1930 á 1934, 1936 y 1947.

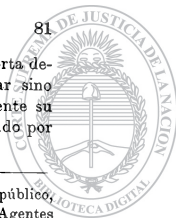
efecto respecto de los mandatarios (art. 36); lo que importa decir, la persona jurídica no puede ser obligada ni obligar sino dentro de lo establecido en sus estatutos; por consiguiente su capacidad de obrar se extiende únicamente á lo autorizado por la ley de su creación.

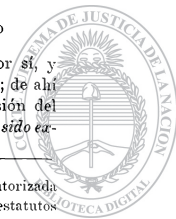
(Art. 36.) La Nación puede ser considerada como poder público, ó como colectividad; en el primer caso es representada por los Agentes que desempeñan el Ministerio Público, y que tienen facultades especiales según la ley de su creación; en este carácter intervienen en los asuntos sobre jurisdicción, incapacidades, vigilancia de las personas jurídicas privadas autorizadas por el Estado, así como en todo lo que se refiere á la administración, enajenación y ejercicio de los derechos de los incapaces; en el 2º carácter, es decir, como persona jurídica adquiere bienes y contrae obligaciones.

La persona jurídica de carácter privado no puede ser representada sino en lo que se refiere á sus bienes, con esta particularidad: que sus agentes solo tienen las facultades que les determinen sus estatutos, sin que puedan obligarla fuera de esos límites.

Sólo confundiendo estos principios que separan la persona jurídica de *existencia necesaria*, de la de *existencia posible*, es que algunos han enseñado, que la persona *jurídica misma* puede ser responsable de los actos de sus agentes para con los terceros, «cuando adquieren un derecho que según las leyes no podrían adquirir», contrariando abiertamente el principio establecido por este artículo y que sirve de base á la manera de obrar de la persona jurídica.

Cuando el Estado, por medio de sus representantes legales, se ha atribuido un derecho que no ha podido adquirir, jamás podrá ser responsable por los daños y perjuicios que ocasione el funcionario; pero responderá por aquello en que se enriqueció. Cuando la persona jurídica de *existencia posible*, ha realizado por medio de sus representantes actos que exceden los límites de su ministerio, solo serán responsables esos representantes, en lo que excedieren de sus facultades. Esta responsabilidad rara vez puede tener lugar, porque siendo la ley ó los estatutos aprobados la base de su acción, no se puede alegar ignorancia de los poderes, único caso en que según el art. 1933 tiene responsabilidad el representante. El que contrata con una persona jurídica está obligado á conocer la extensión de los poderes de su representante, y solo en el caso de engaño ó dolo será responsable al engañado de los daños y perjuicios. Pueden suceder dos casos: 1º, que el representante fuera





La persona jurídica tiene imposibilidad de obrar por sí, y forzosamente debe proceder por medio de mandatarios; de ahí la necesidad de determinar en los estatutos la extensión del mandato, y *si los poderes de los mandatarios no hubieren sido ex-*

autorizado por el directorio para realizar una operación no autorizada por los estatutos; 2º cuando fuera autorizado dentro de esos estatutos pero excediere por error esas facultades. En el primer caso la responsabilidad personal recaería sobre cada uno de los directores; pero si se tratare de convenciones, el contratante ha debido conocer las facultades de la persona jurídica, y creo que solo en el caso de dolo sería responsable de los actos; en el segundo, lo sería el mismo representante, sino hubiere hecho conocer sus poderes al contratante perjudicado.

¿Y cuando el Ministerio Público ó cualquier representante de la Nación se hubiese excedido en su mandato? Creo que debe hacerse una excepción, declarándolos únicamente responsables si hubiesen procedido con notoria mala fe; porque obrando en virtud de la ley que todos deben conocer, la responsabilidad está dividida entre los que ejecutan el acto.

Cuando la cuestión fuere dudosa, sobre la facultad concedida por la ley á la persona jurídica-privada, debe decidirse en contra: porque en general solo debe tener las facultades expresamente concedidas. Véase FREITAS art. 290, SAVIGNY § 90 y 96. *Der. Rom.*, Cód. DE CHILE art. 552, y nuestros arts. 35, 1870, 1872, 1930 á 1934, 1936 y 1947.

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 36.—Se reputan actos de las personas jurídicas, los de sus representantes legales, tan solo cuando no excediesen los límites de su ministerio.—IL, 344.

El Presidente de una sociedad anónima, no puede demandar al P. E. de la Provincia que la autorizó, para que se declare nula una cláusula del decreto de autorización.—XL, 396.

El Presidente de una Municipalidad es personalmente responsable por los actos irregulares que cometa en el desempeño de sus funciones y no puede hacer valer lo dispuesto por ordenanzas municipales, cuando es contrario á las prescripciones de las leyes vigentes.—IL, 344.

Fallos de la C. de Apel. de la Capital. — Aplicación del art. 36.—Las sociedades anónimas, como personas jurídicas, están obligadas á absolver posiciones por intermedio de sus gerentes ó representantes legales. — Jur. Com., t. VIII, pág. 291 y 302, Sér. 2º.

Los terceros que contratan el seguro con sociedades no inscriptas en el Registro Público de Comercio, no pueden reclamar de éstas, sino de los directores



presuntamente designados en los respectivos estatutos, ó en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato (art. 37); porque siendo la representación necesaria, y no pudiendo la persona de existencia ideal manifestar su voluntad de otra manera se debe ocurrir al mandato. Será muy raro que suceda la primera hipótesis porque el poder público, al crear la persona jurídica, exige que los estatutos llenen estas condiciones que son esenciales para el desenvolvimiento normal de la persona cuya creación autoriza.

Una de las peculiaridades de la persona jurídica es que siendo capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones, sea incapaz de obrar físicamente lo que parece contradictorio; es que generalmente se confunde la capacidad de adquirir, para la cual basta la existencia como persona, con la de obrar, necesari-

(**Art. 37.**) Así, el mandato concedido en términos generales solo comprenderá los actos de mera administración, (art. 1880) el poder para vender no autoriza para hipotecar, etc.

El artículo no comprende las personas jurídicas de *existencia necesaria*, como la Nación, Provincias, Municipios, etc. cuyos representantes se encuentran sometidos al derecho administrativo.

Las leyes especiales que el Congreso dictare sobre la manera de obrar de las personas jurídicas de existencia posible, se aplicarían con preferencia; pero no podrán cambiar los estatutos, que son la ley de la asociación, sin herir los derechos privados: mientras que podrían determinar la capacidad y facultades de la persona jurídica de existencia necesaria. FREITAS art. 291 y Cód. LUISIANA art. 430. Véase art. 841 n.º 3, 1691 á 1693, 1716, 1881, 2011, n.º 2 y 2013 n.º 9.

personalmente, los seguros verificados contraviendo disposiciones de los estatutos de la compañía.—Jur. Com., t. X, pág. 425, Sér. 4.º

El cumplimiento de un contrato de compra-venta de mercaderías á una persona jurídica, no puede ser exigible á los terceros que han intervenido como sus representantes, aún cuando sean los mismos que forman la entidad contratante.—Jur. Civ., t. VI, pág. 5, Sér. 4.º

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 37.—Los estatutos de una sociedad son la ley para los socios, y deben interpretarse sus cláusulas en el sentido del cual resulte la eficacia de los mismos.—XIII, 296.

Los estatutos son la ley para los asociados.—XVII, 211.

ria á la existencia física; así una persona por nacer es capaz de adquirir bienes y es incapaz de obrar.

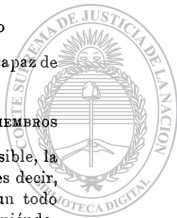
§ 22— DIFERENCIA ENTRE LA PERSONA JURÍDICA Y SUS MIEMBROS

La persona jurídica, sea de existencia necesaria ó posible, la forman el conjunto de los individuos en su parte ideal; es decir, tomados no como la unión de personas que componen un todo articulado y visible, sino como los que se reúnen proponiéndose un fin determinado; es la identidad del objeto lo que le da existencia, y se puede decir, con verdad, que es la idea que cada uno lleva la que toma una forma tangible.

Así, cuando se considera la nación como el conjunto de los individuos que la forman, y que fuera de su carácter de cuerpo político, llega á desempeñar el papel de persona jurídica de existencia necesaria, poseyendo bienes y contratando, no son los individuos los obligados ni los que tienen parte en los bienes que posee, es el ser ideal que se manifiesta en los fines que está destinado á llenar. Por esa razón, *las corporaciones, asociaciones etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan á la asociación, no pertenecen á ninguno de sus miembros, y ninguno de sus miembros, ni todos ellos están obligados á satisfacer las deudas de la corporación si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, ó mancomunados con ellos (art. 39)*, y esta particularidad que hace desaparecer á las personas visibles que la forman para sólo con-

(**Art. 39.**) Una de las grandes ventajas que proporciona la persona jurídica es de poder reunir los esfuerzos limitados de muchas personas, responsabilizándose únicamente por el capital introducido y haciendo desaparecer la responsabilidad personal. Las sociedades anónimas han sido y serán las palancas más poderosas del progreso de las naciones; es la manera de hacer concurrir el pequeño esfuerzo que se pierde esterilmente en el aislamiento, y que adquiere una inmensa fuerza cuando se le suma con millares de esfuerzos análogos. Por esa razón es necesario distinguir esencialmente la persona jurídica de existencia posible, de los miembros que la componen.

Así, los actos de la asociación no obligan á sus miembros personalmente, ni los bienes que esta adquiere pertenecen á sus miembros; es





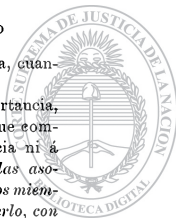
siderar los fines que se propone la persona jurídica, cesa desde el momento en que desaparece como ser ideal; entonces vuelven las personas á tomar lo que á cada una corresponde en la masa

un nuevo ser creado por la ley con capacidad propia para llenar fines determinados; es una persona que no se extingue por los medios ordinarios aunque sus miembros desaparezcan ó se renueven; y que desaparece aunque sus miembros existan, cuando ha cumplido el término por el cual fué creada. Y esta distinción se hace más palpable, cuando la ley misma autoriza á los miembros para afianzar particularmente á la asociación, sea solidaria ó mancomunadamente, aunque solo usa de esta última expresión, que debe tomarse en un sentido extenso porque no se explicaría la limitación de la voluntad personal sin razón alguna.

Si los miembros de una asociación se consideran en sus relaciones personales como extraños á la asociación misma, si esta forma un nuevo ser, no vemos por qué no podrían afianzarla solidariamente. El doctor Llerena en sus Concordancias se pregunta, si las obligaciones contraídas particularmente por los miembros, como fiadores solidarios de la persona jurídica, pasan á los herederos del obligado, resolviendo la cuestión por la negativa como lo establece el Código de Chile, art. 549. Por nuestro derecho tal opinión es insostenible. Que la obligación solidaria pierda la solidaridad al pasar á varios herederos que no responden sino por la porción que les corresponde, se comprende, porque ese es uno de los efectos del art. 713; pero que la fianza se extinga por la muerte del fiador, sin pasar á sus herederos, es contra los principios enseñados por nuestro derecho. Sólo las obligaciones inherentes á la persona, se encuentran en esa condición. Sería necesario una disposición expresa que no existe, para aceptar semejante principio. La fianza solidaria ó mancomunada que ha otorgado uno de los socios particularmente para garantizar una obligación contraída por la asociación, obligará á los herederos del fiador, los que no serán solidarios, cuando sean varios.—FREITAS, 295 á 297, Cód. DE CHILE art. 549, Comp. 42, 43, 50, 174, 1747 á 1749 y 2011 n° 3.

Fallos de la S. C. N. Aplicación del art. 39.—El cambio de los miembros directores de una corporación, no extingue las obligaciones de ésta.—VII, 112.

Fallos de la C. de Ap. de la Capital. Aplicación del art. 39.—El cumplimiento de un contrato de compra-venta de mercaderías á una persona jurídica, no puede ser exigible á los terceros que han intervenido como sus representantes, aun cuando sean los mismos que forman la entidad contratante.—Jur. Civ. VII, 5, Ser. 4°.



total de bienes que pertenezca á la persona desaparecida, cuando no fueren asociaciones religiosas.

De este principio se deduce otro de la mayor importancia, y es que el cambio parcial ó íntegro de los miembros que componen la persona jurídica en nada afecta, ni á su esencia ni á su unidad, y por consiguiente será *derecho implícito de las asociaciones con carácter de personas jurídicas, admitir nuevos miembros en lugar de los que hubieran fallecido, ó dejado de serlo, con tal que no excedan el número determinado en sus estatutos.* (art. 38) Así, puede renovarse perpetuamente, sin que la per-

(Art. 38.) Cuando en los estatutos no se hubiere determinado la manera de reemplazar á los miembros que dejasen de serlo por muerte ó cualquiera otra causa, como es un derecho esencial á la existencia y duración de la persona jurídica se les reconoce la facultad de nombrar los que deben reemplazarlos. Ese derecho deberá ser ejercido con las formalidades que exigieren los actos de mayor importancia que deba realizar la persona jurídica. Véase art. 49.

No determinándose tampoco, sobre la exclusión ó renuncia de los miembros que componen la persona jurídica, deberá regirse por las disposiciones sobre la sociedad, que son las que tienen más semejanza.

En los casos extraordinarios como guerra, peste, etc., en que hubieran fallecido ó tomado prisioneros á la mayor parte de sus miembros, de modo que no quedase número para nombrar reemplazantes con arreglo á los estatutos, los sobrevivientes tendrán no obstante derecho para hacer nuevos nombramientos, pidiendo la autorización ó aprobación del Poder Ejecutivo Nacional, quien por su parte podrá declararla disuelta, si juzga que no puede llenar los fines de su institución.

En el nombramiento de nuevos miembros, sea cuando lo ejerzan por derecho propio ó cuando fueran autorizados por el Gobierno en el caso indicado, no excederán del número marcado en los estatutos. Freitas en este y en el art. ant. agrega la palabra *compromiso* que nuestro Código ha suprimido.

En 1892 se dictó un decreto nombrando una comisión de vigilancia para que examinase el estado de las sociedades anónimas y aconsejase al Gobierno sobre la conveniencia de retirarles la autorización concedida; convendría dictar una ley que determinase tan importantes facultades. FREITAS 294; Cód. DE CHILE art. 294, LUISIANA 425 y Cód. PRUSIANO 186, 187 y 188.



sona de existencia ideal haya cambiado ni sufrido alteración.

No se debe confundir la persona jurídica con los establecimientos públicos que no tienen una personalidad distinta de la del Estado ó Municipalidad, y que se consideran como los órganos necesarios para llenar sus funciones; esos establecimientos no son personas jurídicas y dependen de los poderes de que son su manifestación; en este caso se encuentran los hospitales, casas de dementes ó de beneficencia ú otros establecimientos semejantes que dependen inmediatamente de la Municipalidad ó del Gobierno; pero esos mismos establecimientos pueden ser persona jurídica, si el Gobierno los ha autorizado en ese carácter.

Como la persona jurídica de existencia posible sólo ha sido creada con objetos determinados, *los derechos respectivos de los miembros de una asociación con el carácter de persona jurídica, son reglados por el contrato, por el objeto de la asociación. ó por las disposiciones de sus estatutos (art. 40)*, que fijan la manera de obrar de esa persona y las facultades que se le han concedido como necesarias para llenar los fines de su creación. De donde nace esta consecuencia: que los miembros de una asociación, ni juntos ni separadamente pueden cambiar el fin ú objeto de ellas ni ejecutar actos contrarios á esos fines, y que necesitan una autorización del poder público, á menos que en los mismos estatutos no se hubiere determinado la forma en que pudiera hacerse ese cambio.

(**Art. 40.**) No se concibe la existencia de la persona jurídica responsabilizando personalmente á sus miembros por los actos de la sociedad, á menos de pacto expreso posterior. El Código de Austria, art. 26, que ha suministrado el presente artículo, no tiene disposición alguna sobre las personas jurídicas, y el que ha tomado nuestro código habla de las sociedades autorizadas, es por eso que se refiere al *contrato y al objeto de la asociación*, que no tienen una colocación en la manera cómo autoriza nuestro Código la creación de la persona jurídica privada. Entre nosotros no hay sino los estatutos, que no se puede decir sean el contrato, sino las bases de la creación de la persona capaz de adquirir bienes y de obligarse; el contrato y el objeto están fuera de lugar en nuestra opinión.



§ 23 — CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas jurídicas de existencia posible han sido creadas con fines esencialmente jurídicos, y los bienes que poseen son la única parte corpórea, por la que pueden ser perjudicadas ó recibir beneficios. *Respecto de terceros, los establecimientos ó corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructo de las propiedades ajenas, herencias ó legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones é intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles ó criminales (art 41),* no pudiendo

(**Art. 41.**) Aquí se vuelve á incurrir en el error de doctrina que hicimos notar en el art. 35 atribuyendo á la persona jurídica de carácter privado, los mismos derechos que á los simples particulares en cuanto se refiere á la capacidad de obrar, porque no pueden ejecutar sino los actos para que han sido autorizados en sus estatutos; luego no es exacto que gocen de los mismos derechos que los particulares, que pueden ejecutar todo lo que no les sea prohibido, mientras que la persona jurídica, sólo extiende su acción á lo expresamente permitido.

Cuando los estatutos permitan ó autoricen la adquisición de un derecho, entonces la persona jurídica podrá ejercerlo en el mismo límite que la persona de existencia visible. Es en este sentido que se debe tomar la expresión de *que gozan* (las personas jurídicas) *de los mismos derechos que los particulares*. Cuando esta disposición se dictó, todavía llegaban hasta nosotros los efectos que se habían producido en el mundo católico por la facultad de heredar concedida á la Iglesia y demás comunidades llamadas manos muertas, permitiéndoles acumular grandes caudales que permanecían estacionarios perjudicando el progreso de las naciones.

El Dr. Vélez Sarsfield, al proyectar el Código, tuvo la confianza que sólo da el convencimiento profundo, de que el peligro no estaba en la facultad de heredar atribuida á la Iglesia, sino en el fanatismo religioso, que desaparecía con la ilustración y mantuvo la facultad de adquirir que se daba á la iglesia, convencido de que la época de los legados y de las herencias á las comunidades religiosas desaparecía, para

salir de los fines de su institución, ni ejercitar aquellos actos que no le estuvieran permitidos en sus estatutos.

La medida de la capacidad de la persona jurídica, no para adquirir bienes, sino para obrar, está determinada en sus estatutos y en la misma naturaleza de la persona.

ser reemplazado por otros ideales, que ya no eran los de la salvación del alma pagada á costa de los herederos. Y así ha sucedido; en nuestros días apenas se registran legados piadosos de poca importancia, de algunos de esos espíritus místicos que entregados á la contemplación del infinito, creen que deben ayudar al sostén de establecimientos religiosos, que difícilmente consiguen mantener una vida precaria.

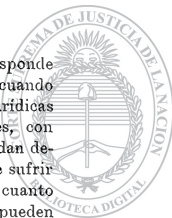
Los derechos que pueden adquirir y las obligaciones que pueden crear las personas jurídicas, están limitadas por la última parte del artículo, que dice: *en la medida de su capacidad de derecho*, expresión que da razón á la crítica hecha en la primera parte. La persona jurídica intenta acciones criminales, porque sus bienes pueden ser objeto de delitos; mientras que no puede cometerlos desde que sólo obra por medio de sus representantes.

¿Puede perseguir criminalmente á los culpables? Creo que no: esa misión corresponde al ministerio público. La persona jurídica sólo puede ser perjudicada en sus bienes, y su acción debe limitarse á la devolución de éstos con daños y perjuicios.

Puede ser perjudicada en su crédito por la calumnia, lo que tendrá lugar tratándose de un banco, por ejemplo, en que se propalasen voces falsas de que está quebrado, y á consecuencia del pánico producido se le hiciera cerrar sus puertas ó se le disminuyera notablemente su crédito. No creo que pudiera autorizársele para acusar de calumnia que sólo la persona natural puede sufrir, pero debería deducir la de daños y perjuicios fundados en el art. 1109. La acción de la persona jurídica no puede ir más allá del derecho á los bienes, que es su razón de existencia y la única parte material en que puede ser herida.

Las acciones de las personas jurídicas para conservar sus bienes las ejercen en el mismo carácter y con la misma extensión que las personas de existencia visible. Freitas, art. 298, de donde fué tomado nuestro, art. agrega: «que intentando la persona jurídica acciones civiles y criminales, puede prestar juramento el miembro principal de la administración», disposición tomada de Savigny, *Der. Rom.*, t. II, págs. 275 á 316, y que da origen á esta otra que ocurre con frecuencia entre nosotros. ¿El representante de una persona jurídica está





Como á todo derecho concedido ó reconocido, corresponde una acción que lo pone en movimiento para garantirlo cuando es desconocido ó atacado, resulta que las personas jurídicas pueden deducir acciones civiles, comerciales ó criminales, con el objeto de garantizarlos. Pero la acción criminal que puedan deducir no es porque las personas jurídicas sean capaces de sufrir por un delito, desde que sólo existen idealmente, sino en cuanto se relacionan con los bienes que poseen; en este sentido pueden sufrir por el robo, hurto, estelionato, defraudación y todos los delitos que se refieren á la propiedad; pero su derecho sólo va

obligado á absolver posiciones en el juicio que siga la asociación? Nos parece que la afirmativa es la más probable, tratándose de hechos realizados por la corporación; sin embargo, esta cuestión se relaciona con las leyes de procedimientos, y á ellas se deben referir para su decisión. Comp. arts. 823 n° 3, 1502, 1806, 2360, 2393, 2839 y notas del Dr. VELEZ SANSFIELD al art. 2979 y 3734. Las decisiones de los Tribunales que van al fin de esta nota, confirman la teoría enseñada.

Fallos de la S. C. N. Aplicación del art. 41.—Las personas jurídicas están en el deber de absolver posiciones, por el órgano de sus representantes, sobre hechos que éstos conozcan ó deban conocer.—LXI, 204.

El Presidente del Banco Hipotecario Nacional puede ser obligada á absolver posiciones en asuntos en que el Banco es parte.—XLII, 282.

Las personas jurídicas como el Banco Nacional pueden entablar y seguir acciones criminales por medio de apoderado.—XI, 108.

Para ser exacto lo afirmado en esta resolución, debió agregarse: que la acción criminal que la persona jurídica puede ejercer se refiere únicamente á la devolución de los bienes, no pudiendo perseguir el delito como la persona de existencia visible. (Nota del A.).

Las provincias pueden ser ejecutadas por el cumplimiento de sus obligaciones (art. 101 Const. Nac., art. 1, inc. 1°, Ley Jur.)—LXI, 19.

Fallos de la C. de Apel. de la Capital, Aplicación del art. 41.—Las personas jurídicas tienen personería para acusar por los delitos de que hayan sido víctimas.—Jur. Crim. VII, 5, Ser. 4°.

La Municipalidad debe ser condenada en costas cuando no prueba su acción.—Jur. Civ. III, 5, Ser. 1°.

Fallos S. C. N.—Aplicación al art. 41.—El encargado por el Presidente de la República, para deducir todas las acciones que considere convenientes, en defensa de los derechos del Estado, sobre terrenos determinados, tiene personería para entablar acción reivindicatoria contra el poseedor de parte de ellos. El Estado obra, en el caso, en ejercicio de su capacidad.—LIII, 140.

hasta hacerse restituir los bienes y á la indemnización por el perjuicio causado.

Las personas jurídicas de existencia necesaria, como la Nación ó las Provincias, cuando ejercen acciones criminales en defensa de la sociedad, lo hacen en su carácter de poderes públicos que tienen obligación de velar por la seguridad y el orden de la comunidad, y entonces obran por medio de sus agentes fiscales, fiscales de las cámaras, procuradores generales, etc., que toman una parte directa en todo asunto criminal que da acción pública para perseguirlo, exceptuándose aquéllos esencialmente privados que hieren sólo el honor del individuo, como el adulterio, la calumnia, etc.

Y así como las personas jurídicas no pueden ejercitar acciones criminales sino con el objeto de recuperar sus bienes, ni son susceptibles de ser objeto pasivo de un delito, del mismo modo no pueden cometerlo, y por consiguiente, *no se puede ejercer contra ellas acciones criminales ó civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, ó sus administradores indidualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas* (art. 43); pero como nadie debe enriquecerse con daño de

(Art. 43.) Habíamos observado con el Dr. Leguizamón en la nota 9 de la *Instituta* que las personas jurídicas deberían devolver aquello en que se enriquecieron por el delito de cualquiera de sus miembros; que la ley no podía acordarles la inmunidad sino respecto de la responsabilidad de un delito que jamás pueden cometer. Si no hay imputación criminal no puede haber obligación de reparar el daño que no se ha hecho.

La acción de indemnización difiere esencialmente de la de *in rem verso* en que ésta corresponde al damnificado para recobrar de la persona jurídica aquello en que se enriqueció y la otra se ejerce contra el agente aunque no hubiere recibido beneficio alguno.

En el derecho moderno ya no puede ser cuestión sobre la impropiedad de someter á juicio criminal á la persona jurídica, es una conquista de la civilización, pero quedan aún dudas respecto de las consecuencias. Así, se cree que pudiendo ser demandadas deben ser objeto de una acción civil para resarcir el daño. Savigny § 94, *Der. Rom.*, ha demostrado de una manera que no deja duda, que las acciones del derecho civil son destinadas á conservar ó restablecer los verdaderos



otro, la persona jurídica está obligada á la devolución de todo lo que hubiera recibido por ocasión del delito; es una acción de *in rem verso* independiente de las posesorias ó reivindicato-

límites de las relaciones individuales de derecho, sin que interesen en manera alguna á la conciencia, y que no hay impropiedad ni contradicción, en decir que la persona jurídica puede sufrir por un delito, y no puede cometerlo ni perjudicar á tercero. El delito no puede cometerse sino por una persona de existencia visible: la persona jurídica, aunque de una existencia necesaria, no tiene medios de dañar, porque no puede obrar sino por sus representantes; y como dice Savigny, al lado de la obligación que produce un delito, nace otra del todo diferente. Si el Jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él sólo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que se hubiera enriquecido». Es cierto que el perjudicado puede dirigir su acción exclusivamente contra el ejecutor y obtener de él la indemnización correspondiente; en ese caso, la persona jurídica ¿aprovechará del dolo de su representante? ¿No podrá éste repetir aquello que pudo cobrar el perjudicado? Por equidad se le debe conceder dicha acción, como una especie de subrogación en los derechos del perjudicado; es necesario no violar el gran principio de justicia, de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro.—FREITAS art. 300, CÓD. LUISIANO art. 434, SAVIGNY 94 y 95, MAGUZZ § 369, MARCADÉ al art. 1236. Véase art. 1720.

Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 43—La cuestión de si las personas jurídicas pueden ó no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida. Puede verse sobre la materia á Savigny. tomo II. desde la pág. 310. Para nosotros, el art. del proyecto tiene fundamentos incontestables.

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

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

rias que pueda deducir el damnificado, si la persona jurídica poseyera la cosa.

La capacidad concedida á la persona jurídica para adquirir

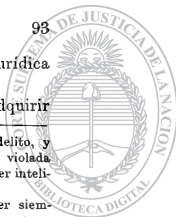
inconsecuencia en decir que la persona jurídica puede sufrir por un delito, y que no puede cometerlo. Desde que la propiedad existe, ella puede ser violada cualquiera que sea el propietario, un ser de una existencia ideal ó un ser inteligente y libre.

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

Los que creen que los delitos pueden ser imputables á las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no excede del objeto de su institución, que es el de hacerle participar del derecho á los bienes. Para esto, la capacidad de los contratos es indispensable. Si las personas jurídicas tuvieran la capacidad absoluta de derecho y la de voluntad, serían igualmente capaces de relaciones de familia. Los impúberes y los dementes tienen, como las personas jurídicas, la capacidad de derecho sin la capacidad natural de obrar. Para los unos y para los otros, hay los mismos motivos de dar á esta voluntad ficticia, una extensión limitada, y desde entonces se podría castigar en la persona del pupilo el delito del tutor, si él comete como tutor un robo ó un fraude en el interés de su pupilo. Los casos que se citan de justos castigos á ciudades, municipalidades, etc., han sido ó actos del derecho de la guerra, ó medidas políticas que nunca se hubieran sancionado por el Poder Judicial, pues en ellas siempre resultaban castigados muchos inocentes. El error del argumento nace de que regularmente los actos del mayor número de los ciudadanos de una ciudad, ó de los miembros de una corporación pasan por ser actos de la ciudad ó de la corporación, confundiendo así la corporación con sus miembros. Por otra parte, todo delito implica dolo ó culpa, y por lo tanto, la voluntad de cometerlo y la responsabilidad consiguiente. Desde entonces el dolo podría imputarse tanto á las personas jurídicas como á los impúberes y dementes.

Allado de la obligación que produce un delito, nace otra del todo diferente *obligatio ex re ex eo quod aliquem peruenit*, que se aplica á las personas jurídicas, como á los dementes ó á los impúberes. Si pues el jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él solo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que el fraude la hubiera enriquecido. Es preciso no decir lo mismo de las multas que puedan imponerse en un proceso, las cuales no son verdaderas penas, sino gastos, partes esenciales del mecanismo de los procedimientos judiciales. Las personas jurídicas deben someterse á esas multas, si quieren participar de los beneficios de un proceso.

Pasando á la disposiciones del derecho sobre la materia, podemos decir que muchas leyes de los Códigos Romanos confirman plenamente la doctrina que





bienes y contraer obligaciones, como á la de existencia visible lleva consigo la de que *las personas jurídicas puedan ser demandadas por acciones civiles, y pueda hacerse ejecución en sus bienes (art. 42)*, siempre que sus representantes hubieran procedido con arreglo á sus estatutos. No se concibe el derecho sin la acción destinada á protegerlo, y si la persona jurídica se obliga, es porque el acreedor tiene todos los medios necesarios para hacer cumplir la obligación.

(**Art. 42.**) Éste es uno de los puntos en que la ley de forma viene á confundirse con la de fondo y en que es muy difícil hacer su separación. Así, el código autoriza para demandar á la persona jurídica por acciones civiles, y aun á ejecutarla en sus bienes, cuando las leyes de procedimiento les niegan esa facultad tratándose de la Nación que no puede ser demandada, sin su consentimiento, y hay bienes que no se

hemos expuesto. Un texto dice expresamente, que la acción de dolo no puede intentarse contra una municipalidad, porque ella, por su naturaleza, es incapaz de dolo; pero si se ha enriquecido por el fraude de un administrador, debe restituir la suma de que hubiese aprovechado. L. 15, § 1, Dig. *De dolo*.

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

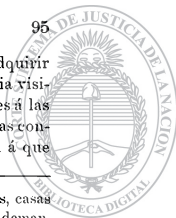
Faltos de la S. C. N. Aplicación al art. 43.—No puede decirse que una corporación haya verificado actos de despojo, por haberlos practicado un miembro de ella, sin mandato de la misma.—IV, 372.

En cuanto al derecho de hacerse representar por apoderado, las personas jurídicas quedan colocadas en las mismas condiciones que las naturales, á quienes se les reconoce ese derecho, sin que pueda oponerse á ello los inconvenientes que señalan las antiguas leyes de partida, por cuanto las personas jurídicas no incurrir en responsabilidad criminal por sus actos, cualquiera que sea la forma en que los practique.—LII, 168.

La sociedad no es responsable como persona jurídica, de los actos ilícitos de cualquiera de los socios ni de sus consecuencias. XHVII. 208.

Faltos de la C. de Ap. de la Cap. Aplicación del art. 43. Las personas jurídicas que ejercen funciones públicas, no son pasibles de una condenación en daños y perjuicios.—Jur. Civ. IX, pág. 175, Ser. 2°.

El juicio contencioso administrativo, no procede contra resoluciones de la Municipalidad sobre expropiación de un terreno ó demolición de un edificio.—Jur. Civ., III, pág. 64. Sér. 3°.



La persona jurídica respecto de su capacidad de adquirir se encuentra en las mismas condiciones que la de existencia visible, y por consiguiente, ésta sujeta en cuanto á los bienes á las mismas acciones para demandar ó ser demandada; y en esas condiciones es necesario establecer el fuero ó la jurisdicción á que

pueden embargar, como los establecimientos públicos, hospitales, casas de huérfanos, etc., pero en cambio si la Nación no puede ser demandada, pueden serlo los ejecutores de sus mandatos ó los que poseyeran en su nombre.

El artículo se refiere á las personas jurídicas privadas, porque las de existencia necesaria son regidas por el derecho público: no obstante, cuando nada hubiere en contrario en el derecho público, se les debe aplicar la ley civil.

Respecto de los bienes que puedan ser embargados, no tienen excepción alguna los poseídos por las personas jurídicas privadas, y en esta parte se debe seguir lo ordenado por las leyes de procedimientos, pero cuando se trata de la Nación, Provincia ó Municipalidad, no pueden ejecutarse los bienes que prestan un servicio público necesario á la comunidad, como los que se refieren á la limpieza, higiene y seguridad, los hospitales, etc., y los que necesitan los mismos poderes para cumplir los fines de su institución y sin los cuales no se comprendería su existencia. Así creemos que no es embargable la casa municipal ni su mobiliario, mientras sea ocupada por la corporación; como no lo sería el palacio de gobierno, el de la legislatura ó el de los tribunales.

La Suprema Corte Nacional ha decidido que eran demandables las corporaciones dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, como el Consejo de Higiene (S. 1, tomo 5, pág. 70) mientras que en el tomo 1, pág. 317, Ser. 1^a, había decidido antes que la Aduana, como dependencia del Poder Ejecutivo Nacional no era demandable, y lo confirmaba en el tomo 6, pág. 317, Ser. 2^a y en muchas otras; lo que prueba que ningún tribunal debe pretender fijar con sus resoluciones, reglas invariables de interpretación para el porvenir.

No estamos conformes con lo que enseñan algunos autores de que no se puede hacer ejecución en los bienes pertenecientes á los Estados, correspondiendo en tales casos á las Legislaturas dictar las medidas para pagar los créditos reclamados; eso y declarar que las Provincias no son demandables sería la misma cosa.

Si se permite que una Provincia pueda ser traída ante la Corte, es porque no hay confianza en su imparcialidad, y sería dejar en su mano



pueden ser sometidas, porque no siendo personas de existencia visible no se sabría dónde están domiciliadas, y por eso se ha establecido, que *las personas jurídicas nacionales ó extranjeras tienen su domicilio en el lugar en que se hallaren, ó donde funcionan*

el cumplir ó no la decisión del Superior Tribunal, si no pudieran emplearse medios coercitivos como el de una ejecución. Se ha visto, por otra parte, ejecuciones y embargos contra la Provincia de Buenos Aires librados por la Corte que desautorizan aquella opinión; creo que sólo puede limitarse la excepción á determinados bienes como los expresados más arriba. Freitas, art. 299, de donde ha sido tomado el artículo y que hace la diferencia entre la persona jurídica pública y privada, se refiere únicamente á estas últimas cuando habla de corporaciones ó establecimientos.—Comp. arts. 41, 243, 2346 y 3951.

Faltos de la S. C. N. Aplicación del art. 42—La Municipalidad cuando contrata con particulares aunque sea ejecución de sus resoluciones administrativas, procede como persona jurídica quedando sujeta al derecho común y á los tribunales ordinarios.—XXIII, 427 y 498.

La disposición del art. 42 del Cód. Civ. por el cual se establece que las personas jurídicas pueden ser demandadas en virtud de acciones civiles y son pasibles de ejecución en sus bienes, sólo puede entenderse, en lo que á las personas jurídicas públicas atañe, de cuyo número son las Municipalidades, de los bienes privados de dichas corporaciones, y no de los propiamente comunales, ó del dominio público, tales como calles, plazas, caminos y demás que se hallen consagrados á un servicio comunal y general, como hospicios, cementerios, escuelas, mercados, etc., que por la consagración especial que los afecta, y mientras ella dure, se hallan fuera del comercio, y no son enajenables ni prescriptibles, ni pueden ser embargados ni ejecutados, según el art. 2236. Los Jueces por lo mismo carecen de autoridad y jurisdicción para cambiar su destino, y no pueden por consiguiente, ordenar su embargo, ni proceder á su ejecución.—XLVIII, pág. 195.

No estamos conforme con la doctrina, en el caso del embargo del mercado, porque esto no es comunal, es un bien particular cuya renta se puede embargar, sin cambiar la naturaleza y fin á que está sujeto. Lo único que se puede exigir es que no se alteren los servicios públicos. Se pueden embargar no las cosas mismas, sino las rentas que ellas producen, pagando los servicios públicos, que no deben alterarse. Así, se puede embargar la renta del derecho de piso, peaje, etc., pagando los servicios que á ellos se refiere. Creo, además, que no se pueden embargar todos aquellos muebles que prestan un servicio necesario á la comunidad, como los carros de la limpieza, riego, etc. (N. del A.).

Pueden las Provincias ser ejecutadas para el cumplimiento de sus obligaciones (artículo 101 *Const. Nac.* art. 1, inc. 1, *L. Jur.*) LXI, 18.

Faltos de la C. de Ap. de la Capital, Aplicación del art. 42—Véase despojo, art. 2468. *Cód. Civil.*

sus direcciones ó administraciones principales, no siendo el caso de competencia especial (art. 44); porque pueden determinar en sus contratos la jurisdicción á que se someten para su cumplimiento.

Una persona jurídica extranjera que hiciera sus negocios en la Argentina, sería considerada como domiciliada en nuestro país para los efectos del cumplimiento de sus contratos.

Si en los estatutos se determinara el domicilio de la persona jurídica, como ésa es la ley de su creación, deberá estarse á lo establecido en ellos.

El domicilio indicado en el artículo, es para los casos en que los estatutos guardaran silencio, y entonces no debe admitirse prueba en contra.

CAPÍTULO PRIMERO

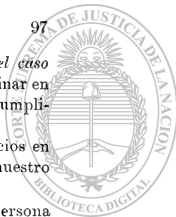
§ 24—DEL PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

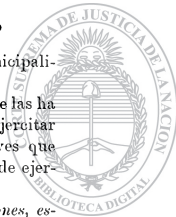
Las personas jurídicas de existencia necesaria deben su creación al derecho público constitucional, que las reconoce en

(**Art. 44.**) Nuestro Código continúa confundiendo en la expresión, la persona jurídica de existencia necesaria, con la de existencia posible, cuando Freitas, 303, de donde ha sido tomado el artículo, se sirve de la palabra *establecimientos ó corporaciones* que tienen sus domicilios donde se hallaren sus direcciones, porque las personas jurídicas de existencia necesaria, no tienen direcciones. Una corporación puede tener su asiento en un lugar y en otro su dirección, pero en cuanto á las obligaciones contraídas, debe ser demandada donde tenga la dirección, á menos de tratarse de acciones reales. Esta disposición no impide que se elija un domicilio especial para el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso éste primará sobre aquél.

Freitas, arts. 303 y 304 y el art. 90 n° 3, tratando especialmente del domicilio, agrega: que las *corporaciones ó asociaciones* tienen sus domicilios donde estén situadas sus direcciones ó administraciones, si en los estatutos no estuviesen determinados; y así debemos entenderlo. Comp. arts. 89, 101, 1216.

Fallos de la S. C. N., Aplicación del art. 44—Las sociedades anónimas tienen su domicilio en la Provincia donde funcionan, sea como casa principal ó como sucursal. XVII, pág 156.





ese carácter, como la Nación, las Provincias y las Municipalidades.

Comienzan su existencia con la ley constitucional que las ha reconocido, determinando ante qué tribunales pueden ejercitar sus acciones. Pero si su creación no depende de las leyes que dictare el Congreso, sus facultades, así como la manera de ejercitar sus derechos, están sometidos á esas leyes.

Comienza la existencia de las asociaciones, corporaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fueron autorizadas por la ley ó por el Gobierno, con aprobación de los estatutos y confirmación de los prelados en la parte religiosa (art. 45), si fueran fundaciones con fines pios ó religiosos.

(**Art. 45.**) Se ha hecho notar, que al hombre le basta aparecer en el mundo para que se le reconozca su capacidad de derecho, y nosotros podríamos agregar, que aun antes de esa aparición ya se le considera existiendo para protegerlo, por ejem. cuando la mujer embarazada cometiera algún delito en que no puede ser ejecutada, ó para proteger el feto en caso de aborto.

Cuando se trata de las personas jurídicas privadas, es necesario que el Gobierno intervenga con su autorización, porque sería peligroso poner en la mano de los particulares la facultad de crearlas á su voluntad; además, es necesario dar un signo visible, por decirlo así, á la creación de una persona con capacidad para adquirir, obligarse y obligar, y ese signo lo tenemos en el acto público nacional, que vistas las conveniencias públicas, la autoriza para gozar de los atributos de la personalidad humana con relación á la adquisición de derechos. Así, el carácter de persona jurídica y su capacidad de derecho para los fines de su institución, sólo comienza desde el momento de la autorización gubernativa.

El artículo exige la confirmación de los prelados en la parte religiosa, y esto debe entenderse que sucede cuando la misma ley no diese por creada la persona jurídica, pues en nuestra opinión, nada resiste á la acción de la ley.

El cód. civ. Aleman, art. 21, somete á estas formalidades sólo á las asociaciones que tienen un objeto de lucro, y considera á las demás como personas jurídicas por la inscripción en el Tribunal de Comercio,



Entre las fundaciones con fines religiosos deben exceptuarse los conventos, cuya creación no puede hacerse sin una ley especial del Congreso, y aun en ese caso necesitarán la confirmación de los prelados en la parte religiosa, si es que perteneciesen á la religión católica; cuando fueran de otra religión, bastará la autorización de la ley.

Los conventos católicos no pueden ser gobernados por superiores domiciliados fuera de la nación, porque se substraerían á la ley argentina, á la que debe su existencia la institución.

Las personas jurídicas de existencia posible tienen por objeto: unas, la satisfacción de necesidades materiales, ó fines de lucro, como las sociedades industriales, comerciales, etc.; á éstas se las llama generalmente *corporaciones*, y nuestro Código las denomina sociedades; las que tienen por objeto fines piadosos, religiosos ó de caridad, ó se limitan al cultivo de las ciencias, artes ó letras, toman el nombre de *fundaciones* ó *establecimientos*.

fomentando así la creación de asociaciones que no tienen un fin económico y que no pueden perturbar á la sociedad.

El silencio ó la tolerancia del gobierno respecto de asociaciones religiosas no autorizadas ó especialmente prohibidas, no basta para que existan como tales; se considerarán como meras asociaciones, en que todos sus miembros son responsables personalmente; por esa razón, la asociación religiosa de los jesuitas, prohibida por la ley, existe, adquiriendo bienes á nombre de los Superiores, y como asociación religiosa sólo en su calidad de individuos que se reúnen por propia voluntad y que pueden separarse con arreglo á lo dispuesto en las demás asociaciones comunes. — Cons. SAVIGNY § 89 y FREITAS art. 305, Comp. art. 1806, 3734 y 3735.

Fallos de la S. C. N., Aplicación del art. 45.—El establecimiento de conventos en el carácter de personas jurídicas sólo corresponde al Congreso. XVI, 92.

Los conventos existentes en la República no pueden ser gobernados por superiores residentes en el extranjero. X, 195.

La orden religiosa establecida en una Provincia, no puede extender sucursales á otra, sin las formalidades establecidas para su introducción. XVII, 113.

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 45.—Las sociedades anónimas no autorizadas, no tienen personería jurídica y por ellas son personalmente responsables sus administradores. Siendo extranjeros éstos, no pueden ser demandados por otro extranjero ante la justicia nacional. XVIII, 432.



tos, nuestro Código usa indistintamente esas expresiones; sin embargo, en el art. 35, n.º 5, las ha clasificado de *establecimientos*, á los de utilidad pública, religiosos, piadosos ó literarios; de *corporaciones*, á las comunidades religiosas, colegios y universidades; y *sociedades*, á las demás que tienen por objeto fines de lucro.

Una sociedad puede existir como tal, sin el carácter de persona jurídica; pero los miembros que la componen serán responsables de los actos que ejecutaren en nombre de ellas, así es que *las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales ó religiosas, según el fin de su instituto (art. 46)*; pero re-

(Art. 46.) El artículo resuelve una de las cuestiones más graves de la jurisprudencia. Cuando muchas personas se reúnen con el objeto de realizar ciertas operaciones para obtener un beneficio común ¿cómo debe considerarse esta asociación? La mayoría de los autores franceses, así como las decisiones de la Corte de Casación, le daban el carácter de persona jurídica, haciendo una persona distinta de los asociados tratándose de sociedades de comercio, y la dificultad consiste en separar ciertas asociaciones, como las sociedades en participación, por ejemplo, que no suponen la existencia de un ser distinto de los asociados. Nuestro Código les ha negado el carácter de persona jurídica, sin embargo de reconocerlas en sí mismas y formando un ser diferente de los socios, considerándolos como terceros extraños (artículo 1711) y declarando que los deudores de los socios no lo son de la sociedad de que forman parte (art. 1712), y que en caso de concurso de la sociedad, los acreedores de ésta serán pagados con preferencia á los particulares de los socios (art. 1714). ¿Cuál es, pues, la diferencia entre la persona jurídica creada por la ley y la sociedad creada por el contrato particular, que puede adquirir bienes, comparecer en juicio, contraer obligaciones y ejercitar todos los derechos autorizados por el contrato siendo diferente de los miembros que la componen? Freitas, artículo 3038, previniendo esta dificultad, dice: que las sociedades colectivas se reputan constituidas como *personas jurídicas*, es decir, *para existir con relación á terceros como personas distintas de los socios que la componen*, llamando la atención del objeto para el que son consideradas como personas jurídicas, y poniendo las palabras transcritas en la letra bastardilla para fijarla. Así, se consideran como

28. 19. 8. 90

conocidas en su carácter de persona jurídica, los mandatarios no se obligan personalmente, ni sus miembros tienen más responsabilidades que las determinadas en sus estatutos.

Antes de existir la persona jurídica, pueden realizarse actos en

personas jurídicas sólo con el objeto de que los terceros no confundan á los socios con la sociedad; ¿cuál es, pues, la diferencia? En las sociedades civiles y comerciales, hay una especie de comunidad de bienes, que no existe en la asociación con el carácter de persona jurídica: hay también una responsabilidad directa entre cada uno de los asociados (que se pierde por completo en la persona jurídica), y que lleva á reconocer en ciertos casos que una sociedad en quiebra hace reputar en quiebra á cada uno de los asociados; hay, por fin, la diferencia de que la sociedad particular reposa generalmente en la confianza mutua de los asociados, y que disuelve la sociedad cuando esa confianza desaparece, mientras que en la persona jurídica nada de esto sucede. Por otra parte, el contrato social publicado ó hecho conocer por medio de la inscripción respectiva, no sólo tiene por objeto revelarse á los terceros como formando una sociedad, sino hacerla conocer en su duración y nombre social, así como determinar la medida en que cada uno de los asociados se obliga.

Nuestro Código se ha separado de la jurisprudencia francesa, por la sencilla razón de que ésta no reconocía la existencia de la persona jurídica, que recién se encuentra legislada en el Código Chileno y en el proyecto de Freitas, de donde ha sido tomado por el nuestro.

Para nosotros, cualquiera asociación particular que no haya sido autorizada como persona jurídica, será considerada según el fin de su institución, rigiéndose por las leyes generales que reconocen la existencia de esas sociedades.

¿Pueden adquirir por herencia ó legado las sociedades que no tienen el carácter de persona jurídica? Creo que no, á menos que se instituyera por herederos á todos los socios individualmente nombrados. Sólo tienen capacidad para suceder las personas de existencia visible y las personas jurídicas (art. 3288).

El nombramiento debe hacerse de manera que no deje duda alguna sobre la persona instituida (art. 3712), lo que sólo ocurriría nombrando á cada uno de los asociados.

Finalmente, no pueden adquirir por testamento las corporaciones no permitidas por la ley (art. 3734) y sólo pueden recibir cuando sea con el objeto de fundarlas y requerir su autorización (art. 3735), lo



cop
j
p
P
u

su favor, con el fin de crearla, haciéndole donaciones, legados, etc. *En los casos en que la autorización legal de los establecimientos fuese posterior á su fundación, quedará legitimada su existencia como persona jurídica, con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación (art. 47)*, siendo reconocidos como actos

que excluye la hipótesis de que se pueda dejar con cualquier otro objeto; esto mismo sucede respecto de la donación, que no puede hacerse sino á persona natural (quiere decir, de existencia visible, pues la persona jurídica es natural también), ó á persona jurídica (art. 1806), sino con el objeto de fundarla. — Comp. FREITAS, arts. 308 á 3088. PAUL PONT, VII, 124. Dr. SEGOVIA nota 4 á su art. 2677. Comp. arts. 1806, 1648, 3248, 3712, 3734, 3735.

(Art. 47.) Todos los autores han distinguido las personas jurídicas de existencia necesaria y de existencia posible; pero han dividido las segundas en dos grandes clases, como lo hace Savigny, *Der. Rom.* § 86: en *corporaciones*, llamando así á todas las sociedades de artesanos ó de industriales; y en *fundaciones*, á las que tienen por objeto el ejercicio de la religión, lo que abraza las asociaciones piadosas de todo género, la cultura de las ciencias, de las artes, de la caridad. etc.

El Código de Chile (art. 545), divide la personas jurídicas en *corporaciones* y *asociaciones* de beneficencia pública, no comprendiendo erróneamente las personas de existencia necesaria, como el Estado y las Municipalidades.

Freitas, que ha condensado con gran claridad esta materia, y ha sido el primero en legislarla de una manera completa en su proyecto seguido por nuestro Código, hace dos grandes divisiones: 1º, las personas jurídicas de existencia necesaria, que están regidas por el derecho público; 2º, las de existencia posible, que subdivide á su vez en tres grandes ramas: 1º, *establecimientos de utilidad pública*, con fines religiosos, científicos, literarios ó de piedad; 2º, en *corporaciones* instituidas con iguales fines, como comunidades religiosas, órdenes terceras, cofradías, hermandades; 3º, en *sociedades anónimas* ó en *comandita* por acciones destinadas á cualquier fin de industria ó comercio, art. 276 núms. 1, 2 y 2.

La razón de la existencia de esas personas jurídicas, agrega Frei-

Faltos de la S. C. N., Aplicación del art. 46—Las sociedades anónimas no autorizadas, no tienen personería jurídica, y por ellas son personalmente responsables sus administradores. XVIII, 432.



de la persona aquéllos que se ejecutaron sin poder alguno, desde que todavía no existía, pero sólo con el objeto de fundarla. Éste es uno de tantos casos en que la ley retroacciona, porque el legislador le ha señalado ese efecto, y con esta singularidad, que la autorización legal creando la persona jurídica no viene de la ley, sino del decreto del Gobierno.

tas en la nota, es que tienden á obtener un fin de bien común, des- empeñando servicios análogos á los de la administración ó del Estado, y por eso se ha hecho la distinción entre los *establecimientos de utilidad pública*, que algunos llaman fundaciones, y las *corporaciones*; pero el carácter esencial de todas, es que son una *idea personificada* teniendo existencia pública, ya por sus fines de utilidad común, ya porque sean autorizadas por el Estado.

Nuestro Código ha seguido, al parecer, estas ideas en el art. 33 n° 5; pero después las llama indistintamente *corporaciones* ó *asociaciones* en los arts. 38 y 39, como *establecimientos* ó *corporaciones* en el art. 41 y repite en el art. 45 *corporaciones*, *asociaciones*, *establecimientos*; finalmente, en los arts. 1806 y 3735, en que no se permite donar, ni legar á las *corporaciones* que no tengan el carácter de persona jurídica sino es con el objeto de constituirla.

Mi opinión, fundada en los antecedentes del artículo, es que la autorización legal posterior á la fundación del establecimiento, que legitima su existencia con efecto retroactivo, sólo comprende á los de utilidad pública y á las corporaciones instituidas con iguales fines. Y si buscamos el origen de la disposición, para interpretarla con fidelidad, lo encontraremos en el art. 310 de Freitas, que dice: en los casos en que la autorización legal de *tales establecimientos* fuere posterior á su fundación etc., ¿á qué establecimientos se refiere? El art. 309 nos da la clave, diciendo: lo que se ha dispuesto sobre la autorización legal de las corporaciones, es aplicable también á los establecimientos de utilidad pública, etc., lo que demuestra claramente que en el sistema de Freitas, los establecimientos están en la misma línea que las corporaciones en cuanto á la fundación particular con efecto retroactivo.

No creo que la disposición deba restringirse á los establecimientos de beneficencia, porque debe comprender todo lo que es de utilidad pública, ya en el sentido de llenar las necesidades materiales, ya de fines religiosos ó de caridad. En lo que estoy conforme es que no se debe extender este privilegio á las demás sociedades con fines de lu-





Lo que se legitima con efecto retroactivo es la existencia de la persona jurídica haciendo válidos los actos que se hubieren realizado con el objeto de fundarla; pero aquéllos que no hubieran tenido ese fin, ó el de asegurarle su existencia en el porvenir, no podrán perjudicarle, siendo responsable de ellos los que los hubieran ejecutado. Así, las donaciones aceptadas con el objeto de fundar un hospital, ó las rentas constituidas en su favor, quedarán irrevocables por la autorización dada por el poder público; pero respecto de los contratos realizados para las construcciones ó cosas semejantes, serán responsables personalmente los que los celebraron antes de tener la autorización, sin perjuicio de dirigir su acción contra la persona jurídica por aquello en que se hubiera enriquecido. Es en este sentido que se dice impropiaamente, que el efecto retroactivo no debe perjudicar á tercero.

CAPÍTULO II

§ 25 — DEL FIN DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA

La persona de existencia visible, desde el momento de su concepción, adquiere ciertos derechos para ser protegida, y una vez que ha nacido, comienza su existencia, que sólo termina por la muerte; mientras que la persona jurídica de existencia posible, la comienza desde la autorización del poder público y puede desaparecer de diversas maneras:

cro, porque no hay objeto en introducir una perturbación en las relaciones de derecho, con el efecto retroactivo, para favorecer intereses particulares; y porque las sociedades con fines comerciales ó civiles, no se llaman establecimientos, sino simples asociaciones.

¿Qué alcance debe tener el efecto retroactivo? Que la corporación ó establecimiento que no existía antes de ser autorizado, se considere como tal, desde que comenzó á existir y que las obligaciones y derechos adquiridos con el objeto de fundarla, lo sean como si hubiera sido persona jurídica.—Cons. SAVIGNY § 86 *Der. Rom.*, FREITAS arts. 276, 309 y 310, Cód. DE CHILE art. 545, Comp. arts. 195, 1065, 1806, 1036 y 3735.

1º *Por su disolución en virtud de la deliberación de sus miembros aprobada por el Gobierno* (art. 48, n.º 1); porque la sola voluntad de éstos no es bastante para hacerla desaparecer en sus relaciones con los terceros; del mismo modo, esa voluntad es impotente para conservar su carácter, cuando una ley ó un decreto se lo hayan quitado.

(Art. 48.) Este artículo, tomado de Freitas, 312 se refiere á la terminación de la existencia de las *corporaciones* con carácter de persona jurídica, comprendiendo á todas las de existencia posible, como las sociedades anónimas, habiendo dicho en la nota art. 276: «no reunimos en una sola disposición las *corporaciones* y las *sociedades anónimas*, porque si todas son personas jurídicas por el carácter público de su autorización, hay una profunda diferencia que las separa. Pero cuando se trata del fin de la persona, deben hacerse las mismas diferencias que para su fundación, porque una sociedad anónima, p. e., no termina como una institución religiosa ó un hospital.

La disolución de una asociación con carácter de persona jurídica, no tendrá lugar aunque todos los miembros la consientan, si no está conforme con sus estatutos ó si no es aprobada por el gobierno: porque ella existe independientemente de sus asociados, por motivo de un interés general, y sólo la autoridad pública que le dió nacimiento, puede hacerla desaparecer, si compromete los intereses generales de la sociedad.

Cuando la persona jurídica nace de la ley, como sucede con los conventos, ó con las instituciones de carácter público, como la creación del Banco de la Nación Argentina, sólo en virtud de la ley puede disolverse, á pesar de la voluntad de sus miembros, como ha sucedido con el Banco Nacional, que una ley lo disolvió creando el que existe al presente (1898).

La facultad superior de disolución no la tendrá sino el poder que haya intervenido en la creación de la persona jurídica. Está comprendida en las causas que hacen imposible el cumplimiento de la *institución* (como dice Freitas, art. 312) y que nuestro Código ha traducido por *estatutos*, la desaparición ó destrucción de los bienes que debían sostenerla; pero como la persona jurídica no desaparece sin intervención de la autoridad que le ha dado nacimiento, ésta debe declararla disuelta, á menos de establecerse lo contrario en los estatutos, que son la ley á que obedece.





2º *Por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros (art. 48, n.º 2, prim. parte):* sin que se puedan alegar derechos adquiridos para conservarla, ni reclamar perjuicios por su disolución; porque siendo una creación exclusiva de la ley, ella puede suprimirla, cuando la considere perjudicial al bien público.

Cuando la existencia de la persona jurídica ha sido admitida por un determinado tiempo u objeto, es en virtud de la ley que desaparece vencido el término ó realizado su fin, porque la autorización ha concluido. La fuente misma de nuestra disposición, que es la última parte del art. 315 de Freitas, da la razón de nuestra interpretación.

Faltando á los establecimientos los bienes propios que son la condición de su existencia, deben dejar de existir; pero continuarán gozando de su carácter hasta que el poder público las haya hecho cesar.—Comp. FREITAS arts. 312 y 315; CÓD. DE CHILE art. 564, SAVIGNY § 89 ant. penúlt. *Der. Rom.* y lo dicho por los Dres. SEGOVIA y LLERENA.

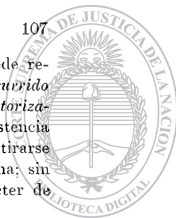
Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 48—La persona jurídica, una vez constituida, no debe ser disuelta por la sola voluntad de los miembros actuales, porque ella existe, como lo hemos dicho, independiente de sus miembros, y por el motivo principal de un interés público permanente, mientras que el Gobierno ó la ley no hubiese declarado que había cesado la causa de su existencia.

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

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

Fallos de la S. C. N. Aplicación del art. 48.—Una sociedad de beneficencia, que tiene su existencia legal como persona jurídica, no puede ser disuelta por el P. E. ni privada del dominio de sus bienes. Tampoco lo puede una simple asociación religiosa, según el fin de su instituto. XI, 139.

Para explicar este fallo, es necesario decir, que el decreto del gobierno de San Juan, no sólo retiraba á la sociedad el carácter de persona jurídica reconocida, lo que podía hacer, sino que disponía que los fondos de la asociación se pasaran á la comisión de beneficencia de hombres, lo que evidentemente era una confiscación, contraria á la Constitución. Y la Corte misma reco-



3º Cuando han sido autorizadas por el P. E., éste puede retirar la autorización concedida *por haber abusado ó incurrido en transgresiones de las condiciones ó cláusulas de la autorización legal* (art. 48, n.º. 2, seg. parte), porque su existencia responde á esas condiciones; pero no creo que pueda retirarse la autorización por propia autoridad, sin razón alguna; sin embargo, en caso de hacerlo, no podrán alegar el carácter de persona jurídica.

4º Como la persona jurídica tiene un fin determinado por sus estatutos, y solo existe para realizarlo, se disuelve *por ser imposible el cumplimiento de los estatutos* (art. 48, n.º. 2, terc. parte); pues en ese caso no tiene razón de ser y debe cesar, ya sea por declaración del poder público, sea procediendo á su liquidación. La declaración de imposibilidad de cumplir los fines, debe hacerse unánimemente por los asociados, y si hubiere alguna duda, deberá pedirse la disolución al P. E.

5º Cuando su disolución fuese necesaria ó conveniente á los intereses públicos (art. 48, n.º. 2, últ. parte), lo que indica claramente que el poder público debe tener razones de un orden superior para disolverla y no responde por perjuicios causados á los miembros que la forman.

6º Como una de las condiciones de existencia de la persona jurídica es que tenga patrimonio propio y no subsista de asignaciones del estado, terminará su existencia *por la conclusión de los bienes destinados á sostenerla* (art. 48, n.º. 3), pero será necesaria una declaración del poder público.

De las facultades que el gobierno tiene para hacer cesar el carácter de la persona jurídica, se deduce el derecho para nombrar mandatarios con carácter público, que estudiando la marcha de las asociaciones, le informen en los casos de abusos ó

noce que el Gobierno puede extinguir la sociedad en la forma y por las razones de derecho, pero que no puede privarla del dominio de los bienes que le pertenecen. Así, la sentencia debe tomarse, no en el sentido de que el Gobierno que crea una persona jurídica, no pueda retirar ese carácter, porque está dentro de sus facultades, sino que no puede apropiarse de los bienes de la sociedad, que bien puede continuar como una simple asociación de caridad. (N. del A.)



transgresiones de sus estatutos, ó imposibilidad de cumplir los fines para que fueron creadas, teniendo facultad esos empleados para exigir les den todos los antecedentes necesarios.

La facultad del gobierno para retirar el carácter de persona jurídica, se extiende á otras causas que las comprendidas en el artículo, pues es el único juez para decidir cuando su existencia fuere contraria á los intereses públicos, sin que los miembros que la forman puedan alegar derechos adquiridos.

Las personas jurídicas de existencia necesaria, han sido creadas por la Constitución y no pueden desaparecer porque son una condición de la vida nacional; sin embargo, una reforma de esta podría hacer que las Provincias y Municipalidades dejaran de existir; p. e., si se aceptara la forma unitaria.

La persona de existencia ideal nada tiene de común con los miembros que la forman, y por consiguiente, el cambio total ó parcial de ellos en nada altera su unidad, ni cambia su personalidad, así es que *no termina la existencia de la persona jurídica por el fallecimiento de sus miembros, aunque sea en número tal que quedaran reducidas á no poder cumplir el fin de su institución. Corresponde al gobierno, si los estatutos no lo hubiesen previsto, declarar disuelta la corporación, ó determinar el modo cómo debe hacerse la renovación (art. 49)*; no es posible este medio en

(**Art. 49.**) Este artículo debe combinarse con el art. 38 y es una prueba de la verdadera interpretación que hemos dado allí sosteniendo que la persona jurídica no desaparece sino cuando el gobierno ó la ley la declara disuelta.

Se ha querido sacar una consecuencia errónea, dice Savigny, admitiendo que una corporación muere por falta de todos sus miembros, siendo así que descansa sobre un interés público permanente; si, pues, una epidemia destruye en una ciudad á todos los individuos de una corporación, el poder público la declarará disuelta y entregará todos los bienes según se determine en sus estatutos.

El derecho implícito que se reconoce á las asociaciones con carácter de persona jurídica, de admitir nuevos miembros, debe entenderse que pueden ejercerlo cuando hubiere número suficiente por sus estatutos para realizarlo; porque no se puede admitir que una minoría nombre la mayoría que falta, á menos que así se determinare en los



las sociedades anónimas, pues las acciones de los socios fallecidos corresponden á sus herederos.

En las sociedades anónimas, las personas son completamente indiferentes, porque son los capitales los que se unen para realizar el fin previsto en sus estatutos, así es que sólo pueden disolverse por la expiración del término ó por la desaparición del capital, con arreglo al Código de Comercio.

Cuando se trata de los conventos, se ha decidido por la Suprema Corte, que quedan extinguidos cuando tienen menos de ocho frailes, considerando que no pueden cumplir el fin de su institución, confundiendo en mi opinión la personería que se atribuyeran sus miembros, con la existencia de la persona misma. El convento ha sido reconocido en su carácter de persona jurídica, en virtud de una ley, y sólo ésta puede declarar que ha cesado. Por eso dice con razón el Dr. Vélez Sarsfield, que si

estatutos; en estos casos, como en el de fallecimiento de todos los miembros, el gobierno ó la ley deben intervenir para hacerla continuar ó cesar.

El art. 38 se refiere únicamente al derecho implícito que tienen los asociados que forman la persona jurídica para nombrar nuevos miembros en lugar de los que hubieren fallecido, mientras que el 49 debe aplicarse á los casos en que el derecho no pueda ejercerse por haber fallecido tal número que no le permitan sus estatutos designar los nuevos, como si de diez hubiera quedado uno.

El Dr. Freitas explica mejor el pensamiento cuando dice: *aunque el número quedase tan reducido que no sea posible deliberar*, cuyas últimas palabras ha suprimido nuestro Código obscureciendo el pensamiento. — Véase FREITAS art. 313, SAVIGNY § 89 *Der. Rom.*, Cód. CHILE 560.

Faltos de la S. C. N., Aplicación del art. 49. — Todo convento que tenga menos de ocho frailes, queda extinguido *ipso jure*.—XV f. 92.

Para entender esta decisión es necesario decir, que las cédulas reales que autorizaban la creación de los conventos y les concedían la facultad de adquirir bienes, contenían la cláusula expresa, que el convento que tuviera menos de ocho religiosos quedaba extinguido.—(N. del A.)

Una vez extinguido un convento, nadie puede tomar su representación para reivindicar sus bienes.—XVI, 92.

No sucede así con las personas jurídicas que tienen fines industriales ó de lucro, y aún las científicas ó literarias en que se determinare en los estatutos, la manera de dividirse los bienes.—(N. del A.)



todos los frailes de un convento muriesen en una epidemia, la persona jurídica no se consideraría disuelta. En efecto, es á la idea que lleva la institución, á la que se ha dado una forma material, pero como la idea no muere, de ahí que puedan llenar los fines que se propuso, otros hombres que tengan las mismas creencias; así un convento cuyos frailes han fallecido pueden ser reemplazados por otros de la misma orden, y á nadie se le ha ocurrido averiguar quiénes son los miembros que lo componen, y la institución vivirá renovándose perpetuamente, hasta que una ley venga á hacerla cesar.

Otra cuestión sería la de averiguar si los miembros que han quedado pueden atribuirse la representación del convento; lo que se podría decidir por la ley de su creación ó por los reglamentos aprobados por el Gobierno.

Hay asociaciones con el carácter de personas jurídicas cuyos miembros entran como un elemento necesario para cumplir los fines de la institución, como son las que tienen fines científicos, literarios, artísticos, etc. y si los estatutos nada establecieran sobre la disolución, el gobierno que la autorizó podrá disolverlas.

Disuelta ó acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que á ella perteneciesen, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados á los objetos que disponga el cuerpo legislativo, salvo todo perjuicio á tercero, y á los miembros existentes de la corporación (art. 50), cuyos derechos no pueden ser alterados por

(Art. 50.) Si la persona jurídica hubiere concluido por la expiración del término señalado, ó por haber llenado el objeto para que se formó, se procederá á la liquidación con arreglo á los estatutos, distribuyendo los bienes entre los tenedores de las acciones.

Si tuviera diversos establecimientos, la liquidación de uno de ellos en nada afectará á los demás, aunque la casa matriz responderá por las obligaciones contraídas por el que se liquida.

Si la casa matriz estuviera establecida en el extranjero, en caso de quiebra, se considerarán como si formaran diversas personas, respondiendo cada una por las obligaciones contraídas en la nación donde se

la ley de disolución; así los arrendamientos de bienes raíces, ó las obligaciones á plazo que no estuviesen vencidas, ó los derechos en litigio en nada se alterarán por la disolución.

Cuando la persona jurídica fuese usufructuaria, la ley que la disuelva, ó el decreto del gobierno en su caso, no podrán hacer que continúe el usufructo, porque éste se extingue consolidándose con la propiedad, pues es un derecho adquirido por el nudo propietario de que no puede ser privado.

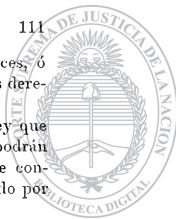
encuentre reconocida, y lo que quedare después de cumplidas las obligaciones, responderá á las demás.

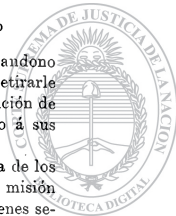
Si la persona jurídica suprimida por ley, fuera una comunidad religiosa, como ninguno de los asociados que la forman ha puesto capital, no tienen derecho á los bienes que hubiere adquirido la comunidad, desde que se han reunido con un fin piadoso. Es por esta razón que el Gobierno Español se apoderó de los bienes que pertenecían á los jesuitas, cuando la Orden fué suprimida, porque eran bienes vacantes, desde que persona alguna podía alegar derechos.

Cuando la nación entrase en posesión de bienes pertenecientes á una persona jurídica suprimida, no puede negarse á contestar las reclamaciones que hicieran los terceros que hubiesen adquirido derechos sobre ellos, alegando que no puede ser demandada porque entonces obra por representación.

Cuando el gobierno retirase la autorización dada á la persona jurídica, los bienes que á ésta correspondan serán de los miembros que la componen ó de los poseedores de las acciones, si fuera sociedad anónima.—Comp. FREITAS 314, Cód. DE CHILE art. 561, SAVIGNY, *Der. Rom.* § 89. Véase arts. 38, 2342 n° 3, 2939.

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





Si la sociedad ha quedado disuelta de hecho, por abandono de los miembros que la componen, el gobierno puede retirarle la calidad de persona jurídica, determinando la distribución de los bienes en los miembros que la forman con arreglo á sus estatutos.

Ni la ley ni el gobierno pueden declarar la vacancia de los bienes de la persona jurídica disuelta, porque ésa es la misión de los tribunales; así es que la expresión de que los bienes serán considerados como vacantes, debe entenderse para el objeto de que los tribunales procedan como si fueran tales; se exceptúa el caso en que tratándose de corporaciones con fines piadosos, la misma ley determinase el objeto de tales bienes, porque entonces no hay socios que puedan alegar derechos.

En las asociaciones religiosas, es el fin piadoso que se persigue, el que se materializa, por decirlo así, y todo lo que se adquiere es con el objeto de llenar mejor ese fin; mientras que en las sociedades anónimas, es la asociación de capitales con la idea de un lucro común, y por consiguiente, todo lo que se adquiere es con objeto de lucro y aprovechamiento de los que la forman; de ahí es que en las primeras, los bienes de la comunidad disuelta no pertenecen á los miembros que la formaban, mientras que en la segunda sí, porque ése era su objeto.

TÍTULO II

DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA VISIBLE

§ 26. — DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Se llama *persona de existencia visible*, á todo ente que *presentar signos característicos de humanidad sin distinción de calidad ó accidentes.* (art. 51.)

Esta definición resuelve la cuestión que ha agitado á los legisladores y juriconsultos de todos los tiempos.

Una ley romana dice: no son libres los que han nacido contra la forma natural; p. e., si una mujer ha dado á luz un monstruo (l. 14, tit. 5, lib. 1, D), mientras que la ley de Partida no reputaba como nacido de una mujer al que no tuviera la figura de hombre, como si tuviera la cabeza ú otros miembros de bestia (ley 5, tit. 23, Part. 4).

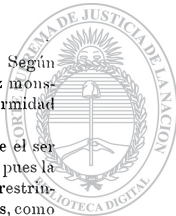
Nuestra legislación civil, siguiendo á las más adelantadas en esta materia, dispone que cualquiera que sea la modificación ó alteración de la persona, no le quita su capacidad de derecho,

(Art. 51.) En la civilización actual no se concibe la existencia del hombre, sin la capacidad de adquirir los derechos que son necesarios para su desenvolvimiento físico é intelectual y el cumplimiento de su destino en este mundo.

Los expositores del derecho francés hacen la distinción entre el *goce* del derecho y el *ejercicio* del mismo, que es el derecho puesto en acción; así, p. e., en la sucesión deferida á un menor, el *goce* es la facultad que tiene para adquirirlo; pero como no puede ser aceptada ni repudiada sino por el tutor, de ahí es que no tenga el *ejercicio*. El *goce* se refiere á la capacidad de adquirir, y el *ejercicio* á la de obrar. Esta distinción es criticada por Freitas en la nota al art. 52.—Comp. DEMOLOMBE I, 138. Véase. arts. 30, 31, 70 y 71.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 51.—Proyecto de FREITAS, art. 35, GÓVEA, art. 107.—L. 5, Tit. 23, Part. 4^a y L. 8, Tit. 33, Part. 7^a.—LL. 12 y 14, Tit. 5, Lib. 1, Dig.





siempre que tenga signos característicos de humanidad. Según las leyes fisiológicas, no es posible que la mujer dé á luz monstruos sin figura humana, y cualquiera que sea la deformidad del nacido, no debe atacar su personalidad.

Fuera de la muerte natural, no hay situación en que el ser humano pierda absolutamente su capacidad de derecho, pues la muerte civil no existe. La capacidad de adquirir puede restringirse, privándose al individuo de adquirir ciertos derechos, como sucede en las sucesiones con relación al indigno, ó al escribano que hace un testamento, que no puede recibir mandas del testador, etc.

La persona humana, por el hecho de su concepción, adquiere derecho de ser protegida por la ley, y por eso se castiga el aborto provocado.

Debe hacerse la diferencia entre la capacidad de adquirir y la de obrar, que responden á miras diversas. La capacidad de adquirir, si bien nace de la ley, como la de obrar, consulta sólo el destino del hombre á su aparición en el mundo; pero cuando quiere extender su actividad á las cosas que lo rodean, la ley consulta su desenvolvimiento intelectual y determina una edad, ó las condiciones en que debe ejercerse esa actividad.

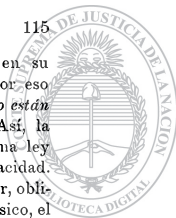
Así, cuando la ley establece que *las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones* (art. 52, 1ª parte), se deben tener en cuenta estas diferencias.

Como la capacidad acordada por la ley, es por el solo hecho de existir el ser humano, á diferencia de lo que sucede con la

(Art. 52.) Siendo la capacidad la regla, la excepción viene á ser la incapacidad que debe fundarse en una prohibición, pues no hay persona respecto de la cual no se prohíba la adquisición de algún derecho.

Las incapacidades de derecho las establece la ley por medio de prohibiciones.

La incapacidad de *hecho* puede ser completa ó incompleta. Es completa, cuando la persona no puede manifestar su voluntad ó cuando no la tiene; incompleta, cuando siendo incapaces para ejercer por sí solos sus derechos, son capaces excepcionalmente para otros, como la mujer casada, el menor púber ó el loco que goza de lúcidos interva-



persona de existencia ideal, resulta que para limitarla en su acción es necesario que haya una disposición expresa; por eso se dice: *que se reputan capaces todos los que en el Código no están expresamente declarados incapaces* (art 52, 2ª parte). Así, la incapacidad de adquirir ó de obrar debe provenir de una ley expresa; es una excepción á la regla que consagra la capacidad.

La ley para determinar la capacidad de obrar, es decir, obligarse y obligar, consulta la edad, el desenvolvimiento físico, el estado mental, la libertad ó sujeción al poder de otra persona, y por eso sólo la concede á los mayores de 22 años. Las excepciones en los casos especiales, consultan la integridad de las facultades mentales, y por esa razón declara incapaces á los dementes; ó tiene en consideración la libertad, y por eso incapacita al condenado á presidio; ó la sujeción al poder de otro, incapacitando á la mujer casada.

La capacidad de obrar, la adquieren los individuos que hubieren llenado las condiciones de la ley, y es con relación á

los, que puede hacer testamento.—Véase arts. 9, 22, 30, 31, 33, 54, 55, 140, 3288, 3289, 3696 y 3697.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 52.—La expresión *adquirir derechos*, á más de comprender implícitamente la posibilidad de contraer obligaciones, abraza en sí todas las facetas de los derechos adquiridos, desde el hecho de la adquisición de cada uno de los derechos, hasta el de su pérdida total.

Esas facetas pueden resumirse del modo siguiente:

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

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

Faltos de la C. de Apel. de la Capital—Aplicación del artículo 52.—La nulidad de una donación por escritura pública, fundada en la incapacidad del donante, no puede ser declarada en tanto no se justifique que á la fecha de su otorgamiento había sido declarada judicialmente la incapacidad. — Jur. Civ., t. III, pág. 403, Sér. 3ª.

(Art. 52.) Véase pág. 114.



ellos que rige el precepto de que *les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadano y de su capacidad política (art. 53)*, porque los extranjeros, como los ciudadanos, gozan de iguales derechos civiles ó comerciales. Ésta es una de las grandes conquistas de la civilización moderna.

§ 27.—DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

No hay persona de existencia visible que sea incapaz de adquirir derechos de una manera absoluta, lo que no excluye que las haya incapaces de adquirir ciertos y determinados derechos.

La incapacidad puede ser de hecho ó de derecho. Son incapaces de hecho, los que por su imposibilidad física ó moral de

(**Art. 53.**) La capacidad de obrar respecto á los derechos civiles, no tiene relación alguna, según nuestras leyes, con la capacidad política; ni vice-versa, la incapacidad política influirá sobre la capacidad civil; así, un soldado de línea ó un eclesiástico regular, no gozan de derechos políticos y pueden obrar como personas capaces en el ejercicio de ciertos derechos. Los menores de veintidos años y mayores de diecisiete, pueden ejercer derechos políticos y sin embargo, no pueden celebrar contrato alguno.

Es un error, á mi juicio, conceder capacidad política á los que se encuentran sometidos al poder de otro, y esa es la principal razón porque no se ha concedido derechos políticos á la mujer, porque, aun mayor, está sometida de hecho al poder marital. La razón que se da generalmente de que estando obligados á prestar la contribución de sangre, deben tener la capacidad política anexa á la carga que soportan, no es atendible, porque para la contribución de sangre se busca la capacidad física para cargar las armas y soportar las fatigas de la guerra, mientras que la capacidad de elegir, no sólo debe suponer el suficiente discernimiento, sino la libertad consiguiente. No es tampoco cierto que la capacidad política responda á la carga que se le impone de armarse en defensa del país, porque el ciego, el rengo, el inválido, no prestan la contribución de sangre y sin embargo gozan de derechos políticos.—Comp. FREITAS 36. Véase arts. 21, 52 y 1066.

obrar, ó por su dependencia de una representación necesaria, no pueden ejercer actos de la vida civil; y así, *tienen incapacidad absoluta* (art. 54):

1º *Las personas por nacer* (art. 54, nº 1), porque no ha-

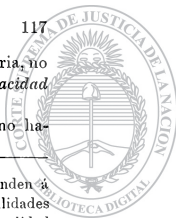
(Art. 54.) La incapacidad de hecho y la de derecho responden á un orden diverso de ideas, cuando se las compara con las nulidades que producen; así, una incapacidad absoluta no produce una nulidad absoluta, desde que sólo puede alegarla el incapaz; mientras que la incapacidad de derecho, siendo ejecutada contra la prohibición de la ley, anula el acto.

Las incapacidades de hecho son absolutas ó relativas, mientras que las de derecho son siempre absolutas, pero las nulidades que producen, no son absolutas ni relativas, por que no hay sino actos nulos ó anulables. (Véase nota al art. 1047).

La incapacidad absoluta de obrar, hace imposible la manifestación de la voluntad, y la obligación contraída por el impúber, es nula por falta de ésta; en el mismo caso está el demente, aunque obrase en lúcidos intervalos, desde que la ley supone que no tiene voluntad, aunque por la especialidad de las circunstancias lo autorice para testar. Véase arts. 1041 y 1160.

(Art. 54, nº 1.) Con relación á las personas por nacer, para que su existencia se tome en cuenta á los efectos de la representación, es necesario que se haya denunciado el embarazo por los que tienen derecho para hacerlo, art. 66.

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





biendo aparecido en el mundo exterior, sólo por una ficción se les puede considerar como nacidos para el efecto de adquirir lo que se les hubiere donado.

2° *Los menores impúberes* (art. 54, n° 2), porque no tienen voluntad.

3° *Los dementes* (art. 54, n° 3), porque no pueden manifestar su voluntad á causa de la perturbación intelectual.

4° *Los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito* (art. 54, n° 4), porque aunque tienen voluntad, no se puede juzgar cuál sea, desde que falta el signo visible que la traduce, que es la palabra hablada ó escrita.

5° *Los ausentes declarados en juicio* (art. 54, n° 5), porque

(Art. 54, n° 2.) La edad de los menores debe demostrarse por lo que conste en los registros del estado civil, en la capital y territorios nacionales. En las demás provincias, por la forma que determinaren sus leyes de procedimientos. Tratándose de los nacidos antes de la vigencia de la ley del registro civil, por la partida de bautismo de los curas párrocos. Véase arts. 127, 145, 157, 273, 433, 921, 1076, 1117, 2692 y 3614.

(Art. 54, n° 3.) Toda persona mayor de edad es reputada capaz, así es que la demencia, para que exista é incapacite legalmente á la persona, es necesario que sea declarada previo examen de facultativos.—Véase arts. 140, 141, 469, 475, 921, 1070, 1076, 1392 y 3615.

(Art. 54, n° 4.) Los sordo-mudos se encuentran en el mismo caso que los dementes; pero el examen se reducirá á comprobar que no pueden manifestar su voluntad de una manera cierta é indudable; sin embargo, la ley de matrimonio civil los autoriza para contraer matrimonio.—Véase arts. 153, 157, 173, 469 y 3617.

(Art. 54, n° 5.) La ausencia puede ser declarada en juicio, cuando la persona no hubiere comparecido á la citación ó cuando se le ha declarado presunto fallecido. En uno y otro caso, tienen incapacidad absoluta de obrar, porque constando la ausencia de una manera evidente, no han podido manifestar su voluntad. Pero aquí se trata de la

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 54 n° 3.—No es prueba de demencia de un contratante en el tiempo del contrato, el testimonio de personas que la declaran, fundando su juicio sobre hechos transitorios.—VII, 221.

constando la ausencia, no han podido manifestar su voluntad por imposibilidad física.

Entre las incapacidades de hecho, las hay absolutas ó relativas; son absolutas, cuando el consentimiento no ha existido por falta de voluntad en el agente, ó por imposibilidad de manifestarla; relativas, cuando la voluntad ha existido aunque viciada en su manifestación por no haberse llenado las condiciones exigidas por la ley.

Así, *son incapaces respecto de ciertos actos ó del modo de ejercerlos*:

1º *Los menores adultos (art. 55, nº 1)* que teniendo voluntad no pueden manifestarla válidamente sin el consentimiento

representación de los incapaces, como lo expresa el art. 57, nº 3, en que son representados por los curadores que se les nombre, para que ejerzan sus derechos, defendiéndolos en juicio.—Véase arts. 110, 116 y 194.

(**Art. 55, nº 1.**) Los menores adultos tienen voluntad y pueden manifestarla; pero la ley ha exigido que para obligarse ú obligar, sea necesario el consentimiento del tutor, que completa, por decirlo así, su personería en los actos que realiza. Por lo demás, el tutor obra solo y no necesita la intervención del menor. Se exceptúa el caso de matrimonio, que una vez realizado por el menor sin consentimiento de su padre ó tutor, queda válido; y el testamento, que pueden hacer los que tengan dieciocho años cumplidos.—Comp. FREITAS art. 42, núms. 1, y 2, Cód. FRANCÉS 1124 y Cód. DE CHILE 1447. Véase arts. 127, 134, 135, 169, 173, 293, 320, 328, 380, 398, 411, 515, 734, 1042, 1043, 1060, 1087 nº 7, 1225, 1440.

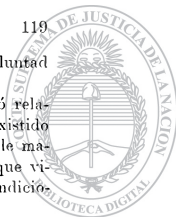
Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 54 nº 5.—Los demandados y citados en concepto de ignorarse su domicilio, son ausentes declarados en juicio y están comprendidos en la disposición de los arts. 54 y 57.—XLVIII, 207.

En los juicios de expropiación contra ausentes, no es necesaria la intervención del Ministerio de Menores; basta la del defensor de ausentes.—LVIII, 164.

Fallos de la C. de Apel. de la Capital.—*Aplicación del art. 54 nº 5.*—La intervención del Ministerio de Menores es esencial en todo juicio seguido contra ausentes.—Jur. Com. I, 301. Sér. 1ª.

El Ministerio de Menores solo debe intervenir en los juicios en que los ausentes con presunción de fallecimiento sean parte.—Jur. Civ., V, 130, Sér. 4ª.

Fallos de la C. de Ap. de la Capital.—*Aplicación del art. 55.*—La ejecución seguida contra la esposa, aun cuando el pago se haya intimado al esposo, es nula por ser ésta incapaz de comparecer al juicio sin la venia marital ó supletoria del juez.—Jur. Civ., t. VII, pág. 116, Sér. 4ª.





de sus padres ó tutores, y los actos que producen sólo pueden anularse por sus representantes.

2º *Las mujeres casadas* (**art. 55**, nº. 2) que estando bajo el poder marital, no pueden manifestar su voluntad sin la venia del marido: así, una mujer mayor de edad necesitaría la autorización de su marido, aunque éste fuera menor.

Para proveer á la incapacidad de obrar, que no les permite emplear su actividad, la ley ha instituido personas que los representen con esos fines, así es que *los incapaces pueden adquirir derechos ó contraer obligaciones por medio de los representantes que les da la ley* (**art. 56**), considerando como actos suyos los ejercidos en su nombre por esos representantes, dentro de los límites del mandato.

Cuando se tratare de los incapaces con incapacidad absoluta, serán representantes:

1º *De las personas por nacer, sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre* (**art. 57**, nº. 1).

(**Art. 55**, nº 2.) A la mujer mayor de edad se la incapacita en caso de matrimonio, porque la sociedad conyugal necesita una sola cabeza dirigente. La libertad de la mujer viene á ser incompatible con la potestad marital. Se exceptúa el caso en que quisiera demandar al marido, ó cuando se defendiera de acusación criminal, ó cuando hiciera testamento.—Véase arts. 188, 189, 193, 320, 398 nº 8, 515, 734, 1042, 1043, 1160, 1226, 1249, 1359, 1450, 1808, 3334, 3847.

(**Art. 56.**) El Código no comprende entre los relativamente incapaces á los religiosos profesos, ni á los comerciantes fallidos, porque habría sido confundir la incapacidad relativa de hecho que tienen los menores adultos y las mujeres casadas, con la incapacidad que pesa sobre aquéllos con relación á ciertos actos. Así, los religiosos profesos sólo pueden celebrar contratos para sus conventos, ó cuando compren á dinero de contado bienes muebles: y los fallidos no pueden celebrar sino el concordato, sin poder disponer de sus bienes que están secuestrados. Los contratos que los fallidos hicieran, locando sus servicios, serán válidos.—FREITAS 17.

(**Art. 57**, nº 1.) Cuando se habla de las personas por nacer, se comprende que no debe faltar la madre, pero puede ser incapaz; así es que hay impropiedad en suponer la falta de los padres. El artículo quedaría bien suprimiendo la palabra falta.—Véase arts. 63, 64, 66 y 70.

2º *De los menores impúberes ó adultos: sus tutores* (art. 57, nº. 2).

3º *De los dementes, sordo-mudos ó ausentes, sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos los curadores que se les nombran* (art. 57, nº. 3).

4º *De las mujeres casadas, sus maridos* (art. 57, nº. 4) bajo cuyo poder se encuentran.

La incapacidad absoluta del agente, da por resultado que el acto en realidad no se haya producido, y no haya necesidad de anularlo; mientras que en la incapacidad relativa, lo hace sólo anulable á solicitud del incapaz.

Las antiguas leyes españolas concedían á los incapaces importantes privilegios con el objeto de garantizarlos de cualquier perjuicio; pero les hacían un gran daño, porque nadie se atrevía á contratar con sus representantes en tales condiciones, y sus bienes se encontraban casi fuera del comercio, pues nadie quería exponerse á una rescisión en cualquier momento.

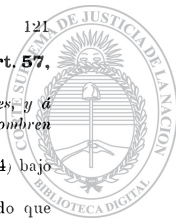
En esas condiciones, el Código adoptó un sistema preventivo, que ha dado mejores resultados que la hipoteca tácita y la

(Art. 57, nº 2.) Aquí se ha omitido por olvido á los padres, que son los representantes de sus hijos, á menos que se les hubiera privado de la patria potestad, ó cuando no existieren, en que los menores son representados por sus tutores.—Véase arts. 134, 135, 169, 293, 380 y 411.

(Art. 57, nº 3.) Se ha omitido también la hipótesis de cuando el demente fuera casado, en que la mujer es curadora de su marido. El artículo supone que el incapaz es soltero.—Véase arts. 115, 119, 151, 477, 478 y 3457.

(Art. 57, nº 4.) La mujer mayor de edad pierde su capacidad por el hecho de casarse; y está bajo el poder marital, por una necesidad de orden y armonía en la familia.—Véase arts. 60, 131, 476 y 1302.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 57 nº 4. — La mujer casada que es parte interesada en el juicio, está obligada á absolver las posiciones que le sean deferidas por la contraparte (art. 108, Ley Proc.) El marido, en el juicio, no tiene otra misión que la de representar á su esposa: XXXIII, 315.—(Véase la sentencia de la C. de Apel., pág. 127).





restitución *in integrum*, restringiendo la facultad de los tutores á los actos de mera administración, y rodeando los demás de alguna importancia de tales formalidades, que difícilmente los menores pueden recibir perjuicio, á menos de suponer un complot entre los magistrados, con el objeto de perjudicarlos. Así, la intervención del Ministerio de Menores en todo asunto en que éstos estuvieran interesados y las seguridades tomadas para la enajenación de los bienes, les garante de cualquier perjuicio; es por esa razón que los incapaces, *á más de los representantes necesarios, son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial ó extrajudicial, de jurisdicción voluntaria ó contenciosa, en que los incapaces demanden ó sean demandados, ó en que se trate de personas ó bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto ó de todo juicio que hubiere lugar sin su participación (art. 59).*

(Art. 59.) Se ha discutido vivamente, si entre los incapaces que deben ser representados promiscuamente por el Ministerio Público, se encuentran los hijos representados por sus padres legítimos, habiéndose dividido las opiniones. Unos piensan que el ministerio pupilar sólo debe tener intervención en los casos de los arts. 61, 297, 298 y 397, porque sería desdoloroso para la autoridad paterna tener que soportar en todos los actos la vigilancia del ministerio pupilar; otros, que la intervención del ministerio es necesaria sólo en los actos que el padre ejecuta en representación de sus hijos, pero no cuando ejerce su autoridad de padre.

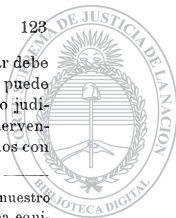
Comenzamos por hacer una distinción que creemos necesaria; en lo que se refiere á las leyes de procedimiento que dictaren las Provincias, no es posible que el Código Civil pretenda mezclarse; si éstas exigen la intervención del ministerio pupilar en los asuntos de los menores representados por sus padres, deben cumplirse. Dejando, pues, esta cuestión y viniendo á lo que dispone el artículo mismo, nos decidimos por la intervención del ministerio pupilar en todos los casos: 1º, porque la ley no distingue y es de buena interpretación no hacer esas distinciones que son excepciones disfrazadas para inutilizar su mandato; 2º, porque la única excepción que ha puesto á la representación promiscua del ministerio pupilar en los asuntos de los incapaces, es á las mujeres casadas, y exceptuando á los hijos bajo la autoridad pater-

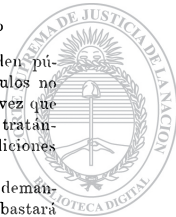
La intervención ó representación del Ministerio Pupilar debe ser simultánea con la del representante necesario, y aquel puede suplirla y aun contrariarla, según los casos. Cuando un acto judicial, ó una serie de actos, se hubieran realizado sin la intervención del Ministerio, serán nulos, sin que pueda confirmarlos con

na estenderíamos su mandato á un caso no previsto; 3º, que en nuestro sistema de administración de los bienes de los incapaces, se ha equiparado el padre al tutor, sin que haya diferencia en cuanto á la extensión de sus autoridades respectivas, como puede verse por los arts. 411 á 415 y 278; 4º, que si examinamos la fuente de donde ha sido tomado nuestro artículo y estudiamos el sistema seguido por el Dr. Freitas en los arts. 44 á 48 y en los correlativos 1518 nº 7 á 1528, comparándolos con los arts. 1712 á 1714 del nuestro, nos convenceremos de que en ninguna parte se encuentra una traza de esta excepción que correspondería á los padres en la administración de los bienes de sus hijos; 5º, que la administración de los bienes concedida á los padres, debe ejercerse dentro de los límites determinados por la ley y que no estando facultados para proceder por sí en los asuntos de sus hijos sin intervención del ministerio pupilar, no pueden ejercerlos excediendo esos límites; 6º, que el art. 494 pena con nulidad todos los actos y contratos, sin excepción alguna, en que se interesen los bienes de los incapaces y que se hayan verificado sin intervención del ministerio de menores.

Los arts. 272 y 274 no autorizan á suponer que no debe intervenir el ministerio de menores cuando sea el padre el que entienda en el juicio. En la discusión que tuvo lugar en el Senado Nacional al rechazarse la enmienda propuesta por la comisión, hubo algunos senadores que sostuvieron la opinión contraria; pero por autorizadas que las consideremos, no son sino opiniones aisladas, que tampoco estudian la cuestión ni la resuelven. No hay artículo alguno del Código que exceptúe el caso, y si bien aceptamos los razones que aduce el Dr. Segovia como fundamento para una reforma, no podemos admitirlas para reconocer una excepción que no existe. La cuestión no está resuelta y queda al jurisconsulto y al magistrado el derecho de estudiarla explicando la ley según las reglas de buena interpretación.

En cuanto á los asuntos en que debe intervenir el ministerio de menores, los jueces deben tener en cuenta que las formalidades creadas para la administración de los bienes de los incapaces, son para beneficiarlos y no para perjudicarlos; cuando los asuntos fueran de





su intervención posterior; porque siendo una ley de orden público no puede renunciarse. No es porque los actos nulos no se confirmen, pues los particulares pueden hacerlo una vez que haya desaparecido la causa que los anulaba, sino que, tratándose de funciones públicas, no se encuentran en las condiciones de las propias que ejercen los particulares.

No es necesario que los incapaces demanden ó sean demandados, es decir, que haya controversia de derechos, pues bastará que de cualquiera manera tengan interés ó intervención, para que se dé parte al Ministerio Pupilar.

Las mujeres casadas mayores de edad, que son representadas por sus maridos, son incapaces por razones de un orden de familia, en que es necesario reconocer una cabeza dirigente, una autoridad bajo la cual obren todos los que la componen; esa incapacidad debe desaparecer en ciertos casos en que tiene necesidad de obrar por sí misma sin la autorización de su marido, como si lo demandare, ó cuando acusada criminalmente, no la

tan poca importancia que resultara daño á los menores, la observancia de las formalidades, debe suprimirse.—FREITAS arts. 45 y 47. Comp. Dr. SEGOVIA al art. 60 y Dr. LLERENA al art. 59 y nuestros arts. 272, 274, 381, 414 y 494.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 59—Es nulo todo lo actuado sin la intervención del Ministerio de Menores, en juicio que verse sobre el interés de menores.—XXX. 183, XLI. 97.

Fallos de la C. de Ap. de la Capital.—Aplicación del art. 59.

La no intervención del Ministerio de Menores en todo juicio en que haya menores interesados, es causa de nulidad.—Jur. Civ. III, 288.

Cualesquiera que hubiesen sido las omisiones en que hubiese incurrido el tutor, el menor sólo tiene acción contra él, pero no contra terceros adquirentes de los bienes con las formalidades que impone la ley y con la debida intervención judicial.—Jur. Civ., VI, pág. 33, Sér. 3ª.

La nulidad de la ejecución la causa la falta de intervención del Ministerio de Menores en el juicio en que los incapaces tengan interés, aun cuando sea ejecutivo.—Jur. Com., II, pág. 211, Sér. 4ª.

Aun cuando los menores se encuentren domiciliados fuera de la jurisdicción del Juzgado, debe intervenir el Ministerio de Menores.—Jur. Civ., III, pág. 87 Sér. 5ª.

defendiese su marido. En estos casos, el Ministerio Pupilar no debe intervenir; así es como debe entenderse la regla que *exceptúa de la representación del art. 59 á las mujeres casadas (art. 60)*; porque su incapacidad viene del poder marital bajo el cual se encuentran, y ella cesa desde el momento que este desaparece.

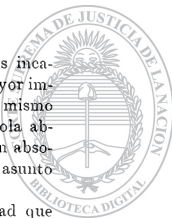
Cuando la mujer casada es menor de edad, la regla que da

(**Art. 60.**) Nuestro artículo ha sido tomado de Freitas, art. 48, con una modificación en la redacción. Este autor exceptúa de la intervención del Ministerio de Menores, «á las mujeres casadas que serán representadas por sus maridos, *cuando éstos no las autorizaren ó no las autorizare el juez*»; es decir, que cuando fueran mayores de edad y tuvieran derecho para proceder judicialmente sin autorización alguna, el ministerio no tendrá intervención, y menos cuando el marido las representa.

El principio general es que el Ministerio Pupilar interviene en todo asunto en que los incapaces tengan interés: como la mujer casada es incapaz desde que está bajo el poder marital, debería encontrarse en las condiciones de los demás: por eso la exceptúa de la representación, por razón de esa incapacidad; habiendo generalizado la excepción á todos los casos en que pudiera encontrarse. Así, nuestro artículo, tal como está concebido es más general que el de Freitas y abraza un campo de acción más extenso, y no deberá intervenir el Ministerio de Menores: 1º, cuando la mujer mayor procede sin autorización del marido, en los casos en que puede hacerlo; 2º, cuando procede sin autorización del juez en los mismos casos; 3º, cuando el marido la autoriza, siendo ella mayor; 4º, cuando el juez la autoriza, en defecto de la venia marital. Por el contrario, cuando la mujer es menor de edad, como su incapacidad no proviene sólo de estar bajo el poder marital, la representación debe tener lugar. En los casos en que el marido necesitare autorización judicial, por ser la mujer ó él menor de edad, deberá intervenir el ministerio. La excepción es únicamente por la incapacidad de la mujer que se encuentra bajo el poder marital.—Comp. arts. 1249, 1276, 1279 1293 y art. 69, ley matrimonio civil.

Faltas de la C. de Ap. de la Capital—Aplicación del art. 60.—Los Jueces pueden conceder la venia á la mujer casada para comparecer en juicio. no obstante la oposición del marido.—Jur. Civ. I, 31, Sér. 3ª.





intervención al Ministerio Pupilar en los asuntos de los incapaces, vuelve á aplicarse, pues no hay razón para dar mayor importancia al poder marital, que al del padre ó tutor en el mismo caso. Interpretar de otro modo esta excepción, haciéndola absoluta y sin distinción, sería chocar con la regla, también absoluta, de que el Ministerio Pupilar debe intervenir en todo asunto en que tengan interés los incapaces.

La excepción se debe, pues, estender, á la incapacidad que tiene la mujer por el hecho de estar sometida al poder marital.

Debe tenerse presente que el Código *protege á los incapaces al solo efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio ó privilegio (art. 58)*; porque siendo capaces con la representación

(**Art. 58.**) Nuestra disposición vino á reformar una legislación que acordaba á los incapaces uno de esos privilegios tan grandes que hacía imposible todo contrato con sus representantes.

El beneficio de *restitución in integrum* tenía su fundamento en la protección que se prestaba á los incapaces y autorizaba á anular cualquier acto válido, siempre que éstos recibieren perjuicio, aunque fuera por una ganancia que hubieran dejado de percibir. Y este privilegio, que se extendía á los menores, á los locos bajo curatela, á las Iglesias, al Fisco, etc., sacaba casi de la circulación y del comercio los bienes de estos incapaces. El Código ha querido protegerlos por una cuidadosa administración, limitando el poder y facultad de los tutores ó curadores y haciendo intervenir al Ministerio de Menores, que no ha organizado como debiera, para que las garantías fueran eficaces.

Quedan, pues, abolidos todos los privilegios; porque, como dice Freitas en su nota al art. 43, si un acto es válido, nada más absurdo é inútil que el permitir anularlo; si el acto es nulo, no hay distinción que hacer sino entre lo que es nulo y anulable, no habiendo otra acción sino la de nulidad.

Cuando nos ocupemos de los tutores y curadores, haremos notar que se ha cometido una falta al no reglamentar la administración de éstos, haciendo imposible el perjuicio del incapaz, y creemos, como el Dr. Freitas, que una fianza ó garantía hipotecaria de su buena administración, con las excepciones del art. 1694, habría llenado este objeto.

que les da y la intervención que deben tomar los funcionarios públicos, no hay razón para que gocen de privilegio alguno.

Pero puede suceder, y ocurre con frecuencia, que *cundo los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial ó extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, entonces dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se*

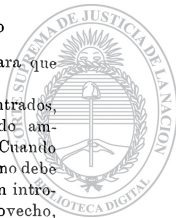
El tutor ó curador nombrado bajo la forma defectuosa que ha adoptado el Código, puede perjudicar al menor, que no tendrá garantía alguna para resarcirse del daño. Participamos de la opinión del Dr. Segovia y creemos que en el porvenir se debe llenar este vacío.—FREITAS, art. 43 y su nota, y MARCADÉ, IV, 663; DEMOLOMBE, VII, 583. Comp. nuestros arts. 3966, 3967, 3968, 4025, 4031, 4049.

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

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 58.—La ley protege la incapacidad relativa de la mujer, pero sin concederle privilegio alguno, cual sería el de negarse fundadamente á cumplir un acto legal del juicio en que es parte.—XXXII, 315.

La protección á los incapaces, según el derecho vigente, tiende sólo á suprimir los impedimentos de la incapacidad, dándoles la representación legal; pero sin concederles el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio ó privilegio. LIV, 117.

Fallos de la C. de Ap. de la Capital.—Aplicación del art. 58.—La mujer casada, no puede ser obligada á absolver posiciones sin la venia del marido.—Jur. Civ. I, 10, Ser. 3º.—(Véase la sentencia de la S. C. N., pág. 121).



tratar (art. 61), y sólo entenderán en el asunto para que fueron nombrados.

La oposición existirá cuando hubiere intereses encontrados, es decir, controversia entre el tutor y el menor, ó cuando ambos tuvieran un interés diferente sobre la misma cosa. Cuando aquellos á quienes se debiera sustituir fuesen los padres, no debe hacerse sino en casos especialísimos, pues hay peligro en introducir personas extrañas, que miran más á su propio provecho, haciendo costas, que al de los menores.

(Art. 61.) Lo que constituye la tutela, es el conjunto de relaciones jurídicas del pupilo, porque de ese conjunto se forma la *persona*: en eso difiere de la curatela, que se da para asuntos determinados ó para incapaces mayores de edad; pero esto no excluye que se pueda dar tutor para asuntos determinados, como sucede en los arts. 272, 303, 397 y otros semejantes.

¿Cuándo se reputará que los intereses del incapaz están en oposición con los de su representante? Cuando sea necesario deducir acción el uno contra el otro, como lo indica el art. 272; no basta el hecho de que ambos tengan interés en la misma cosa, como si fuera condómino con el menor y el tutor pidiera la venta de la propiedad usando de su derecho; no hay oposición de intereses en ese caso.

Nuestro Código no ha aceptado el sistema indicado por el Dr. Freitas, art. 51, prefiriendo dejar á los jueces el nombramiento de un tutor especial, separándose del sistema francés que nombra un *subrogado tutor* para vigilar al tutor y sustituirlo en los casos de impedimento, (art. 420), admitiendo el nombramiento de un pro-tutor completamente independiente del tutor en el caso del art. 417.

Por más respetable que sea la autoridad de Freitas, nos inclinamos á esas comisiones permanentes que forman el consejo de familia en los Códigos europeos y de que nos hemos separado para concentrar en la persona del juez una facultad completamente extraña á su misión de juzgar.—Véase FREITAS art. 52 y su nota. Comp. Cód. FRANCÉS 417 y sig., MAINZ § 430 nota 6, GOYENA arts. 159 y 172. Comp. arts. 272, 303, 397, 459 y 1225.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 61.—Estando en colisión los derechos litigiosos del padre con los de su hijo menor, debe nombrarse á éste un tutor especial. XVIII. 280.

La representación de los incapaces es extensiva á todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados por el Código (art. 62), y por consiguiente, no tienen más limitaciones que las expresamente determinadas.

(Art. 62.) La representación de los incapaces se puede dividir en dos categorías: 1ª, aquella en que no puede tener lugar, como sucede en todos los actos esencialmente inherentes á la persona del incapaz, como el de hacer testamento, casarse, etc., pues á pesar de su incapacidad no puede ser representado; 2ª, en todos los actos en que la representación es admitida por la ley.

El incapaz para ejecutar los actos de la vida civil sin intervención de un representante, no es por eso incapaz del derecho que no puede poner en ejercicio; la incapacidad se refiere sólo á la acción, distinguiéndose siempre la incapacidad de *hecho* de la de *derecho*.

La incapacidad de derecho excluye siempre la posibilidad de la adquisición, como sucede al tutor que no puede contratar con su pupilo; mientras que la incapacidad de hecho, solo expresa la imposibilidad de ese ejercicio, que está en suspenso durante el tiempo de la incapacidad.—FREITAS nota al art. 52, DEMOLOMBE, I, n° 139, Comp. arts. 286, 1292, 1294, 3614 y 3615.



TÍTULO III

DE LAS PERSONAS POR NACER

§ 28.—DE LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS POR NACER

Todo ser humano es considerado como una persona; pero *las que no habiendo nacido, están solo concebidas en el seno materno, son personas por nacer (art. 63)*, que no tienen existen-

(**Art. 63.**) Cuando se trata de la existencia de una persona, vienen al espíritu las ideas de su manera de existir, así como la del tiempo y lugar de su existencia, ya se le considere como sujeto activo del derecho, ya como objeto de él, siendo la causa final de un acto cualquiera, como sucede con las personas por nacer.

Debe distinguirse entre las personas por *nacer* que existen, *in utero sunt*, y las personas *futuras* que no existen, pero que tienen la posibilidad de existir: así, las personas por nacer, pueden ser representadas, mientras que las futuras no pueden serlo, pues no se representa sino lo que existe.

La capacidad natural comienza desde el momento del nacimiento completo, y si se admite la representación del no nacido para los casos en que hubiere de adquirir bienes por donación ó herencia, es porque este existe y tiene vida intra-uterina.—Comp. SAVIGNY § 62, *Der. Rom.*, Cód. DE RUSIA art. 10, FREITAS art. 53 y nota al art. 221, Comp. nuestro art. 3733.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 63—Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar. El art. 22 del Código de Austria, dice: «Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho á la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero.» Lo mismo el Código de Luisiana, art. 29 y el de Prusia, 1.ª Par. Tit. I, art. 10. Pero el Código de Chile en el artículo 74 dice: «Que la existencia legal de toda persona principia al nacer: pero si los que aun no han nacido no son personas; ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por que no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el Derecho Romano habla acciones sobre este punto. *Nasciturus habetur pro nato, Nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur.* etc., etc. Se oponen á estos, otros textos del Digesto. Savigny los explica perfectamente, demostrando que no hay contradicción en ellos.—T. II, pág. 11.



cia propia, ni personalidad, y por una ficción de la ley se las considera como nacidas.

Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que hubieren de adquirir bienes por donación ó herencia (art. 64), pero es con este solo objeto, estando subordinada la representación al nacimiento con vida, pues si nacieren muertas, se juzgarán como si no hubieran existido.

La ley acuerda protección á las personas por nacer, por el hecho de estar concebidas, para impedir que se atente á su existencia intra-uterina, castigando el aborto provocado, ó los malos tratamientos contra la madre, que puedan dar por resultado el aborto.

Para que tenga lugar la representación de las personas por nacer, es necesario que alguien les deje bienes, y en ese caso *se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella ó del marido, ó de otras partes interesadas*

(Art. 64.) La representación de las personas por nacer, que comienza desde el momento de la concepción, se extiende únicamente al caso de adquirir bienes, y cesa desde que el niño hubiera sido separado del seno materno; por eso en el derecho romano se nombraba curador al *vientre*. El único fin de la representación del concebido, son los bienes que hubiere de adquirir.

El derecho romano negaba al no nacido el carácter de criatura humana, aunque otras veces, por una ficción, lo consideraba como nacido: *qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse*, dice la l. 26, tit. 5, lib. 1, Dig.

La imposibilidad de determinar el *dia de la concepción* ha hecho suprimir en nuestro Código esta expresión de que se valen varios códigos, substituyéndola por la «desde el momento en que están concebidos».—Véase FREITAS art. 54 y su nota. Comp. nuestros arts. 54 n.º 1, 57, n.º 1; 69, 247, 3290, 3733.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 64—En este artículo solo se trata del feto que puede tener bienes que adquirir por una donación ó un testamento, y que necesita una representación protectora; y no para asegurar la legitimidad de los hijos ó prevenir las suposiciones de parto, de lo cual se tratará en otro lugar.



(**art. 65**), sin necesidad de investigación alguna, como sucedía en la antigua legislación.

Nadie podrá oponerse á la declaración de la mujer embarazada, para que tenga lugar la representación del no na-

(**Art. 65.**) La mujer solo puede ejercitar este derecho en caso de estar separada de su marido, ó cuando éste hubiere muerto y estuviere embarazada, caso del hijo póstumo.

Nuestras leyes de procedimientos nada disponen para garantizar la exactitud y verdad del nacimiento ó de que el nacido lo ha sido en tiempo hábil.

¿Ante quién y en qué término debe la mujer hacer la denuncia? Sólo en el caso de divorcio se fija el plazo de 30 días (art. 249); pero no en el de muerte del marido (art. 247).

¿Cómo debe hacerse la denuncia y qué alcance tiene su omisión? Son cuestiones gravísimas que pertenecen á otro orden de ideas y que no corresponde tratarse en este lugar. Cuando la mujer hace la denuncia, el marido que estuviere separado puede establecer la vigilancia necesaria para impedir el parto supuesto ó la suplantación del verdadero hijo, ó asegurarse que el nacido no es hijo suyo.

Si notificado el marido, no hace declaración alguna que contrarie lo afirmado por la mujer, la presunción está en favor de la legitimidad del nacido.

Ninguno de los parientes puede mezclarse en estos asuntos, á menos de tener un derecho resoluble dependiente del nacimiento del hijo.

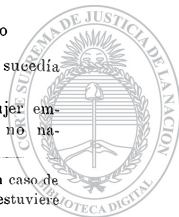
Mientras viva el marido, él debe hacer la declaración del embarazo, porque representando á la mujer en todos los asuntos, no se comprendería la intervención directa de ésta, sino en el caso de divorcio, pero nada impide que pueda hacerlo la mujer, ó los parientes en su caso.

Nuestras leyes han suprimido las medidas establecidas por las romanas, sobre visita y reconocimiento de la mujer embarazada, como contrarias al pudor.

Hecha la denuncia, se tiene por reconocido el embarazo y se procede á la representación del no nacido.

Téngase presente que la representación solo tiene lugar cuando el no nacido debe recibir bienes por herencia ó donación. Las cuestiones sobre legitimidad ó derechos adquiridos por los padres que deban resolverse por el nacimiento, no autorizan la representación.

Se confunden generalmente los derechos dependientes del naci-



cido, y tampoco la mujer embarazada ó reputada tal, podrá suscitar litigio para contestar su embarazo declarado por el marido ó por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representación determinada en el Código (art. 68) sin necesi-

miento del hijo, y de las medidas que los interesados puedan tomar en esos casos, con la representación del no nacido, cuando deban de recibir bienes.

Si el marido no hiciera la denuncia del embarazo, puede hacerlo la mujer ó cualquier interesado.

Freitas, de donde ha sido tomado el artículo, se refiere á las leyes de procedimientos, donde debe determinarse ante quien se hará la declaración de preñez y la manera de nombrar un representante al no nacido. ¿Qué condiciones debe tener ese representante? Mientras no lo determinen las leyes de procedimientos, deben ser las generales de los tutores ó curadores, sin perjuicio de los derechos de vigilancia que pueden ejercer los que se perjudicaran con el nacimiento.—FREITAS art. 56 y su nota. Cons. D'AGUESSEAU *Obras completas*. ED. PARDENUS, IX, 598. Véase arts. 66, 67, 78, 247, 248 y 249.

(Art. 68.) Este es el caso opuesto al de los dos artículos anteriores; en ellos la mujer denuncia su embarazo y se provee á la representación del no nacido, sin admitir pleito alguno; en éste, el marido ó los demás interesados han denunciado el embarazo de la mujer que puede tener interés en ocultarlo en caso de una donación revocable ó de consolidación del usufructo, y la representación tendrá lugar, á pesar de la oposición de la mujer, poniendo en la mano de los interesados el derecho de pedir ciertas medidas para impedir la ocultación del parto ó evitar el aborto ó cualquier delito á este respecto. Después de los 300 días, la representación cesará.—Véase art. 60, FREITAS. Comp. arts. 243 á 245 y 255.

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



dad del reconocimiento de la mujer, ni medida alguna vejatoria para su decoro y dignidad.

§ 29.—DE LAS PERSONAS INTERESADAS EN LA REPRESENTACIÓN

Cuando las personas por nacer hubieran de recibir bienes por donación ó herencia, así como habrá á quienes interese que el embarazo sea cierto para que adquiera los bienes dejados, tomándolos el que deba heredarlo, habrá, por el contrario, otras á quienes convenga que no lo sea; por esa razón la ley ha determinado quiénes son las personas que pueden pedir la representación del no nacido; así, *son partes interesadas para este fin:*

1º *Los parientes en general del no nacido (art. 66 n° 1, 1ª*

(**Art. 66.**) Para la denuncia del embarazo están facultados los parientes del no nacido, sin determinación de grado, y pueden hacerlo contra la mujer ó el marido conjunta ó separadamente cuando éstos hubieran recibido bienes por donación, bajo la condición de devolverlos por la supernacencia de hijos, en que puedan estar interesados en ocultar el parto, y por el contrario, puede suceder que el padre y la madre tengan interés en suponer el parto ó en sustituir el hijo muerto por otra criatura viva.

Cuando se tratare de los bienes que el no nacido debiera heredar si naciere vivo, entonces los interesados ya no necesitan ser parientes, les basta que los bienes hubieran de pertenecerles, si no sucediera el parto, para que tengan intervención en la denuncia del embarazo hecho por la mujer ó el marido.

El artículo anterior establece que el embarazo se tendrá por reconocido por la sola declaración de las partes interesadas, y el presente considera como tales á aquellos á *quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto*, no encontrándose congruencia entre uno y otro término, porque éstos no harían la denuncia si los bienes debieran pertenecerles, si no sucediere el parto, desde que están interesados en que no suceda, así es que esta parte no se refiere á la denuncia sino á la intervención que deben tener para tomar las medidas judiciales necesarias, á fin de impedir un parto supuesto, ó la sustitución de una criatura viva por la que pudiera nacer muerta.

Entran en los derechos que pueden ejercitar los que hubieran de tomar los bienes si el hijo no naciera, ó naciere muerto, el asegurarse



parte) sin limitación de grado, porque se trata de velar por los intereses del que se supone concebido, y como esto no puede dañar interés alguno, se debe dar completa latitud á la palabra pariente;

2º *Todos aquéllos á quienes los bienes hubieren de pertenecer sino*

del día exacto en que ha nacido, para demostrar si fué ó no concebido en término, sin que por esto se confunda la representación del embrión con la legitimación del nacido, que son cosas diferentes.

Los casos del artículo están puestos como términos dentro de los cuales se debe considerar el interés de aquellos á quienes los bienes debían de pertenecer y son: 1º, cuando no sucediere el parto; 2º, cuando existiendo el parto, naciere muerto el hijo; 3º, cuando naciere vivo, pero fuera del tiempo en que debía ser concebido para que se le considere como legítimo. Los interesados en estos tres casos, tienen derecho á intervenir en todas las consecuencias de la denuncia y de la representación.

Pueden también denunciar el embarazo los acreedores de la herencia. ¿A qué herencia se refiere? A la que debe recibir el no nacido.

Nuestro artículo es tomado, como casi todo el primer libro del Código, al pie de la letra del Proyecto de Freitas, quien en la nota al art. 58, dice: «*acreedores de la herencia* que quieren cobrar sus deudas y tienen interés en que el embrión sea representado para que pueda accionar el representante; y no sería justo hacerles esperar hasta el nacimiento»; dando á entender así que se refiere á la herencia dejada al no nacido y á los acreedores de esa herencia. A. p. e. instituye por heredero al hijo de B. que está solo concebido, y la representación debe hacerse á solicitud de los acreedores de la herencia del testador A. que no tienen por qué esperar el nacimiento.

La intervención que se da al Ministerio de Menores, no es para denunciar el embarazo, como parece darlo á entender el artículo, sino para intervenir en todo lo relativo á la protección del embrión.

En lo que se refiere al aborto, infanticidio, parto supuesto, sustitución al recién nacido, ó todo otro acto que importe un delito, sólo debe intervenir el Fiscal, que tiene una misión de interés público.

Nuestro Código, al separarse de la redacción de Freitas, que da intervención *al respectivo agente del Ministerio Público*, reemplazándolo por el Ministerio de Menores, no se ha apercibido de esta diferencia capital. Así, el Ministerio de Menores, que entre nosotros representa





sucediera el parto, (**art. 66**, n° 1, 2ª parte) entendiéndose que su interés está en tomar intervención en el asunto una vez que se haya dado representación al no nacido, porque es claro que ellos no harán la denuncia del embarazo, desde que si fuera efectivo serían privados de los bienes;

3º Tienen interés igualmente en tomar la intervención respectiva para controlar la verdad del embarazo y el nacimiento con vida, aquéllos á quienes corresponderían los bienes dejados al no nacido *si el hijo no naciera vivo, ó si antes del nacimiento, se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio* (**art. 66**, n° 1, 3ª parte:)

4º *Los acreedores de la herencia* (**art. 66**, n° 2) que debe recibir el no nacido, en caso naciere con vida.

5º *El Ministerio de Menores* (**art. 66**, n° 3) porque habiendo un incapaz, debe ser parte en el juicio en que se pida la representación, pero no podrá denunciar el embarazo: su misión es velar por los derechos del que puede llegar á existir.

Cuando los que hubieren hecho la denuncia, procedieren sin razón y ocasionasen gastos, deberán abonarlos; pero es una cuestión de procedimiento que queda librada á la resolución de los tribunales.

Las leyes antiguas sometían á la mujer casada ó viuda que se decía embarazada, ó que negase su embarazo, á procedimientos contrarios al pudor, y nuestro Código los ha abolido con razón, autorizando á los interesados para que tomen las medidas necesarias á fin de garantir la verdad del embarazo; así, *las partes interesadas aunque teman suposición de parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo sin embargo el dere-*

solo los intereses de los incapaces, no puede intervenir en lo que se refiere á los intereses fiscales, como sería en el caso en que la herencia debiera corresponder al Fisco, si no hubiere parto, ó la criatura naciere muerta, ó fuera de tiempo. Pienso, que no obstante esta omisión, el Ministerio Fiscal puede pedir todas las medidas necesarias y aun intervenir cuando el Fisco debiera heredar. Véase FREITAS, art. 57 y su nota. Comp. arts. 57, 65, 247 y 1844.

cho que les compete para pedir las medidas policiales que sean necesarias (art. 67, 1ª parte).

Como en la cuestión del embarazo se trata solamente de la representación del que se dice concebido, para no esperar su nacimiento, sin que esto influya sobre las cuestiones de filiación que pueden suscitarse en adelante, y que sería inútil tratar antes del nacimiento, pues quedarían sin valor si no naciera ó naciera muerto, resulta, que *tampoco podrán suscitar pleito alguno sobre la filiación del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para después del nacimiento (art 67 2ª parte).*

§ 30. — DE LA CESACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

Como la representación ha tenido por objeto no demorar un procedimiento que es necesario seguir inmediatamente, sin pro-

(Art. 67.) Se ha distinguido la representación del no nacido, de las cuestiones de filiación con las cuales se relaciona, cuando ocurre el nacimiento. Los motivos de la supresión del reconocimiento están fundados en nuestras costumbres, que responden á una avanzada civilización. No se debe permitir violentar el pudor de una mujer que se resiste al reconocimiento; sobre todo, el embarazo no establece derecho alguno ni la representación momentánea altera la verdad del hecho; por consiguiente, no debe hacerse cuestión sobre él. Haya ó no denuncia, la verdad no se perjudicará, y en cuanto á la presunción que puede establecerse en favor de la legitimidad del hijo, la ley nada ha previsto, ni el concebido podía ser privado de derechos por la omisión de formalidades que no le son imputables. Las medidas judiciales que los interesados pueden demandar, son con el objeto de impedir los delitos de aborto, infanticidio, sustitución del estado civil y otros semejantes, y el juez civil ante quien se haga la denuncia, puede dictar las medidas que el caso requiera para impedir un delito.

La denuncia del embarazo no deberá ser admitida después de los 300 días de la muerte del marido, cuando el testador, ignorando el fallecimiento, hubiere instituido heredero al hijo que debía nacer de ese matrimonio. Estas cuestiones se ligán íntimamente con las de filiación, que trataremos más adelante; pero aquí deben considerarse sólo bajo el punto de vista de la representación del embrión.—FREITAS, arts. 58 y 59 con sus notas. Comp. arts. 78, 247, 249, 257 y 258.





judicar derecho alguno, una vez que se tenga la certeza de que no hay embarazo ó de que éste termine, cesará la representación de las personas por nacer: (1°) el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores (**art 69, 1ª parte**), quedando sin efecto el nombramiento de curador, siendo representado por los que la ley ha determinado de antemano; (2°) antes del parto, cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones del Código (**art. 69, 2ª parte**) es decir, 300 días desde la disolución ó anulación del matrimonio, porque en ese caso el embarazo no ha existido; (3°) en el día del parto, si el niño naciere muerto.

(**Art. 69.**) Cuando naciere muerto, cesará la representación y no habrá derecho alguno, aunque la muerte hubiere sido el resultado de un delito.

Para que adquiera el derecho subordinado al nacimiento, debe nacer con vida, aunque sea por algunos instantes, y aunque tenga la imposibilidad de prolongarla.

Cuando el nacimiento ha sido con vida, falleciendo en seguida, la representación cesará también, porque ejercerán los derechos adquiridos, los herederos que lo reemplazan.

Si la vida se prolonga, comienza la existencia del menor y está sujeta la representación á lo dispuesto para los menores.

Cesará, también, la representación del no nacido, si el embarazo se prolonga más allá de los 300 días del maximum de su duración, porque entonces será cierto que el hijo que naciere no ha sido concebido en el momento de la donación, ó de la herencia deferida, y es inútil continuar la representación desde que no ha podido adquirir. Supóngase que A, al fallecer el 1° de Enero, dejó 10 mil pesos al hijo que naciera de la mujer tal; que ésta se siente embarazada y lo denuncia, haciendo representar al hijo que debe nacer; si el embarazo se prolonga hasta Diciembre, es claro que no estuvo concebido y no pudo recibir el legado.

La representación del no nacido tiene lugar, no sólo en los casos de matrimonio, como lo da á entender el art. 65, confundiendo la legitimidad ó la filiación del no nacido, con el tiempo en que debe nacer para ser considerado como capaz de heredar ó de recibir la donación, sino en cualquier caso que haya de recibir bienes.—FREITAS, art. 61 y su nota.

TÍTULO IV

DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS ANTES DEL NACIMIENTO

§ 31.—DEL NACIMIENTO CON VIDA

La existencia de la persona humana comienza desde la concepción, no sólo para la adquisición de algunos derechos, sino para la protección que la sociedad debe á todos sus miembros; por esa razón el código ha determinado, que *desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas: y que antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido* (art. 70, 1ª parte); derechos que quedan

(Art. 70.) En el derecho romano, unos textos consideraban que el no nacido no era criatura humana, y que, por consiguiente, no debía de gozar de derechos. Papiniano, en el lib. 19, *Cuestiones*, respondía: «no se puede considerar como hombre al niño que está aún en el seno de la madre», *quia partus non dum editus, homo non recte fuisse dicitur*; mientras que Juliano, en el lib. 19 del Dig., había dicho: «los que están en el seno materno, son reputados casi siempre como nacidos», *qui in utero sunt, in toto pene civile intelliguntur in rerum natura esse*.

La verdad en el orden de los hechos, es que el no nacido no es una persona, pero como debe serlo en el porvenir, la ley no puede desampararlo, así como lo protege para que no se atente á su existencia, debe hacerlo en los casos en que haya de recibir bienes.

Savigny entiende que la regla de Papiniano expresa la realidad de las cosas y que la segunda es una ficción, opinión que rechaza Freitas, diciendo: que no se concibe la posibilidad de adquirir derechos sin que haya personas, y que si se admite el representarlos, es forzoso concluir que hay una persona, porque la nada no se representa.

Nuestro Código se decide por la segunda regla y hace comenzar la existencia de la persona desde la concepción, permitiéndole adquirir algunos derechos como si hubiere nacido, aunque subordinados al hecho del nacimiento con vida: eso es lo que confundió el Código de Chile, art. 77, cuando los declara en suspenso, para hacerles comenzar con



subordinados á la condición de si naciese vivo, porque en caso contrario se reputa que no ha existido. Así es que debemos considerar, que *esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque*

efecto retroactivo al día en que se defirieron, porque lo considera como existente en ese tiempo.

El sistema de Freitas, explicado en las notas á los arts. 221 y 222, es más ajustado á los verdaderos principios; los derechos se han adquirido por el concebido en el momento en que se defirieron, pero sujetos á una condición resolutoria; quedan sin efecto si nace muerto; eso es lo que se expresa cuando se dice: los derechos quedan *irrevocablemente* adquiridos si los concebidos nacieron vivos.

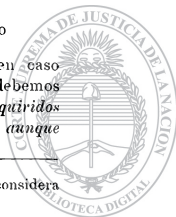
Por nuestro derecho, como en el romano, el curador del no nacido debe entrar en posesión de los bienes que se han dejado al concebido, hasta que cese su representación con el nacimiento, entregándolos al tutor que se le nombre, ó devolviéndolos á los que debieran tomarlos, cuando naciere muerto.

El pretor, dice, la l. 1, tit. 9, lib. 37. Dig. «tomando interés de los niños ya nacidos, no olvida á aquellos que aún están concebidos en el seno materno, á causa de la esperanza que se tiene de que nacerán y ha hecho con relación á ellos un artículo expreso para que se les ponga en posesión de los bienes».

Para que el nacimiento haga adquirir irrevocablemente los derechos, es necesario que el hijo esté separado de la madre, *perfecti natus* (decía la l. 3, ti. 29, lib. 6, Cód. Rom.), que viva aunque sea un instante después de estar separado: *si vivus perfecti natus est*, y que sea una criatura humana, *si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium*, ley cit.—FREITAS, arts. 221 y 222, y sus notas. SAVIGNY, § 61 y sig. CÓD. DE CHILE, arts. 75 y 77. Comp., art. 71 á 75, 3290, 3733.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 70—Savigny en el t. 2, desde la pág. 5, reúne toda la doctrina del Derecho Romano sobre la materia, en los términos siguientes:

«1º Es preciso que el hijo sea separado de la madre; 2º, separado completamente; 3º, que viva después de la separación; 4º, que sea una criatura humana. Respecto á lo primero, son indiferentes los medios que se emplean para obtener esta separación. Así, pues, en derecho, no se distingue el nacimiento natural del que se obtiene por una operación quirúrgica. Una antigua ley ordenaba expresamente que después de la muerte de una mujer embarazada, su cuerpo fuera



fuera por instantes después de estar separados de su madre (art. 70, 2ª parte).

Las leyes anteriores al código exigían que el nacido estuviera separado completamente de la madre; que viviera después de la separación y que fuera criatura humana, condiciones sintetizadas al presente por los signos característicos de humanidad y vida propia, aunque sea un instante después de estar separado, así es que *naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica* (art. 71).

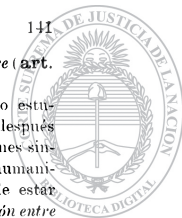
(Art. 71.) Ulpiano, dice: el niño se reputa nacido aunque haya sido sacado con violencia del seno materno por una operación de cirugía, l. 12, tit. 2, lib. 28, Dig.

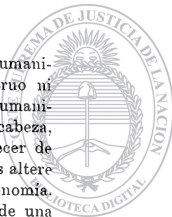
Pero qué sucedería al hijo sacado por una operación cesárea. Paulo respondía: es falso que una mujer á quien se ha hecho después de la muerte la operación cesárea para sacar el hijo que llevaba en su seno pueda ser considerada como que ha desembrazado: *falsum est eam peperisse, cui mortuæ filius exsectus est*. L. 132, § 1, tit. 16, lib. 50, Dig.

Por nuestro derecho han desaparecido todas esas dificultades y de cualquier manera que el niño nazca con vida, adquiere irrevocablemente los derechos para que se le representó.

Bastará cualquier signo de vida que se note en el recién nacido, como por ejemplo, la respiración, no siendo necesario, ni grito ni vagido, pues el Emperador Justiniano había confirmado la opinión de los

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





¿Qué se debe entender por signos característicos de humanidad? Las leyes romanas decían: que no fuera monstruo ni prodigio; y otras, que la cabeza presentara formas de humanidad. El signo más característico es indudablemente la cabeza, pues los demás miembros son secundarios y puede carecer de ellos ó tener uno más, sin que ninguno de estos defectos altere el signo de humanidad que presenta la cabeza y la fisonomía.

La capacidad inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, no debe depender de la duración de su vida: si el que vive un minuto después de la separación del seno materno, no debiera adquirir derechos, no habría razón para que los adquiriese porque hubiera vivido una hora ó un día. El tiempo no debe tener influencia sobre la capacidad que se concede á la existencia; por consiguiente, *tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, ó que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, ó por nacer antes de tiempo (art. 72)*, porque los dere-

Savinianos de que el testamento se rompía aunque el póstumo no hubiera lanzado *ningún grito*, si se probaba que *había nacido vivo*, porque pudo encontrarse que fuera mudo: *si vivus natus esset et si vocem non emisset... aparet que, quod et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat*. —L. 3, tit. 29; lib. 6, Cód. Rom.; FREITAS, art. 233, y su nota.

(**Art. 72.**) Nuestro Código, siguiendo á Freitas, art. 324, ha venido á decidir la cuestión que se suscitaba entre los juriscultos modernos sobre las condiciones esenciales del nacimiento. Se ha reconocido, que la capacidad de derecho debe ir unida al hecho de la existencia, sin consideración á su duración, y aunque se probara que era imposible prolongarla. Si un niño nace y vive algunos instantes, basta para la adquisición de los derechos y su transmisión; este sistema es más seguro y más en armonía con los principios de equidad.

La vida es un hecho cuya percepción cae bajo los sentidos, y por consiguiente, puede ser probado como cualquiera otro, por medio de testigos; no sucede lo mismo cuando se trata de probar la *viabilidad*, es decir, la posibilidad de prolongarla, cuya prueba solo puede darla la ciencia.

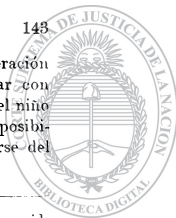
Si el recién nacido solo ha vivido algunos instantes, aunque muera en seguida por algún vicio orgánico interno, ha adquirido los dere-

chos se conceden á la criatura que vive, sin otra consideración que la vida. Por otra parte, nadie sería capaz de precisar con evidencia el momento de la concepción, para saber si el niño ha nacido antes de tiempo, y si tiene por esta razón imposibilidad de prolongar su existencia. Lo mismo puede decirse del vicio orgánico.

chos que se consideran unidos al hecho de la existencia. Si ha nacido con vida antes de tiempo sucederá lo mismo, porque nadie se atrevería á afirmar en ciertos casos, ni la ciencia puede determinar con certeza que una criatura ha estado en el vientre 180 ó 181 ó 179 días. En todos los casos basta la vida para adquirir el derecho.—Véase SAVIGNY Apéndice III, *Der. Rom.*, FREITAS, art. 224 y su importante nota. GONEXA art. 107, exige figura humana.—Véase art. 51 y su comentario.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 72—El Cód. Francés, art. 725. exige que el nacido sea viable, de vida, es decir, que no traiga algún vicio por el cual su muerte pueda asegurarse, ó que haya nacido antes de tiempo. Lo mismo dispone el de Nápoles, art. 146, el de Austria, cap. 3, parte 2, el de Baviera, cap. 3, lib. 1. Pero el Cód. Sardo, art. 705, dice que se presume viable el que ha nacido vivo. El de Luisiana: «Basta que el hijo haya nacido viable, aunque no haya vivido sino un instante» art. 948. y en el art. 917 añade: «La existencia del hijo, nacido vivo, se determina por su respiración ó sus vagidos, ó por otros signos.» El Código de Chile. art. 74, sólo exige que el hijo, después de separado de la madre, haya vivido siquiera un momento. La L. 2, Rec., tít. 5, lib. 10, para quitar dudas en la materia, exigió que el hijo habla de nacer en el tiempo regular, vivir veinticuatro horas y ser bautizado. La cuestión quedaba siempre como cuestión de hecho, sobre un solo momento de vida, pues si el nacido vivía sólo veintitres horas ó veintitres horas y cincuenta minutos, se teudría como abortivo, ó nacido sin vida. Nuestro artículo no exige la viabilidad del nacido como condición de su capacidad de derecho. El fundamento del Cód. Francés y de los Códigos que lo siguen, es el siguiente: El hijo que nace antes de los seis meses de la concepción, aunque nazca vivo, es incapaz de prolongar su existencia. Lo mismo se dice del que nace con un vicio orgánico, tan demostrado, que pueda asegurarse su pronta muerte; desde entonces á este ser no se le puede atribuir derecho alguno, porque la capacidad de derecho depende, no solamente del nacimiento, sino de la capacidad de la vida, de la viabilidad.

Esta doctrina no tiene ningún fundamento, pues es contraria á los principios generales sobre la capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, sin consideración alguna á la mayor ó menor duración que pueda tener esa existencia. Este es el derecho general, y no se comprende qué motivo haya para introducir una restricción respecto al recién nacido. La muerte que sobrevenga puede provenir de circunstancias exteriores y no de la no viabilidad. Por otra parte, ¿cómo conocer el día de la concepción? ¿qué médico puede decir que el nacido no ha estado sino 178 días en el vientre de la madre,





Para hacer desaparecer estas dificultades, que daban ocasión á pleitos de solución siempre dudosa, nuestro código ha acordado derechos al nacimiento con vida, sin hacer distinción alguna.

Pero, ¿cuáles son los signos del nacimiento con vida? La ley no los ha determinado, porque hay interés en que se demuestre que el nacido ha vivido aunque sea un instante, y ha procedido por vía de ejemplos, al decir: *reputase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto hubiesen oído la respiración ó la voz de los nacidos, ó hubiesen observado otro signo de vida (art. 73)*, dejando así al criterio del Juez el re-

(**Art. 73.**) El hecho de la vida que cae bajo la percepción de los sentidos y se manifiesta por la respiración, por la voz, por el movimiento de los ojos, ó miembros del cuerpo, de manera que cualquier signo de vida que hubiere dado el recién nacido, se tendrá como cierto el nacimiento con vida.

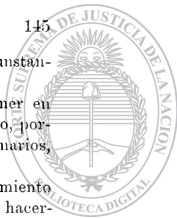
La ciencia puede ayudar poderosamente en esta investigación, por el exámen anatómico de los órganos respiratorios.

La ley exige que *las personas* que asistieron al parto hubieran observado algún signo de vida: lo que quiere decir, que debe ser más de una para probar la existencia. Si la partera, ó el médico, ó solo uno de ellos hubiera asistido al parto, y afirmaran que nació vivo, debe aceptarse su declaración, porque los que tenían interés en probar lo contrario, han podido obtener del juez la autorización para que concurriesen otras parteras ó médicos, á fin de hacer la prueba completa; si no han tomado esas precauciones, quiere decir que han aceptado el testimonio de la única persona que ha concurrido al acto. Los jueces, en estos casos, que serán muy raros, deberán ocurrir al exámen médico legal del recién nacido para declarar si nació vivo.—FREITAS, art. 225. CÓD. PRUSIANO, part. I, tit. 1, art. 13.

y no los 180, los seis meses fijados por las leyes? Se abriría así, una puerta á la incertidumbre de los juicios individuales, y á las opiniones siempre dudosas de los facultativos, sobre el tiempo que el hijo hubiese estado en el vientre materno, por la imperfección de su constitución material, que vendría á decidir de los derechos más importantes.

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

Savigny ha tratado esta materia extensamente en el Apéndice I del t. II.



solver una cuestión de hecho, que variará según las circunstancias.

Para probar el nacimiento con vida no se debe tener en cuenta el parentesco de las personas que asistan al parto, porque según la naturaleza del hecho y en los casos ordinarios, sólo concurrirán los parientes más cercanos.

Cuando haya algún interés para comprobar el nacimiento con vida ó vice-versa, tendrán derecho los interesados, en hacerlo presenciar por parteras ó médicos de su confianza. Los que asistan al parto, son, pues, testigos necesarios que no se pueden rechazar en caso alguno.

§ 32.—ÉPOCA DE LA CONCEPCIÓN DE LOS NACIDOS VIVOS

La ciencia no puede determinar con exactitud matemática el momento en que la concepción ha tenido lugar; porque es un secreto que hasta ahora guarda la naturaleza, y de esta incertidumbre nace la necesidad que han reconocido todas las legislaciones de tomar el hecho del nacimiento como punto de partida, para establecer una presunción que se funda en las observaciones fisiológicas. Por eso dice la ley, que *la época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el maximum y minimum de la duración del embarazo (art. 76)*, sin que esta época influya directa-

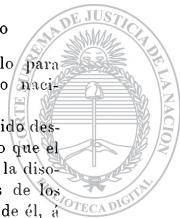
(**Art. 76.**) Se cuenta, pues, desde el nacimiento para atrás, 300 días, después 180 desde ese mismo nacimiento y se supone sin admitir prueba en contra, que la concepción ha tenido lugar en todo el espacio de los 120 días intermedios. «Tomando como punto de partida el tiempo que debe durar para que un niño nazca vivo, vemos que la experiencia nos enseña que el nacimiento puede verificarse 182 días después de la concepción (180 entre nosotros), y también más tarde hasta el décimo mes. Según esta ley fisiológica, se cuenta desde el día del nacimiento, que es cierto, 182 días, y luego hasta diez meses, lo que da una diferencia de cuatro. Si durante estos tres ó cuatro meses, ó en una época comprendida en este intervalo, la madre ha sido casada, el hijo tendrá como padre presunto al marido, si no, jurídicamente hablando, no tiene padre.»—SAVIGNY, Apéndice III, t. II y I. I. 2, 10, 11, tit. 27, lib. 5, Cód. ROM.

mente en el hecho mismo del nacimiento, sirviendo sólo para determinar los derechos hereditarios anexos á dicho nacimiento.

Así, para que se considere como legítimo un hijo nacido después de disuelto ó anulado el matrimonio, es necesario que el nacimiento haya tenido lugar dentro de los 300 días de la disolución ó anulación; del mismo modo que si nace antes de los 180 días del matrimonio, se considerará nacido fuera de él, á menos que el padre conociera el embarazo de la mujer, ó consintiera en que se diera al hijo, su nombre. Esta acción es personalísima del marido, de modo que si ha fallecido antes del nacimiento, nadie puede deducirla.

Para determinar la concepción, se toma como punto de partida el día del nacimiento, contándose el tiempo que hubiere corrido antes, de modo que el niño no elija el momento que le sea más favorable á sus intereses, pues no hay elección posible; porque como dice Freitas, habiendo entre los dos límites del tiempo legal de la preñez, una latitud de cuatro meses, se raciona de este modo: si durante estos cuatro meses la madre ha sido casada, el hijo tiene por padre presuntivo al marido: en caso contrario, el hijo no tiene padre. En los nacimientos prematuros, cuando el hombre se casa conociendo el embarazo, el matrimonio tiene por objeto, tal vez, cubrir la falta cometida.

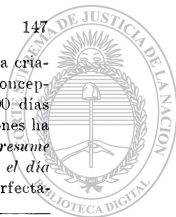
La diferencia entre los códigos que siguieron la legislación romana y la adoptada por el nuestro, es que aquellos limitaban la presunción al caso de la paternidad y á la filiación legítima, mientras que adoptando el sistema de Freitas, la presunción de la concepción la aplicamos á la celebración del matrimonio, á la imposibilidad durante ese tiempo del acceso carnal con la mujer, á la disolución del matrimonio por muerte ó nulidad, al de las donaciones, al del fallecimiento abintestato de aquel á quien el concebido debía heredar ó al fallecimiento del testador: en todos estos casos se debe juzgar que el hijo ha sido concebido entre los 120 días intermedios para estimar la capacidad legal de heredar ó de recibir por donación.—Véase FREITAS, art. 229 y su nota. Comp. arts. 1806, 3290 y 3733. Véase INSTITUTA, nota 14.



La ciencia ha demostrado la imposibilidad de que una criatura puede nacer con vida antes de los 180 días de su concepción, ni que pueda permanecer en el vientre más de 300 días desde ese tiempo, y la ley fundándose en estas observaciones ha dispuesto, que *el máximum de tiempo del embarazo se presume que es de 300 días, y el minimum de 180 días, excluyendo el día del nacimiento* (art. 77 1ª parte), y como son hechos perfectos-

(Art. 77.) Hemos dicho que la concepción no solo se refiere á la legitimidad del hijo, sino á otros casos que pueden tener lugar, y que la computación debe hacerse sin tomar en cuenta el día del nacimiento; ahora se pregunta en los casos de legitimidad: ¿Se debe computar el día del matrimonio? La máxima de derecho, *dies a quo non computatur in termino* sufre aquí una excepción, según la común opinión de los autores, tratándose de los nacimientos prematuros, porque existe la posibilidad de la concepción en el mismo día del matrimonio: es decir, en las pocas horas que hayan precedido á las doce de la noche del mismo día en que debía comenzarse recién á contar. Duranton, t. III, n° 44 y Marcadé al art. 312, n° 2, son de esta opinión: pero creen que no debe contarse el día de la disolución del matrimonio en los nacimientos tardíos. Toullier, t. II, núms. 791 y 792 no acepta este modo de computación y establece como regla uniforme, que se debe comprender el día del matrimonio en los nacimientos prematuros, así como el día de la disolución en los nacimientos tardíos de 300 días: Aubry y Rau, § 545, nota 6, rechazan ambos sistemas y creen que no se debe contar el día del matrimonio ni el de la anulación, porque los términos no se cuentan de momento á momento *sed de die ad diem* y que se debe hacer abstracción de las horas que han corrido desde el momento de la celebración hasta el de la expiración del día en que ha tenido lugar, así como excluirse el día de la disolución del matrimonio en los nacimientos tardíos; Demolombe, t. V, n° 19, apoya esta opinión después de discutirla extensamente, y creo que es la más conforme á los principios enseñados en el Código.

Se dijo que los plazos de días no se contaban de *momento á momento, ni por horas*, sin que en ninguna parte del Código se haga excepción á este principio, y por consiguiente, los 180 días de la duración del embarazo deben contarse desde la media noche en que se celebró el matrimonio, sin contar el día del nacimiento: de manera que el nacimiento prematuro venga á tener 182 días, contando los días del matrimonio y del nacimiento; esta misma regla se debe aplicar á los





mente averiguados, no habiendo posibilidad de que suceda de otro modo, ha establecido, que *esta presunción no admita prueba en contrario* (art. 77 2ª parte), dejando así de ser presunción, para convertirse en evidencia.

No se debe confundir la presunción de la concepción con la de la paternidad legítima, que admite prueba; porque reconocer como un hecho evidente que una mujer casada concibió durante el tiempo intermedio entre los 180 días y los 300 de su matrimonio, el hijo que ha dado á luz, no es admitir que concibió por obra del marido. La presunción de la concepción es una evidencia que ha sido necesario establecer partiendo de la observación científica, mientras que la de paternidad puede ser destruída por la prueba de la imposibilidad de la cópula.

Se ha hablado únicamente de la concepción en caso de matrimonio, porque son las hipótesis más generales, pero se aplica

nacimientos tardíos, sin computar el día de la disolución del matrimonio, contando los 300 días desde las 12 de la noche del día en que se disolvió, hasta las 12 de la noche del día que precedió al nacimiento, de manera que este no se cuente. El argumento hecho por el Dr. Llerena para decidirse por la opinión que cuenta el día del matrimonio, de que el Código solo «excluye el día del nacimiento, lo que indica que no debe excluirse el del matrimonio,» no lo creo aceptable, porque la exclusión del día del nacimiento tiene por objeto, que el embarazo no sea de menos de 180 días ni de más de 300; mientras que la inclusión del día del matrimonio haría que fuera de menos. Los 180 días del nacimiento prematuro, como los 300 del tardío, deben ser completos, no contándose las horas que han precedido á la media noche del día en que se contrajo el matrimonio, ni las que han seguido á la disolución.—Comp. ZACARIE, § 546, nota 2. DEMANTE, I, 296. Comp. arts. 240 á 246.

La presunción del tiempo de la concepción es de *juris et de jure*, y no admite prueba en contra, se tiene por cierto que ha tenido lugar en el espacio de 120 días que median entre los 300 de la duración del embarazo, mientras que la presunción de la paternidad es diferente. Así, dice Freitas «probar que una mujer casada concibió en cierto tiempo el hijo vivo que dió á luz, no es probar que concibió por obra del marido».—Véase FREITAS, arts. 230 y 231. Dr. LLERENA *Concordancias* al art. 77. Véase arts. 23, 24, 69, 240 á 246.

á todos los casos, cuando los concebidos hubiesen de recibir bienes, en que se necesitaría averiguar su existencia.

§ 33.—DE LOS NACIDOS MUERTOS

La concepción del ser humano le hace adquirir derechos resolubles cuando hubiere de recibir bienes dejados por donación ó herencia. Este sistema es más conforme que el que concede derechos en suspenso, para adquirirlos con el nacimiento con vida. Así, los concebidos han adquirido los bienes dejados, y los hacen suyos irrevocablemente, si nacen con vida, y *si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido (art. 74)*. Habiéndose cumplido la condición resolutoria á que estaba sometida la adquisición, ésta quedará sin efecto.

Siendo el nacimiento con vida el hecho regular y ordinario, la ley ha debido tomarlo como regla general, y el caso contrario como excepción, y por eso ha dispuesto, que *en caso de duda de si hubieran nacido ó no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo con-*

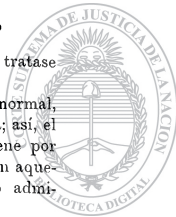
(Art. 74.) Estar completamente separado del seno materno, debe entenderse por haber salido del vientre, aunque estuviera unido por el cordón umbilical. La muerte del niño puede ocurrir en el vientre de la madre ó al tiempo de nacer; en ambos casos se reputa como si jamás hubiera existido, y los derechos adquiridos bajo condición resolutoria, impuesta por la ley, *condito juris*, de que quedaría sin efecto si naciere muerto, tiene lugar *ipso jure*, y pasan á los que debían tomarlos.

Nuestro Código siguiendo á Freitas, se ha separado del Código de Chile que hace permanecer en suspenso esos derechos, para darles efecto retroactivo una vez que la criatura ha nacido viva.

Si se hubiere hecho una donación, es el caso de una reversión legal y los bienes volverán al donante.

Si fuere una herencia, los derechos pasarán á aquéllos á quienes hubieren correspondido en caso de no haber existido.—FREITAS, arts. 226 y 227 y Cód. DE CHILE, arts. 74 y 77. Véase arts. 70, 3290 y 3733.





trario (art. 75). Con mayor razón sucedería, cuando se tratase de la substitución de la criatura.

En derecho, las presunciones parten de un hecho normal, dejando á cargo del que lo impugna, la prueba en contra; así, el hijo nacido dentro del matrimonio se presume que tiene por padre al marido, salvo la prueba contraria. Se exceptúan aquellas presunciones que se llaman *juris et de jure*, que no admiten prueba, porque no hay medios de darla.

Cuando ocurriese la duda de si nació ó no con vida, porque las personas que asistieron al parto, se dividieran, afirmando unas que nació vivo y las otras que nació muerto, el juez debe pesar la prueba, atendiendo á la calidad de los testigos, y á los intereses que representan, y cuando éstos se encontrasen iguales, se decidirá por la presunción de vida.

En general, la presunción se aplicará á los nacimientos que no han tenido control, en que bastará la declaración de la ma-

(Art. 75.) La presunción de derecho, dice el Dr. Velez Sarsfield en la nota al art. 3290 «es que todo hijo nace vivo, y por consiguiente, al que alega que ha nacido muerto, le corresponde la prueba».

La presunción tiene lugar en caso de duda, resolviéndose entonces por el hecho ordinario, que es el nacimiento con vida. No hay presunción de muerte, como algunos creen; porque cuando no se han observado signos de vida en el recién nacido, es porque ha nacido muerto.

En el lenguaje ordinario, nos valemos de la palabra *presunción*, para indicar la creencia general que solo la prueba contraria puede destruir; así decimos, que todo hombre se *presume* inocente mientras no se pruebe lo contrario; que se *presume* que todo hombre está en el pleno goce de sus facultades mentales, mientras no se demuestre lo contrario. La presunción viene á constituir así, un hecho ordinario de la vida, como la muerte natural, que deja de serlo, cuando se demuestra que ha existido violencia.

El que alega un hecho contra lo que sucede generalmente, debe probarlo, porque de otra manera se reputa que tuvo lugar el hecho ordinario.

«Se presume lo que de ordinario acontece (dice Freitas), y se realiza la hipótesis del artículo, cuando se alega substitución de una criatura nacida muerta, por una viva, en que el *onus* de la prueba incumbe al actor.»—FREITAS, nota al art. 228.

dre ó de la partera de que nació vivo, ó aun sin esta declaración, se decidirá en favor del nacimiento con vida.

§ 34. — DEL EMBARAZO

Se dijo que el embarazo se tenía por reconocido por la sola declaración de la mujer, del marido ó de las partes interesadas, para hacer representar al embrión, en los casos en que haya de adquirir bienes, pero aquí se trata de la duración del embarazo mismo.

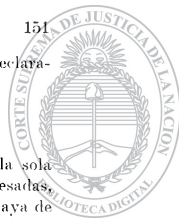
El máximun de la duración del embarazo es de 300 días y el mínimun de 180. Para comenzar á contar ese término, en los casos de matrimonio, no se computará el día en que éste tuvo lugar, sino desde las doce de la noche, lo mismo que en caso de muerte repentina, ausencia ó separación, no se contará el término para los 300 días, sino desde las doce de la noche del día de la muerte, separación, etc.

Los términos sobre la duración del embarazo, se han establecido como regla general y absoluta, que no admite excepción.

En la legislación anterior al Código, cuando había dudas sobre el embarazo denunciado, los que tenían interés en negarlo, podían pedir el depósito de la mujer ó su reconocimiento por médicos ó parteras, con otras medidas vejatorias para el pudor y dignidad de la persona; influenciado por estas ideas, y sin recordar el art. 22 donde se establece, que lo que no estuviere dicho en el Código no tiene fuerza en derecho civil, ha consignado una disposición negativa, que no se explica sino en parte.

Así, en los casos de duda dice, *no tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto ó después de tener lugar* (art. 78, 1ª parte). Esta pro-

(Art. 78.) El derecho romano contenía sobre esta materia, disposiciones de un rigor excesivo, que si bien podían ser justificadas por aquella civilización en que todavía la mujer no había sido elevada á la categoría de compañera del hombre, no se explicarían entre nosotros; pero en cambio, como una garantía para impedir los fraudes,



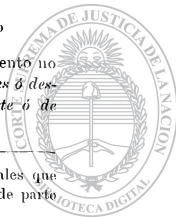
hibición abarca todos los casos, así es que el reconocimiento no tendrá lugar, *ni á requerimiento de la propia mujer antes ó después de la muerte del marido, ni á requerimiento de éste ó de partes interesadas* (art. 78, 2ª parte).

los interesados pueden exigir todas aquellas medidas judiciales que aseguren de una manera completa, que no habrá suposición de parto ni sustitución del nacido, en caso naciere muerto.

¿Hasta qué límites pueden llevarse estas precauciones? Los jueces deben determinarlas en la medida que juzguen necesarias, como lo establece el art. 247, á diferencia de Freitas (art. 58), que atribuye esas facultades á la Policía. Si la policía tiene el deber de impedir se cometan delitos, sería muy delicado facultarla para tomar por sí medidas que se refieren al hogar, que sólo puede allanar el juez competente en cada caso especial.

La mujer no será sometida á ninguna medida vejatoria que atente á su pudor, y el embarazo se tendrá por reconocido por su sola declaración, ni se admitirá el depósito y guarda de la mujer embarazada. Las medidas que el juez dictare, á solicitud de los interesados, deben respetar estos límites trazados expresamente por la ley.

¿A qué juez correspondería dictarlas? ¿Al del crimen ó al civil? Eso se determinará en las leyes de procedimientos: pero siendo el juez del crimen el que dicta generalmente los autos de allanamiento de domicilio, y tratándose de suposición de parto ó de sustitución de hijo, delitos previstos y castigados por el Código penal, creemos que él debe dictar las medidas para prevenirlos.—Véase FREITAS, art. 58 y su nota. Comp. arts. 247 y 249.



TÍTULO V

DE LAS PRUEBAS DEL NACIMIENTO DE LAS PERSONAS (1)

§ 35.—DE LOS DOCUMENTOS AUTÉNTICOS

El día del nacimiento, con las circunstancias del lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad, se probará en la forma siguiente (art. 79): 1° De los nacidos en la República, por certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros

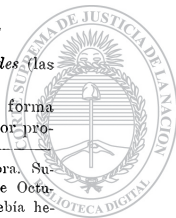
(Art. 73.) En 1884 se creó la ley estableciendo el registro civil en la Capital Federal y territorios nacionales, que han seguido la mayor parte de las Provincias. La Constitución ha reservado á cada Estado la facultad de dictar la ley de procedimientos, y por esa razón la prueba del nacimiento en la República se hará según las leyes de cada Provincia: volviendo á hacer notar en esta parte la conveniencia que habría existido de un Código único de Procedimientos, que sin alterar las jurisdicciones locales hubiera dado unidad á la legislación de forma. Así en la Capital Federal y territorios nacionales, se debe hacer la inscripción del nacimiento extendiendo una partida que contenga el lugar, día y hora en que se haya verificado, el sexo y nombre del nacido, nombre y apellido y domicilio del padre, de la madre, de los testigos: nombre y apellido de los abuelos paternos y maternos: nombre y apellido de la persona que solicita la inscripción.—Art. 42, ley del Registro Civil.

Lo que el Código Civil prescribe sobre la prueba del nacimiento, como sobre los demás actos, se entiende que sólo regirá en la Capital Federal y demás territorios nacionales, aunque esto no importe un procedimiento, y en mi opinión ha podido incorporarse al Código Civil.

En lo relativo á la prueba de la hora, que á semejanza del Código Francés, exige la ley del Registro Civil, no tiene grande importancia, porque el tiempo se cuenta por días y no de momento á momento. Sólo en caso de muerte inmediata del recién nacido, así como de aquel

(1) El presente título ha sido alterado por la ley del Registro Civil que estudio ligeramente en un apéndice; pero sólo con relación á la Capital y Territorios Federales. Queda tal como lo trae el Código, para las demás Provincias.





públicos, que para tal fin deben crear las municipalidades (las legislaturas respectivas ahora) (**art. 80**, 1ª parte).

En la Provincia donde no se hubiera determinado la forma en que deba hacerse constar el nacimiento, se tendrá por pro-

á quien debía heredar, puede haber interés en fijar la hora. Supongamos que el hijo póstumo nace á las 4 p. m. del día 27 de Octubre de 1893 y muere una hora después; si el abuelo á quien debía heredar falleciese á las 4 y $\frac{1}{2}$ p. m. del mismo día, el niño habría heredado y transmitido sus derechos á la madre, que de otra manera hubiera sido excluida como nuera. Son casos raros, pero que pueden ocurrir, y algunas veces tendrán grande importancia.—Comp. FREITAS, 234.

(**Art. 80.**) Los certificados auténticos se tendrán como tales, según lo determinen las leyes de cada Provincia, pero cuando hubieran de presentarse fuera de ellas, se sujetarán á las leyes nacionales que determinan la forma de autenticación. Si en la Provincia no hubiere registro civil, se probará el nacimiento por lo que conste en los registros parroquiales, atendiendo á que ese era el medio como se demostraban antes de crearse el registro civil.

El título que gobierna todos estos artículos se refiere á la prueba de los nacimientos, y por consiguiente no debe extenderse á la que corresponde respecto á la paternidad ó maternidad, que son hechos completamente diferentes.

El hecho material del nacimiento se prueba por el registro, y sobre la manera de demostrarlo es que las Provincias tienen poder para determinar su forma, aunque por mi parte rechazo esa opinión, pues la facultad concedida solo se refiere al procedimiento. Las pruebas que se refieren á la paternidad, maternidad, legitimidad de los hijos, manera de demostrar que son naturales, etc., corresponden á la ley substantiva y debe ser regida por el Código Civil y las leyes que dicte el Congreso.

En la Capital Federal y territorios nacionales el Congreso obra como Legislatura, y en ese carácter dicta leyes de forma.

El artículo que examinamos se encuentra reformado por la ley de matrimonio civil art. 113 que atribuye á las Legislaturas de Provincia la facultad que se concedía á las Municipalidades para organizar el registro civil.—Comp. art. 261 y el 263 reformado así como los arts. 325 y 979, n° 10, que también se encuentran reformados. Comp. FREITAS, art. 234.—Véase arts. 85, 87, 261, 263, 325 y 979 n° 10.

bado por lo que conste de los libros de las parroquias (art. 80, 2ª parte) pues era la antigua forma de probarlos, y sus registros se tienen por auténticos; ó por el modo que el Gobierno Nacional en la Capital (art. 80, 3ª parte) haya determinado, haciéndolo extensivo á los territorios nacionales ó de la manera que los Gobiernos de Provincia determinen en sus respectivos reglamentos (art. 80, 4ª parte).

Cuando el nacimiento hubiera ocurrido en alta mar, hay que distinguir, si ha tenido lugar en buques de guerra de la nación, ó en buques mercantes que navegan bajo su bandera ó la de una nación extranjera. En el primer caso, debe constar, *de los nacidos en alta mar, por copias auténticas de los actos que por ocasión de tales accidentes, deben hacer los escribanos de los buques de guerra* (art. 81, 1ª parte), ó por las formas designadas en las ordenanzas dictadas para la marina de guerra. Son leyes especiales, á las que deben conformarse las actas de nacimiento.

Cuando los buques navegasen bajo bandera argentina, se

(Art. 81.) Como se trata de demostrar el hecho del nacimiento al que van unidos ciertos derechos, sin que nada tenga que ver la nacionalidad, el artículo dispone que se pruebe por las copias auténticas que expidan los escribanos de los buques de guerra, en que el nacimiento tuviere lugar, cuando ocurriese en alta mar. Esto indica que tales buques deben tener escribano, que á su vez llevaría un registro civil con las formalidades que establecen las leyes nacionales. Si no hubiere escribano, deberá extender el acta del nacimiento el jefe que mande el buque de guerra, cualquiera que sea su grado; pero si se encontrasen cerca de un puerto argentino, pudiendo arribar en los tres días siguientes en que pueda prestarse la declaración de que habla el art. 31 del registro civil, podrá suprimirse el asiento, á menos que el recién nacido se encontrare en peligro de muerte, en cuyo caso debe hacerse, determinando la hora en que tuvo lugar.

En los buques mercantes se hará el asiento en el libro de navegación, ó según lo determinen las leyes respectivas, por el capitán ó por el *maestre*, que es la segunda persona que lo reemplaza.

No creo dudoso que la segunda persona que reemplace al capitán, pueda hacer *constar* el nacimiento, levantando el acta respectiva.— Véase FREITAS, art. 234, n° 2. Comp. art. 85 y 979, n° 10.



probará el nacimiento, por las copias auténticas que hicieran *el capitán ó maestre, de los mercantes, en las formas que prescribe la respectiva legislación (art. 81, 2ª parte).*

Si el buque navegase bajo bandera extranjera, se probará el nacimiento ocurrido en alta mar, en la forma que determine la nación bajo cuya bandera navega.

Cuando los nacidos en el extranjero, fueran hijos de argentinos residentes en el exterior, pueden probar el nacimiento sea sujetándose á las leyes del país que habitan, sea por los asientos de los cónsules, teniéndose presente, que si la nación extranjera donde nacieren, reputase como nacionales á los nacidos en su territorio, como hace nuestro país, no podemos imponerles una ciudadanía que en el mismo caso nosotros desconocemos.

Así es que la disposición que llama *nacionales* á los nacidos en el extranjero, de hijos de argentinos, se debe tomar con esa limitación, entendiéndose que lo serán, si la nación donde nacen les concediera la opción, como sucede en Francia, y en ese caso, serán ciudadanos de esa nación, si optaren por la nacionalidad del país donde nacieron. Pero aquí no se trata de esta cuestión, sino de saber cómo deben probar su nacimiento. Deberán, pues, probarlo, *de los nacionales nacidos en país extranjero, por certificados de los registros consulares, ó por los instrumentos hechos en el lugar, según las respectivas leyes, legalizados por los agentes consulares ó diplomáticos de la República (art. 82).*

(**Art. 82.**) Los cónsules de la República deben llevar registros de los nacimientos, defunciones y matrimonios para hacer constar el de los nacionales nacidos en país extranjero, pero debe tenerse presente que si la nación donde estuvieren acreditados tuvieran leyes análogas á las que rigen en la República, esta función sería inútil.

Entre nosotros, como en casi todos los pueblos civilizados, la declaración del nacimiento debe hacerse ante las autoridades del país, sin perjuicio de que puedan hacerla ante los cónsules ó ministros extranjeros. En Francia, por ejemplo, en que los hijos de extranjeros nacidos en territorio francés pueden optar por la ciudadanía extranjera, el asiento puede ser doble: no así entre nosotros, en que la opción no es permitida.





Respecto de los hijos de los militares, se debe hacer la distinción: si el nacimiento ha tenido lugar en campaña fuera de la República, ó si ha ocurrido en fortalezas aisladas de todo contacto con las poblaciones, ó estando en campaña pero en territorio de la República.

Quando el ejército argentino operase en territorio extranjero, se probará el nacimiento *de los hijos de los militares en campaña fuera de la República, ó empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros, como fuesen determinados en los reglamentos militares (art. 84)*; cuando

Quando se tratare de un hijo de argentinos nacido en el extranjero, el nacimiento se puede probar, sea por los asientos de los registros consulares, sea por los que se hicieren ante los jefes del registro de la Nación en que el nacimiento tuvo lugar, y valdrán en la República si fueron hechos con arreglo á sus leyes, y vinieran legalizados en la forma que exigen las leyes nacionales.—FREITAS, art. 234, n° 3. Cód. FRANCÉS, 47 y 48. Véase arts. 12 y 950.

(Art. 84.) Por la manera como está redactado el artículo, que es una traducción de Freitas, podría colegirse que basta que un militar esté en campaña, fuera de la República, para que tenga derecho á hacer constar el nacimiento de sus hijos de una manera especial: pero se comprende que supone el caso en que la mujer acompañe á su marido en el ejército y allí tuviera lugar el nacimiento. La razón es sencilla y comprensible; estando el ejército fuera de la república se supone que sólo es dueño del terreno que ocupa y que no hay más autoridad que la suya, aunque se le hubiera concedido el paso por el territorio de una nación amiga. Esta disposición se debiera haber extendido á los casos en que las mujeres de los militares se encontraran en campaña en el territorio nacional y no tuvieran como hacer constar el nacimiento, por encontrarse en el desierto. De este privilegio pueden usar todos los hijos de los empleados en el servicio del ejército que nacieran en él estando en campaña.

En el caso en que los militares desempeñasen comisiones, no tendrán este derecho; porque *militar en campaña* debe tomarse en el sentido limitado, de que forma parte de un ejército fuera de la república, pues la expresión que le sigue: en *servicio del ejército* da el verdadero significado de cómo debe entenderse.—FREITAS, 324 n° 5, GOVENA, 355.



operase en territorio nacional, deberá probarse en la forma determinada por las leyes de la Provincia en que operase. Si ocurriese en fortalezas, se probará con arreglo á lo que determina la ley de Registro Civil, si la fortaleza estuviere en territorio sujeto á la exclusiva jurisdicción federal; si estuviere en territorio provincial, en la forma que determinen las leyes de la Provincia.

El nacimiento de los *extranjeros en el país de su nacionalidad ó en otro país extranjero*, se probará por el modo determinado en el art. 82 (**art. 83**), es decir, según las leyes del lugar del nacimiento, pero si los padres fueran extranjeros en el lugar donde nace la criatura, y las leyes de su propio país los autorizaren á hacer constar el nacimiento ante sus cónsules ó ministros, serán considerados como auténticos los documentos que expidieran; pero no en caso contrario.

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

(**Art. 83.**) Los extranjeros en el país de su nacionalidad, deben probar el nacimiento con arreglo á las leyes de su país, y no se debería admitir entre nosotros un asiento en que se hayan violado las leyes de su nación, aunque se hubiera hecho ante uno de nuestros agentes; sería, en cierto modo, incitarlos á violar las leyes de su país. Por otra parte, se contrariarían las disposiciones terminantes de nuestro Código, que establece expresamente, que respecto de las formas y solemnidades de los actos practicados en el extranjero se regirá por las leyes del lugar en que se celebraron. «Los cónsules y agentes diplomáticos franceses (dice Demolombe, t. I, n° 312) no son, pues, competentes, sino respecto de franceses. La proposición es incontestable relativamente á un acto que no interesa sino á un extranjero.» Como sólo tratamos de la prueba del nacimiento de extranjeros fuera de nuestro país, creo que para nosotros no valdría el acta de nacimiento de los extranjeros hecha ante un cónsul ó agente de nuestra nación, contrariando las leyes del país en que tuvo lugar el nacimiento.—FREITAS, art. 234, n° 4. Comp. arts. 12, 950, 1211, 3625 y 3628.

(**Art. 86.**) Téngase presente, que las disposiciones de este título se refieren á la prueba del hecho material del nacimiento, sin atin-

§ 36.—DE LA FALTA DE DOCUMENTOS AUTÉNTICOS

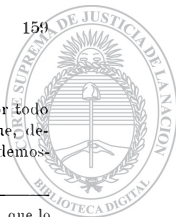
El nacimiento es un hecho que puede demostrarse por todo género de prueba, á diferencia de los actos jurídicos que, debiendo constar en una forma determinada, no se pueden demostrar si no estuvieran en la forma prescripta.

gencia con las demás cláusulas que pueda contener la partida que lo establece, y por esa razón se admite toda clase de pruebas para rehalcerla ó completarla, á diferencia de los demás instrumentos públicos que son nulos, si falta alguna de las condiciones esenciales.

A mi juicio se deben separar en toda acta de nacimiento dos hechos completamente diferentes: 1º, el del nacimiento mismo, que prueba el asiento; 2º, las demás declaraciones de paternidad, maternidad ó filiación del nacido, que son simples enunciaciones que los interesados hacen en el acto. En el primer caso, creo que el asiento no puede ser impugnado porque haya sido extendido por el encargado del registro contra la prohibición del art. 34 de la ley del registro civil. porque admitiendo la prueba del nacimiento por medio de los papeles de los mismos padres ó parientes, no vemos por qué se rechazaría cuando se encontrara consignada en un registro público, y llegaríamos á este resultado absurdo, que se admitiría una carta privada del padre y se rechazaría la que hubiera consignado él mismo en el registro ante dos testigos. Esto no impedirá, sin embargo, que el nacimiento pueda ser impugnado, sea porque no hubiere tenido lugar: ó porque habiendo tenido efecto, el niño hubiera nacido muerto; sea porque hubiera sido sustituido por otro en estos casos debe darse la prueba por el que ataca la partida, pues la presunción está en favor del asiento.

Cuando se tratare de las demás enunciaciones que contuviere la partida, no existirá la presunción, si la partida fuere nula por vicio de forma ó por ser hecha contra la prohibición de la ley: sin que esta opinión se contradiga con la expresada en el párrafo anterior, en que consideramos válido el acto para probar el nacimiento y nulo ese mismo acto para las demás enunciaciones; porque la nulidad de la partida, por vicio de forma, demuestra precisamente la realización del acto y prueba que tuvo lugar.

Las enunciaciones extrañas al nacimiento, para que tengan valor, es necesario que se encuentren hechas en un acto válido. Nos separamos en esta parte de la opinión de Merlin y Bonnier que se deciden por la validez del acto ejecutado por el oficial público respecto de sus





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

parientes, admitiéndolo nosotros solo en lo referente al hecho del nacimiento.

El Dr. Llerena, siguiendo una decisión del Superior Tribunal de Mendoza, sostiene la nulidad, sin distinguir el acto del nacimiento, de la paternidad ó filiación del nacido. No debe perderse de vista que la ley autoriza todo género de prueba para demostrar el *nacimiento*, admitiendo el registro que no tuviere las formalidades legales, rehaciéndolo cuando fuere incompleto, cosa que no autoriza para ningún instrumento público, porque solo se trata de la *demonstración* del hecho material. Cuando el instrumento fuere válido, las enunciaciones contenidas en él merecen fe, salvo la prueba contraria, haciendo distinción entre las que enuncia el oficial público como cumplidas en su presencia, y las que hiciese por relación de los interesados que no tendrán valor, si no pudieran probarse las afirmaciones.

En los arts. 994, 995 y 1002 examinamos esta cuestión, que ha sido objeto de una detenida controversia entre algunos escribanos de esta Capital, en lo que se relaciona con la identidad de la persona.—FRETAS, arts. 236 y última parte del 237. Véase arts. 65, 261, 263, 325, 979, n° 10, 987 y 997 y art. 24 ley del Reg. Civ.

(**Art. 85.**) Los casos del artículo en que el nacimiento puede probarse por otros medios, son: 1º, cuando no hubiere registros; 2º, cuando no hubiere asiento en los registros; 3º, cuando los asientos no estuviesen en forma. El primero no ofrece dificultad, porque no existiendo registro, el hecho no ha podido hacerse constar en la forma ordenada por la ley, y la falta no puede ser imputable al que no tuvo los medios para hacerlo; pero como la ley nacional ha previsto el caso estableciendo en la Capital Federal y territorios nacionales las oficinas necesarias, solo quedan las Provincias, donde esto pueda ocurrir. La no existencia del registro se aplica á la falta de la oficina respectiva que no hubiere sido creada, no á la de los libros en que el oficial público debe asentarlos, porque esa circunstancia solo sería momentánea.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 86. — Si bien las partidas parroquiales forman prueba, los interesados pueden impugnarlas en todo ó en parte.—Jur. Civ., III, 471, Sér. 1ª.

Para ocurrir á la prueba testimonial, es necesario que no existan registros, sea porque se hubiesen destruido ó perdido, ó porque el asiento hubiere sido arrancado, ó porque le falte las condiciones necesarias para su validez, como si no estuviere firmado, ni autorizado por el oficial encargado de llevarlo.

Cuando no hubiere antecedente de ninguna especie para

El segundo caso ofrece dificultades, porque la falta de asiento en el registro puede provenir de la omisión del oficial público, ó de una omisión inocente ó dolosa de los que debían hacer la declaración del nacimiento.

En nuestro derecho no ocurre duda, como en el francés, porque el art. 46 del Código Francés no habla de *omisión*, sino de falta de existencia ó de pérdida de los registros, y por ese silencio se discutía si debía ó no comprenderse la omisión.

La *falta de asiento*, cuando hubiera omisión del oficial público, autoriza á los interesados para demostrar el nacimiento por cualquier medio de prueba sin exceptuar la de testigos; pero si la omisión ha sido dolosa por parte del que debía declarar el nacimiento, ¿se admitirá la prueba? La ley no hace distinción; el hecho del nacimiento puede demostrarse, por cualquier género de prueba, sin tener en consideración el dolo, pues, no puede perjudicarse al recién nacido, haciéndolo responsable del dolo de los padres ó parientes.

El art. 63 del Código de Cerdeña castiga la omisión dolosa, pero se aplica solo á los matrimonios en que el dolo es cometido por el que quiere aprovechar de él. No creemos que esta excepción esté en el espíritu de nuestra ley civil, como lo afirman algunos, porque el dolo en este caso solo dañaría al recién nacido, y tratándose de un hecho como el nacimiento, debe probarse sin consideración á las consecuencias que puedan venir. Por otra parte, en este caso se trata de un hecho material, que nada tiene que ver con la filiación del recién nacido, ni con la paternidad ó maternidad, de que nos ocuparemos más adelante.

En el tercer caso, se admite igualmente la prueba testimonial para suplir la partida, cuando p. ex, se hubiere omitido el día, ú olvidado el mes ó el año. El artículo no habla de la pérdida ó destrucción del registro, como lo hace el art. 98 de la Ley de Matrimonio Civil.

Ante el silencio de la ley, es necesario que la jurisprudencia llene el vacío, y por eso pensamos que debe admitirse toda clase de prueba para reconstruir el registro perdido ó destruido, pero solo con relación al hecho del nacimiento, sin confundir las cuestiones de filiación.





determinar la edad, es decir, á *falta absoluta de prueba de la edad*, (se probará) *por cualquiera de los modos declarados, y cuando su determinación fuere indispensable, se decidirá por*

El art. 46 del Código Francés señala dos clases de pruebas: por documentos, ó testigos, y el nuestro, siguiendo á Freitas, indica también, la prueba por documentos ó *por otros medios*, y no creo, como muchos comentadores franceses, que esté en la mano de los magistrados el admitir ó rechazar esas pruebas, según su criterio.

La ley autoriza á probar el hecho del nacimiento por documentos ú otros medios, y los jueces no pueden restringir esos derechos; pero la prueba debe comenzar por demostrarse la destrucción ó pérdida del registro.—Cons. MERLIN. Rep. Vº *Estado Civil*. DEMOLOMBE, I, 325. DURANTON, I, 294, AUBRY Y RAU, § 64, nota 5. FREITAS, art. 235 y Cód. FRANCÉS, art. 46.

Cuando existiendo el registro se hubiera arrancado la foja correspondiente, ó fuera ilegible ó estuviera raída en parte principal, se debe equiparar al caso en que los registros se han perdido, como lo sostienen todos los autores y se deduce del hecho mismo desde que se ha realizado el asiento con las formalidades debidas.—LOCRÉ, al art. 46. DURANTON, l. c., 296. TOULIER, I, nº 349.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 85.—La prueba para justificar el nacimiento de las personas, no es admisible sin la demostración previa de la falta de registros públicos, ó de asientos en ellos, ó de no estar los asientos en debida forma. Tampoco es admisible la producida en el extranjero, si no se prueba que las leyes del país en que se ha producido, la admiten como tal justificación.—LVI, 419.

1º La enumeración hecha en el art. 2º y siguientes, tit. V, sec. 3ª, lib. 1º, Cód. Civ., indica el orden en que debe producirse la prueba sobre la filiación de una persona, cuando sea posible seguirla, siendo la prueba de la posibilidad á cargo de quien la sostiene y no del que la niega.

2º Cuando hay imposibilidad ó gran dificultad para ofrecer testimonio de los libros parroquiales ó municipales, sobre la filiación de una persona, la ley admite cualquier género de pruebas, inclusa la de testigos.

3º El hijo único que atiende á la subsistencia de su madre viuda es exonerado por la ley de prestar servicio militar fuera de su distrito.—XVII, 144.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 85.—La prueba supletoria para justificar el bautismo, es procedente siempre que no existe la partida en el lugar en que se tenga seguridad haberse celebrado el acto.—Jur. Civ., t. V, pág. 236, Sér. 3ª.

El informe del funcionario encargado del registro parroquial sobre la no existencia de la partida de bautismo, hace procedente la información supletoria.—Jur. Civ., t. X, pág. 57, Sér. 2ª.

la fisonomía, á juicio de facultativos, nombrados por el juez (art. 87).

Si nace más de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institución ó sustitución á los hijos mayores (art. 88), porque han sido concebidos al mismo tiempo.

(Art. 87.) Este artículo confirma la diferencia que hicimos entre la comprobación del acto del nacimiento, á que se refiere este título y el de la filiación, pues autoriza á determinar la edad por la fisonomía á juicio de peritos, dejando á la ley de procedimientos la manera de hacerlo.

El hecho del nacimiento es una cosa y la filiación es otra; esta diferencia se hace más clara en el caso de los expósitos, en que se demuestra la edad del expuesto para los efectos de la tutela, mayor edad, derechos políticos anexas y obligación de prestar la obligación de sangre, etc.—FREITAS, 238.

Como deben nombrarse los facultativos, el número de ellos y demás circunstancias para probar la edad, se determinarán en las leyes de procedimientos, y mientras esto no tenga lugar, debe regirse por las disposiciones análogas del art. 143.

(Art. 88.) El nacimiento de varios hijos de un solo parto, en diferentes tiempos, siendo bastante sensible para poder computarlo por días, no puede dar lugar á que se diga que los nacidos son de la misma edad, como lo hace el artículo sin contradecir el hecho material, y tomar por base una cosa incierta; pero en cambio está en las facultades de la ley declararlos con los mismos derechos, puesto que la concepción ha sido simultánea y es á este hecho al que se atribuye derechos. Así, en el caso de un niño nacido dos días después de su hermano gemelo, debe hacerse constar en el asiento del registro civil, esta diferencia de tiempo, así como las horas, desde que está obligado á consignarlas y la ley no puede declarar que los dos días después, sean el mismo día. El original de donde ha sido tomado el artículo, no contiene esta inexactitud, pues Freitas, art. 230, solo los considera con iguales derechos. Creo que debe suprimirse la expresión impropia de que se les considera *de igual edad*, porque no lo serán en realidad, por el caso de la mayor edad, por ejemplo.

La diferencia de días no les perjudicará, no solo con relación al nacimiento mismo, sino respecto á los derechos que lleve consigo; así



TÍTULO VI

DEL DOMICILIO

§ 37. — DEL DOMICILIO REAL

El domicilio establece un vínculo de sujeción y dependencia de una porción de individuos ó de una comunidad, á las autoridades que ejercen jurisdicción sobre un territorio dado; así como la noción del domicilio se une necesariamente á la del territorio.

En el domicilio entra como elemento esencial, la voluntad, que forma y establece definitivamente el vínculo de sujeción á las autoridades del territorio, y sólo por excepción se restringe esa voluntad, suponiéndola existente, cuando se ejercen determinadas funciones en un lugar dado.

El domicilio real de una persona resulta de la voluntad libre de permanecer en un lugar, unido al hecho material de la habitación, pues la simple declaración de someterse á las autoridades de un lugar en un negocio ó negocios, sólo crea un domicilio especial, que se diferencia del real.

Así, *el domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios* (art. 89 1ª parte), determinándose por la intención de permanecer en él.

el hijo que naciere dentro de los 300 días de la disolución ó anulación del matrimonio que se reputa nacido dentro de éste, y conservará los derechos al gemelo nacido dos días después, que en otra circunstancia se consideraría nacido fuera de tiempo, porque la concepción ha tenido lugar en el mismo día.—FREITAS, art. 239. Comp. 109.

(Art. 89.) Es el domicilio *voluntario* de Freitas (art. 180), que nuestro Código llama *real* y al *necesario* le denomina *legal*; pero tiene el mismo alcance y significación en la mayoría de los casos: no

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 88.—Porque el tiempo, como se ha declarado, no se cuenta por horas.



Para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijarse

obstante, se debe distinguir siempre la residencia, que es un hecho y que por sí sola no constituye domicilio, de aquella que va unida á la intención de permanecer en un lugar determinado.

El domicilio se funda en la libertad constitucional que tienen todos los individuos de entrar y salir del territorio nacional ó de permanecer en él, libertad que no puede ser restringida por contrato, ni por disposiciones de última voluntad, art. 531.

La idea del domicilio reposa, pues, sobre la intención del individuo de permanecer en un lugar: pero la ley al indicar los hechos que deben ir unidos á la voluntad de residir permanentemente en ese lugar, toma como elementos de criterio, el asiento principal de su residencia y de sus negocios, y como elemento que puede venir á modificar ese domicilio, la residencia de la familia, y cuando ambos se encuentran en oposición, le da preferencia al último.

El domicilio de origen es más bien una especie de domicilio legal de los hijos, y servirá para determinar los casos de mayor edad ó de emancipación, cuando los padres cambiaren de domicilio siéndoles aplicable lo dispuesto en los arts. 138 y 139. Esta última parte es tomada del art. 182, de Freitas, habiéndose suprimido la palabra *legítimos* á fin de hacer extensiva la misma disposición á los *naturales*, como lo trae dicho autor. Con este antecedente y con la circunstancia de que el artículo no hace distinción entre los hijos naturales y legítimos, podemos afirmar que comprende á los hijos naturales.

Que tengan ó no los padres naturales, patria potestad sobre sus hijos, eso tiene poca importancia para la cuestión del domicilio. ¿Cómo puede dejar de tener domicilio el hijo natural, cuando por su menor edad no puede crearse uno propio?

Si por la ley del domicilio del padre ha sido emancipado, conservará su emancipación, si éste cambia su domicilio á la República trayéndolo consigo, y para juzgarlo así, es necesario que le supongamos el domicilio del padre.

La autoridad de Toullier, que se trae en apoyo de la teoría que combatimos, es completamente contraria, ó por lo menos no hace distinción alguna: «en todo país, dice Toullier, los hijos no tienen otro domicilio que el de su padre»; y más adelante agrega: «el menor no emancipado tiene su domicilio en casa de su padre ó madre ó en la de su tutor». ...I, 371 y 375. FREITAS, 182 y su nota. Comp. arts. 92 á 95.





alli para siempre (art. 92), así, para considerarse á una persona domiciliada en un lugar dado, bastará la residencia en ese

En cuanto á los hijos que no tuvieren padre ni madre conocidos, tienen su domicilio de origen (siguiendo las ideas que hemos expuesto), en el lugar donde fueren criados, ó del asilo en que fueren expuestos, porque nadie puede estar sin domicilio, lo que sucedería siguiendo el sistema contrario de admitir que sólo tienen domicilio de origen los hijos legítimos.—FREITAS, 184.

Es necesario no confundir el domicilio de origen con el de el lugar del nacimiento, porque éste no tiene importancia para determinarlo, aunque coincidan de ordinario; es por esa razón que se ha negado al lugar del nacimiento el efecto de determinar la nacionalidad, y que sin embargo, nosotros hemos contrariado en nuestro art. 1º de la ley de ciudadanía, declarando argentino á todo individuo que naciere en el territorio nacional, con excepción de los hijos de los ministros extranjeros, etc.

La nacionalidad determina las relaciones de derecho público, mientras que el domicilio sólo se refiere al derecho privado.—FREITAS, 187 y su nota.

(Art. 92.) El domicilio es la relación jurídica existente entre una persona y el lugar en que se encuentra, en cuanto al ejercicio de sus

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 89.—Pothier. *Introducción general á las costumbres de Orleans*.—Cap. I, § 1, art. 8. — Cód. Francés, art. 102. Cód. Sardo. art. 66.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 89.—El asiento principal de los negocios y la residencia habitual en un lugar, determinan el domicilio real.—LII, 333.

En el caso de residencia habitual en dos lugares distintos, debe considerarse como último domicilio del difunto, aquel en que tenía el principal establecimiento.—LIX, 98.

Entre dos informaciones sobre el domicilio atribuido á una persona en dos lugares distintos, debe prevalecer la que se halla corroborada por el hecho de haber, en uno de dichos lugares, nacido y fallecido todos sus hijos en casa de su propiedad.—LII, 401. L, 98.

Entre dos lugares contradictoriamente pretendidos como domicilio, de los cuales en uno resulta el causante haber ejercido su profesión, construido casa para su habitación habitual, hecho testamento, tener sus domicilios los albaceas nombrados, haber estado radicada la administración de su finca de campo, y ser su domicilio de origen, y en el otro haber tenido su residencia temporaria ó periódica y haber ejercido funciones, debe estarse por el primero, máxime cuando en documento público otorgado pocos meses antes de su muerte, en lugar distinto de los dos disputados, el causante declaró ser aquél su domicilio.—LX, 98.

lugar con su familia, teniendo casa propia ó negocio por más de un año.

Cuando no se ha manifestado voluntad contraria, la vecindad de los derechos, dicen Aubry y Rau, § 141, nota 1, y partiendo de esta idea, debemos decir, que el domicilio *real*, fundado en la residencia y en el ánimo de permanecer, sólo pueden tenerlo las personas de existencia visible; el *legal* se funda en una presunción que no admite prueba en contra, y es el único que pueden tener las personas jurídicas. Nuestro artículo se refiere al domicilio real, que exige como condiciones necesarias, la residencia habitual, aunque no se tenga la intención de fijarse en dicho lugar *para siempre*.

Es imposible fijar la voluntad variable del hombre, y ante esa dificultad, el legislador debe atender á los hechos que la demuestren. La residencia habitual, por oposición á la ocasional ó momentánea, es una de esas manifestaciones. En la mayoría de los casos, serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán según su criterio.

En muchos lugares de nuestro Código se usa de la palabra *residencia* como sinónimo de *domicilio*, lo que introduce cierta perturbación. Algunos creen que la *sola* residencia (sin la intención ni el hábito de vivir) da competencia al juez para nombrar tutor al menor cuyo padre ha muerto ocasionalmente en la República, teniendo su domicilio fuera, lo que es un error ante la disposición de los arts. 401 y 402, como lo hacemos notar allí. En general, el simple hecho de la residencia, no basta para constituir domicilio, es necesario que vaya unido al ánimo, que la ley supone cuando la residencia es habitual.—FREITAS, art. 186 y su nota.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 92.—El asiento principal de los negocios y la residencia habitual en un lugar, determinan el domicilio real.—LII, 333.

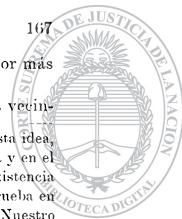
El domicilio de una persona que tiene establecida su familia en un punto y sus negocios en otro, es el del primer punto.—XXXI, 360.

El domicilio de una persona que tiene su familia en un lugar y sus negocios en otro, es, para los efectos del fuero, donde tiene la familia.—XLVI, 384.

La residencia de una persona con su familia por más de un año, el adquirir casa propia y establecer negocios que importen ánimo de permanencia, constituyen domicilio legal y vecindad para los efectos del fuero.—XX, 102.

En esta última resolución se ha confundido el domicilio *real* con el legal. La habitación en un lugar con ánimo de permanecer en él, crea el domicilio real, y el desempeño de una función pública, sólo crea el legal.—(N. del A.)

Faltos de la Ctm, de Apel, de la Cap. Aplicación del art. 92.—Corresponde al habitual del muerto, el juicio sucesorio, aun cuando el fallecimiento tenga lugar en la Capital.—Jur. Civ., t. VIII, pág. 371, Sér. 2°.





dad en una Provincia se adquirirá para los efectos del fuero, por la residencia de dos años, ó por tener en ella propiedades raíces, ó un establecimiento de industria ó comercio, ó por hallarse establecido de modo que aparezca el ánimo de permanecer (art. 11, ley 14, Sbre. 1863). Estos principios sólo rigen en las controversias de jurisdicción, pues las leyes de procedimientos no pueden decidir las que versan sobre el fondo.

El domicilio es una cuestión de hecho y de interpretación de la voluntad, y se puede determinar, cuando a la residencia se unen ciertas circunstancias, como el ejercicio de los derechos políticos en un lugar dado, el pago de las contribuciones, el enrolamiento en la guardia nacional, y todos aquellos hechos que demuestren que la residencia no es accidental. Así es que uno solo de esos hechos no bastará para constituir domicilio.

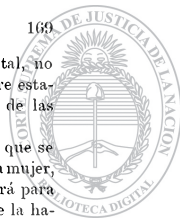
En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, ó el principal establecimiento (art. 93). Si no tuviere familia lo será donde tenga

(**Art. 93.**) Cuando el individuo habita alternativamente y con la misma regularidad varios lugares, ocurre la duda de cuál sea su domicilio, y los autores indican el lugar del principal establecimiento. Nuestro Código supone que en uno de esos lugares se tenga la familia, introduciendo un elemento extraño, por decirlo así, á la hipótesis que supone establecimientos de comercio en varias partes.

Cuando no hubiera casa matriz y por la importancia de los establecimientos no se pudiera determinar el domicilio, se atenderá para fijarlo, al lugar donde se paga las contribuciones personales, á la residencia más habitual, donde se ejercen los derechos electorales, etc. Son cuestiones de hecho.

La cuestión del domicilio en nada altera las obligaciones contraídas en cada lugar, porque, á semejanza de lo que se dijo en el art. 90, nº 4, deben ser ejecutadas donde fueron contraídas, si allí se encuentra el individuo. Este artículo debió ir unido al siguiente que lo completa. —Véase AUBRY y RAU, § 144 y DEMOLOMBE, I, 345.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 93. — En el caso de residencia habitual en dos lugares distintos, debe considerarse como último domicilio del difunto, aquel en que tenía el principal establecimiento.—LIX, 98.



el principal establecimiento, debiendo entenderse por tal, no aquel donde existiere mayor capital, sino donde estuviere establecida la casa matriz, que dirija todas las operaciones de las demás.

Se entenderá por familia, á la mujer ó hijos menores que se encontraren bajo su potestad, y si estuviere separado de la mujer, aunque sea de hecho, sin voluntad de unirse, se considerará para los efectos de fuero, como si no tuviera familia. Para que la habitación de la familia cause domicilio, es necesario que viva permanentemente en un lugar dado y no transitoriamente.

Si una persona tiene establecida su familia en un lugar, y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio (art. 94); porque la ley supone, con razón, que allí tiene el ánimo de permanecer; pero la presunción desaparece desde el momento que

(**Art. 94.**) Cuando una persona tiene diversos establecimientos en varios lugares, y su familia en otro, el Código dá con razón preferencia á este último, tratando de interpretar la voluntad del hombre.

Una ley romana dice: se tiene el domicilio donde se poseen los bienes, ó donde se ha establecido el asiento de sus asuntos domésticos... ya donde se vuelva después de un viaje (l. 7, tit. 39, lib. 10, Cód. Rom.). El centro de las afecciones ó de la existencia social del individuo, es sin duda, el lugar donde tiene su familia; pero, por esta misma razón, si estuviera separado de su mujer é hijos, sea por sentencia, ó porque los hubiere abandonado voluntariamente, dejará de considerarse como su domicilio el lugar donde estos habiten. Y esta interpretación se deduce de la expresión: si una persona *tiene establecida su familia* en un lugar, etc., y como encontrándose separado no la tiene establecida, sino que la mujer puede elegir su domicilio en otro lugar, faltaría la causa principal para la hipótesis de que nos ocupamos.—Comp. DEMOLOMBE, I, 345, MARCADE, al art. 102, MASSÉ y VERGER, sobre ZACARIE, § 90, nota 3.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 94.—La excepción de nulidad no puede fundarla el hecho de haberse encontrado ausente de su domicilio el deudor, al serle notificado el día para el reconocimiento de firma, si la ausencia fuese accidental.—Jur. Com., t. II, pág. 69, Sér. 4°.

Aún cuando se desempeñen funciones públicas, que pudiesen justificar un domicilio accidental, se tendrá por permanente si á él se habla trasladado el asiento de la familia con anterioridad.—Jur. Com., t. VIII, pág. 63, Sér. 4°.



se demuestre que la familia no vive allí sino accidentalmente, ó que el individuo se encuentra separado.

El domicilio real supone la existencia de una persona en un lugar determinado, y por esa razón, las personas de existencia ideal no pueden tenerlo, sólo gozan de domicilio legal.

§ 38. — DEL DOMICILIO LEGAL

Se dijo que el domicilio se determinaba ó por la voluntad del individuo ó por el ministerio de la ley; en el primer caso podía ser real ó especialmente elegido; en el segundo, *el domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente (art. 90).*

Es la supremacía de la ley, que domina al hecho real y á la voluntad del hombre, en vista de un interés superior, como es el ejercicio de las funciones que desempeña.

Así, tienen su domicilio legal, que excluye el real, pero no el especial, pues siempre puede someterse en un negocio dado á una jurisdicción elegida, las siguientes personas:

1° *Los funcionarios públicos, eclesiásticos ó seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, ó de simple comisión (art. 90. n° 1).* La palabra temporaria está puesta en oposición á la

(Art. 90, n° 1.) La existencia de un ser humano en un lugar dado, constituye lo que llamamos *residencia*, que se convierte en domicilio, cuando existe la voluntad de permanecer en dicho lugar. El domicilio es un *hecho* que la ley puede presumir sin admitir prueba en contra, cuando hay una certeza legal de que el individuo reside en un lugar determinado, aunque de hecho no se encuentre allí; estos son los casos en que restringiéndose la voluntad individual, se da preferencia á la certeza legal. Así, el funcionario público que desempeña una función permanente, tiene su domicilio en el lugar donde la ejerce.

¿Desde cuándo se considera que el funcionario ha cambiado de domicilio? Pothier dice, desde que ha llegado al lugar donde debe desempeñar sus funciones (*Intr. Gen. á las Cos.*, n° 15), mientras que

de una función que no tiene carácter de interinidad, sino que es permanente, aunque tenga un tiempo determinado por la ley. La función debe ejercerse sin interrupción para que cause

otros, como Demolombe (I, 364), enseñan, desde que ha prestado juramento. Entre nosotros, la cuestión puede ofrecer su importancia para la competencia en los juicios testamentarios y las demandas que se pueden deducir contra jueces de los territorios nacionales ú otros funcionarios.

Nuestro artículo no es como el 107 del Francés, que reconoce el cambio inmediato de domicilio por la aceptación de las funciones conferidas, y nos decidimos por la opinión de Pothier.

El acto de aceptar una función permanente no importa tomar posesión de su puesto; porque un gobernador de territorio nacional, por ejemplo, que ha aceptado un nombramiento en la Capital donde reside, no ha entrado á ejercer sus funciones, y por consiguiente, no ha cambiado de domicilio. Si falleciere en la Capital, los jueces de ésta serían competentes para entender en el juicio testamentario.

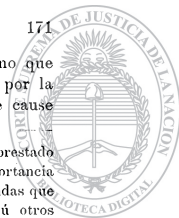
¿Pero qué sucederá cuando las funciones sean temporarias ó de mera comisión? Nuestro artículo, que ha sido tomado de Freitas, 176, n° 3, ha suprimido la última parte referente á las funciones temporarias, periódicas ó de mera comisión, *si no manifestasen opinión en contrario*, dice el inc. sig. refiriéndose á los militares, y no veo por qué no se concedería el mismo derecho á los demás funcionarios temporarios.

Así, si un funcionario en comisión se trasládase con su familia al lugar donde ejerce sus funciones, allí sería su domicilio, aunque tuviera sus negocios en otro lugar.—DEMOLOMBE, I, 366.

Por funciones *permanentes*, no debe entenderse que son sólo las que nacen de puestos *inamovibles*, como los de la judicatura, sino las que se desempeñasen con continuidad y sin intermitencias, aunque no tengan un tiempo determinado; así, un administrador de aduana, un sub-prefecto marítimo, etc., ejercen funciones permanentes.

Función temporaria es aquella que en el mismo nombramiento se encuentra determinado el tiempo, ó que es para un objeto determinado que debe durar momentáneamente, como el nombramiento para levantar un sumario. Función periódica, es la que se ejerce por períodos intermitentes, como la de Diputados ó Senadores.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 90, n° 1.—El domicilio legal de un empresario de lotería, para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de



domicilio legal; así los Senadores y Diputados al Congreso no tienen su domicilio legal en la Capital, mientras que lo tiene el Presidente de la República.

El domicilio legal se adquiere por el funcionario público, aunque su nombramiento fuera revocable por el P. E., siempre que no ejerza el puesto interinamente ó por comisión que deba cesar una vez terminada.

2º *Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquel, si no manifestasen intención en contrario, por algún establecimiento permanente, ó asiento principal de sus negocios en otro lugar (art. 90, nº 2).*

(**Art. 90, nº 2.**) En este inciso se ha consignado el período suprimido en el anterior. Si el militar tiene su domicilio legal donde prestare su servicio, ó estuviera su cuerpo ó regimiento, que cambia con frecuencia de lugar, no se concibe por qué no lo tendrían los demás funcionarios temporarios, que para cambiarlo necesitan manifestar una voluntad en ese sentido. Los militares sólo se substraen al domicilio del lugar en que ejercen sus funciones, manifestando por hechos su voluntad de tenerlo en otro lugar. Y la única razón que puede explicar esta diferencia, es que el militar tiene una función permanente, aunque la ejerza temporariamente en un lugar dado, y no sería justo

sus obligaciones como tal, debe reputarse en el punto donde tiene su establecimiento principal.—V, 242.

La mención del domicilio hecha por el mismo interesado, basta por derecho para determinar la competencia de los jueces de aquel lugar.—V, 242. X, 108.

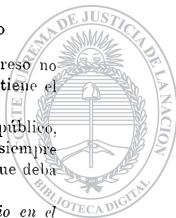
El hecho de arrendar bienes raíces en otra Provincia con el objeto de hacer negocio con la República de Chile, no constituye domicilio, para los efectos del fuero federal.—VIII, 297.

La parte que ha constituido domicilio legal para la prosecución de una causa, debe absolver ante el juez de ella las posiciones que el contrario le difiera.—XXI, 483.

El acto más característico para determinar el domicilio de la persona jurídica, se encuentra en el lugar donde se halle el centro principal de los negocios.—IX, 363.

El domicilio personal adquirido después de la celebración del contrato, en nada puede desnaturalizar ni desvirtuar el domicilio legal que es el preferente.—XIX, pág. 203.

La declaración de ausente con presunción de fallecimiento, es de competencia del juez del último domicilio del ausente.—Jur. Civ., t. X. pág. 80. Sér. 3º.





Es una excepción al principio de que el domicilio legal no admite prueba en contra, pues se permite al militar cambiarlo, manifestando su voluntad. De esta excepción sólo gozan los que están en servicio activo, no aquellos que ejercen funciones públicas permanentes, como el Ministro de la Guerra, Jefe de Estado Mayor, etc.

3º *El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes ó por el gobierno, es el lugar donde está situada su dirección ó administración, si en sus estatutos ó en la autorización que se les dió, no tuviesen su domicilio señalado* (art. 90, nº 3), porque las personas jurídicas son representadas por sus direcciones, sin que se tenga en cuenta el domicilio de las personas que la forman y que son indiferentes al funcionamiento de la asociación.

que se les designara otro lugar de aquel en que está el cuerpo á que pertenece, que se debe reputar como su familia, mientras no manifiesten una voluntad contraria.

No creemos, como algunos, que este inciso comprenda á los que acompañan al ejército, porque no se trata de actos que tengan lugar en él, como el nacimiento ó la muerte que pueden ocurrir y que solo se prueban por lo que conste en los registros que se lleven; el domicilio no lo puede determinar el ejército en campaña. El militar, como el particular, que marchan á campaña en tiempo de guerra, deben tener el último domicilio, porque nadie puede encontrarse sin domicilio, y así lo da á entender el art. 3677 cuando ordena se envíe el testamento militar al juez del último domicilio para que lo haga protocolizar.

Para que el militar tenga otro domicilio que el del lugar donde se halle prestando sus servicios, es necesario que manifieste la voluntad contraria, teniendo un establecimiento permanente. -FREITAS, artículo 176, nº 4. Véase arts. 3637 y 3672.

(Art. 90, nº 3.) Solo las personas de existencia visible pueden manifestar su voluntad y cambiar de domicilio según su albedrío; las personas jurídicas privadas, sean corporaciones ó asociaciones, no tienen otro domicilio que el señalado en sus estatutos. Cuando por cualquier circunstancia no se designare, lo será el lugar donde esté situada su dirección y administración, si fuera en territorio nacional, pues no se puede admitir que una persona jurídica tenga su domicilio en el extranjero, porque allí esté su dirección.



4° *Las compañías que tengan muchos establecimientos ó sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para solo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad (art. 90, n° 4), porque la autorización para negociar en un lugar determinado, importa la de someterse á los jueces de ese lugar respecto de los negocios que se hicieren, sin privarles que puedan elegir un domicilio especial. Si la sucursal debiera liquidarse judicialmente, corresponderá entender á los jueces del lugar de su situación.*

5° *Los transeuntes ó las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar*

(Art. 90, n° 4.) Las asociaciones que no tienen el carácter de persona jurídica, y que poseyeren varios establecimientos, tienen su domicilio legal en el lugar donde contrajeron la obligación para todo lo que se refiere á ésta. Pueden ser sucursales de una casa matriz, ó no serlo: en ambos casos, la obligación contraída en el lugar donde existe el establecimiento, determina el domicilio de la casa.

La sociedad se considera demandable en ese lugar, sin que esto en nada altere los derechos de los acreedores ó deudores de ella, cuando tuvieren casa en el extranjero, porque en caso de concurso, las casas que estuvieren en la República formarán un todo, y otro, las situadas en el extranjero.

La obligación contraída por una sucursal, por ejemplo, no puede ser exigida en la casa matriz, por más que ésta sea responsable en definitiva.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 90, n° 4.—El apoderado de los demandados tiene personería para representarlos en juicio por actos emanados de la administración que se halla á su cargo.—XLVI, 363.

Las compañías que tienen sucursales pueden ser demandadas en el lugar donde las tengan para el cumplimiento de las obligaciones contraídas allí, y que deben cumplirse allí.—XLVI, 22.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 90, n° 4.—Las compañías de seguros que formulan en la República sus contratos y cobran en la misma sus primas, están obligadas á aceptar la jurisdicción nacional, no obstante las estipulaciones que en contrario hayan insertado en sus pólizas.—Jur. Com., t. IV, pág. 235, Sér. 4°.

de su residencia actual (art. 90, n° 5). Se entiende que es para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en dicho lugar; porque el ejercicio de una profesión ambulante no tiene el poder de hacerle perder su domicilio real, que es donde tiene su

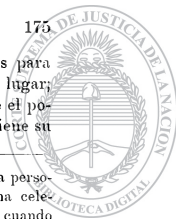
(Art. 90, n° 5.) El hecho material de la *residencia* de una persona, puede dar origen al domicilio: 1°, cuando el transeunte ha celebrado algún acto que debe ser ejecutado en el mismo lugar; 2°, cuando es una persona de ejercicio ambulante; 3°, cuando no se le conoce domicilio en que puede ser demandado por las obligaciones contraídas.

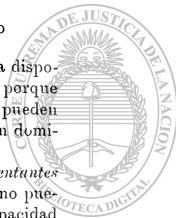
Transeunte no solo se considera al que pasa de un lugar á otro, sino al que se detiene más ó menos tiempo en un lugar, sin ánimo de permanecer en él definitivamente. Una persona domiciliada en el Rosario, por ejemplo, que viene momentáneamente á Buenos Aires, hace compras ó contrae obligaciones, puede ser demandada aquí mientras permanezca, sin que sea necesario ir á su domicilio: para esas obligaciones, basta la residencia, pues de otra manera se introduciría una gran perturbación en el comercio, si en cada acto hubiera de ocurrirse al domicilio del obligado, y no pudiera ser cumplido en el lugar donde contrae la obligación, aunque no sea el de su domicilio.

No creemos, como algunos, que la palabra *transeunte* tenga el sentido único de persona de ejercicio ambulante, no solo porque no es el significado de ella, sino porque sería necesario darle otro alcance.

Cuando la persona es de ejercicio ambulante, puede demandarsele donde se encuentre, pues por la clase de su comercio no se detiene en cada lugar, sino el tiempo necesario para su negocio: pero eso no quiero decir que no tenga un domicilio conocido, ni que no pueda estipular en sus obligaciones un domicilio especial, que deberán primar en este caso.

El domicilio legal, que no admite prueba en contrario, supone que la persona reside en un lugar determinado; pero en nada limita su facultad para estipular uno especial. El comerciante de ejercicio ambulante, puede tener y tiene un domicilio conocido: pero la ley lo reputa como transeunte para las obligaciones que contrae en los diversos lugares que visita. Cuando no se conoce el domicilio de una persona puede ser demandado en el lugar donde reside actualmente, y en caso de fallecimiento, ese lugar determinará la competencia del juez de la sucesión. La expresión abraza por su generalidad todos los casos, pues, como dice Freitas (nota al art. 191) «es posible esta hipótesis, tratándose de los vagabundos, mercaderes volantes, actores ambulantes».





familia ó el asiento de sus negocios, si los tuviere. Esta disposición no importa admitir la pluralidad de domicilios, porque trata más bien de determinar el lugar donde deben y pueden ser exigidas las obligaciones contraídas, que de fijar un domicilio único.

6^o *Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes* (art. 90, n^o 6), porque estando bajo el poder de éstos, no pueden cambiarlo por su propia voluntad. Cuando la incapacidad ha cesado, pueden elegirse un nuevo domicilio, pero mientras no lo hagan, continuarán teniendo el de sus representantes.

Debe observarse que el cambio de domicilio del tutor ó curador, en nada altera la jurisdicción del juez de la tutela.

8^o *Los mayores de edad que sirven, ó trabajan, ó que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona á quien sirven, ó para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa, ó en habitaciones accesorias, con excepción de la*

tes, ó de personas que emplean su vida en viajes sin tener lugar alguno como punto central de sus negocios»; de manera que no bastará que el acreedor ignore el domicilio de su deudor, porque si éste demostrare que lo tiene en alguna parte, allí sería demandado, salvo los casos de domicilio especial, y los que se refieren á los actos ejecutados en su residencia actual.—FREITAS, 191 y su nota. Cons. l. 1. 5 y 6, § 2 y 27, § 2. tit. 1, lib. 50, y l. 3, § 5 tit. 2, lib. 41, Dig.

(Art. 90, n^o 6.) El Código Francés, 108, habla de las mujeres casadas, de los interdictos y de los menores no emancipados; nuestro Código, siguiendo á Freitas, 176, n^o 1, ha generalizado esa disposición, comprendiendo á todos los incapaces, como los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito, los ausentes declarados en juicio, etc.

Tratándose de los menores, el cambio de domicilio de sus padres ó tutores, en nada influirá en la competencia del juez de la tutela, arts. 405 y 431.

Los menores emancipados, no son incapaces, como algunos lo creen, por más que sus facultades estén limitadas, arts. 133 y 135.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 90, n^o 6. — Cód. FRANCÉS, 108 y 109. Cód. SARDO, 71.

mujer casada, que, como obrera ó doméstica, habita otra casa que la de su marido (art. 90, n.º 8).

La palabra residencia está tomada aquí como equivalente de domicilio.

Debe entenderse por habitaciones accesorias, aún aquellas que estuvieran separadas de la misma casa, siempre que formaren parte del establecimiento ó fábrica donde ejercen su oficio.

9.º La mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. La que se halle separada de su marido por autoridad competente, conserva el

(Art. 90, n.º 8.) Hay casos en que por las relaciones que mantienen dos personas entre sí, el domicilio se determina por el que tuviere una de ellas, aunque las dos sean capaces y libres de tener uno separado: á este domicilio Savigny le llama *relativo*, § 353, n.º 4, como sucede con los jornaleros, ocupados constantemente en una finca rústica y que residen en ella.

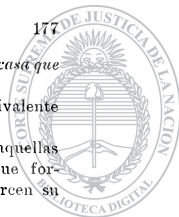
Nuestro Código, si bien da importancia al servicio que prestan y á la dependencia en que están con relación á su patrón, la da mayor á la *habitación*, porque exige que vivan en la misma casa ó en alguna de sus dependencias para considerarlos domiciliados donde prestan el servicio.

El domicilio *legal* en estos casos prima sobre el real, aun con asiento principal de sus negocios en otra parte.

Entre los que sirven ó trabajan con otro, están comprendidos todos los que viven en el establecimiento, por más elevadas que sean sus funciones; así, el gerente ó administrador de una fábrica que vive en una de sus dependencias, tiene su domicilio *legal* allí, no puede alegar el *real* que tuviere en otro lugar, donde está su familia y el asiento principal de sus negocios. De estos principios no se exceptúan sino á los menores, que tienen el domicilio de sus padres ó tutores y á las mujeres casadas, que tienen el de sus maridos.

Aunque el artículo se sirve de la palabra *mayores*, se comprenden también á los menores emancipados que pueden constituirse domicilio. —FREITAS, art. 176, n.º 1. DURANTÓN, I, 374. DEMOLOMBE, I, 367 y sigs. TOULLIER, I, 375. y AUBRY y RAU § 143, nota 11.

Nota del Dr. Pérez Savsfield al art. 90, n.º 8.—Cód. SARDO, art. 72.



domicilio de éste, si no se ha creado otro. La viuda conserva el que tuvo su marido, mientras no se establezca en otra parte (art. 90, n° 9).

(Art. 90, n° 9.) La mujer mayor de edad, por el hecho de casarse, cambia de domicilio, adquiriendo el de su marido. Así, una mujer mayor de edad que reside en Córdoba, por ejemplo, y se casa con una persona domiciliada en la capital federal, adquiere el domicilio de su marido, aunque no haya cambiado de lugar, de manera que si llegara á morir en Córdoba, el juicio testamentario se iniciará en la capital. Pero si la mujer fuera comerciante, con casa establecida en Córdoba, y el marido la autorizase á residir allí hasta liquidar sus negocios ó á continuarlos ¿cuál sería su domicilio? Ni el consentimiento del marido, ni cláusula alguna en las convenciones nupciales, pueden hacer que tenga otro domicilio que el de su marido, y para resolver toda duda, ha agregado el artículo: *aunque se hallare en otro lugar con licencia del marido.*—Comp. MASSÉ Y VERGER sobre ZACARIÆ § 89, nota 3. DEMOLOMBE, I, 357,

Cuando se hallare separada voluntariamente, sin intención de unirse, conservará el domicilio del marido, mientras el juez competente no los hubiere separado y la mujer eligiera otro nuevo.

En el caso de separación de bienes pedida por la mujer, si no hay divorcio, el domicilio legal será el de su marido, aun que estuvieran separados de hecho.

La mujer podrá ser demandada en el domicilio del marido, si con su autorización ejerciere el comercio en otro lugar, á menos que no sea autorizada expresamente para estar en juicio donde ejerciera el comercio ó hubiere constituido domicilio especial.

Cuando por incapacidad del marido, la mujer fuera su curadora, no podrá cambiar de domicilio, saliendo de la jurisdicción del juez que le ha discernido la curatela, lo que resulta de la combinación de los arts. 405, 432 y 475, contra la opinión de Aubry y Rau, § 143, nota 7.

Estando por nuestro derecho sujeta la mujer curadora de su marido á las mismas reglas y restricciones que los tutores, no vemos la posibilidad de sustraerse á la jurisdicción del juez de la curatela cambiando de domicilio; pero si violando la ley se domiciliare en el extranjero, dejando bienes raíces en el país, pensamos que el juez respectivo podría nombrar un curador á esos bienes, desconociendo los poderes que hubiere dejado la mujer. Esto se determinará en la ley de procedimientos.



El menor emancipado que ejecuta todos los actos de la vida civil, puede cambiar de domicilio á su voluntad; su incapacidad es relativa para los actos que se le prohíben ejecutar sin permiso del Juez.

Respecto de la viuda, la ley romana, dice: *vidua mulier amissa mariti domicilium retinet* (l. 22, § 1, tit. 1, lib. 50, Dig.); principio que nuestro derecho ha seguido, agregando, que conserva el domicilio del marido mientras no se establezca en otra parte; debiendo comprender por establecimiento, la voluntad manifestada por hechos de permanecer en otro lugar.—Comp. SAVIGNY, *Der. Rom.*, § 353. DEMOLOMBE, l. c. y AUBRY y RAU, § 143, nota 7.

Cuando la separación es provisoria por un tiempo determinado por el juez ¿podrá la mujer cambiar de domicilio? Creo que no; y me fundo precisamente en que el juez no habrá reputado demasiado graves las causas de la separación, y al declararla provisoria, ha tenido por objeto propender á la reconciliación. Es cierto que el artículo habla de separación, sin distinguir; pero también lo es, que la causa de no poder cambiar de domicilio, se encuentra en el mismo mandato judicial que los obliga á pedir la separación definitiva dentro de un plazo dado, si no hubo reconciliación.—Comp. MARCADÉ al art. 108. DEMOLOMBE, l. c. MERLIN, Rep. Vº, *Domicilio*, que cambió de opinión posteriormente. DALLOZ, Rep. Vº, *Domicilio*. MASSÉ y VERGER, sobre ZACARIÆ, § 89, nota 4. Comp. arts. 405, 432, 475, 1291 y 1306.

En la jurisprudencia francesa, las opiniones se dividían al interpretar el art. 108, sosteniendo unos, que aun después del divorcio, la mujer no podía cambiar de domicilio, y los otros, la afirmativa; nuestro Código se ha decidido por esta última.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 90, nº 9.—La mujer casada no tiene otro domicilio que el de su marido, y es el juez de este domicilio el competente para conocer en el juicio de su testamentaria.—XXIX, 43.

No puede tener otro domicilio que el del marido, mientras subsiste íntegro el matrimonio.—IV, 468.

En los juicios con el marido, no tiene diversa personalidad de éste, que haga surtir el fuero nacional.—IV, 468.

Mientras subsiste el matrimonio, sigue en todo la condición del marido, y siendo extranjero éste, se reputa extranjera aquélla.—VII, 177.

Tratándose de los bienes de la sociedad conyugal, y no estando aquélla separada, debe tenerse en consideración la nacionalidad del marido para determinar la competencia del juez.—XV, 233.

Hay presunción legal de que un individuo está domiciliado en el lugar donde tiene su familia y sus bienes propios.—VIII, 297.





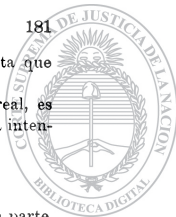
Como el domicilio legal es el lugar donde se ejercen las funciones, ó donde lo tengan los representantes de los incapaces, y es impuesto por razones de un orden superior, resulta que, *la duración del domicilio de derecho, depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cesando éste, el domicilio se determina por la residencia, con intención de permanecer en el lugar en que se habite (art. 91)*, así es que la simple residencia en el lugar no bastaría, si hubiere manifestado voluntad contraria; pero cuando no hay manifestación, se debe reputar que continúa con el mismo domicilio, porque nadie puede dejar de tenerlo.

La cesación de la causa que determina el domicilio legal, no es bastante por sí sola para hacer cambiar de domicilio, hasta que no se produzcan hechos que demuestren la voluntad de cambiarlo, como sucede con la mujer divorciada, ó con la

(**Art. 91.**) Se había criticado, con razón, la expresión de Zacaríæ, que sentaba un principio demasiado absoluto, y que nuestro Código ha tratado de corregir, agregando una condición. Decir que la duración del domicilio legal depende del hecho que la motiva, es sostener que desapareciendo éste, se recobra el domicilio anterior, lo que no es exacto; por eso nuestro artículo agrega: cesando el hecho, el domicilio se determina por la residencia con intención de permanecer en el lugar en que se habite. Lo que resulta de la cesación del hecho, es la facultad de cambiar de domicilio. Si el puesto que desempeñaba ha cesado, continua con el mismo domicilio, ó si ha sido nombrado para otro de igual clase en otro lugar, habrá cambiado el domicilio legal por otro igualmente *legal*, ó si tenía su familia y sus negocios en otra parte, cuando ha cesado en el puesto, le bastará trasladarse á donde reside la familia para tener ese domicilio, que será el *real*.

En el domicilio *legal*, ni el *hecho* de la residencia, ni la intención tienen importancia, porque la ley presume que una persona tiene su domicilio en esa parte, sin admitir prueba en contra, aunque no esté en el lugar y aunque la intención sea contraria, mientras que para cambiarlo por el *real*, se necesita la residencia y la intención.

Como los incapaces tienen el domicilio de sus representantes y no pueden cambiarlo aunque éstos fallecieren, continúan con el mismo hasta que el juez les nombre tutor.—Comp. ZACARÍÆ, § 89, nota 12. MERLIN, Rep. Vº, *Domicilio*, § 11, DALLOZ, Vº, *Domicilio*, nº 120. DEMOLOMBE, I, 370. AUBRY y RAU, § 143, nota 15. Véase arts. 97 y 101.



viuda que continúan teniendo el domicilio anterior, hasta que no se establezcan en otra parte.

Para que cese el domicilio legal y lo reemplace el real, es necesario que al hecho de la residencia material se una la intención de permanecer en dicho lugar.

§ 39. — DEL DOMICILIO ESPECIAL

Sea que una persona tenga su domicilio *legal* en una parte, ó que tenga su domicilio *real* en otra, por tener establecido el asiento principal de sus negocios, eso no impide que su voluntad domine en uno y otro, y pueda elegir un domicilio determinado para exigirse el cumplimiento de las obligaciones, sin que esto afecte al domicilio mismo.

La ley, al fijar un domicilio á un funcionario, p. e., en el lugar donde ejerce sus funciones, ha querido que no pueda sus- traerse á la jurisdicción del juez de ese lugar, alegando que no lo habita; pero no le ha impedido que de común acuerdo con el contratante se someta á otra jurisdicción, aun extraña á las dos.

Hay completa libertad para prorogar la jurisdicción de los jueces de otro lugar, y por consiguiente, *las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones (art. 101)*, así que, *la elección de un domici-*

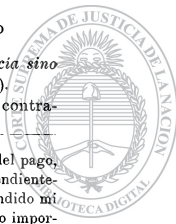
(**Art. 101.**) Los contratantes tienen completa libertad para elegir un domicilio especial, donde se ejecuten las obligaciones contraídas, y pueden establecer que unas se cumplan en un lugar y otras en otro. Esto se puede determinar en el momento de formarse el contrato, ó posteriormente, y por acto separado.

La elección de domicilio debe ser expresamente hecha, y no se presume en caso de duda.

Puede darse poder para hacer esa elección.

El domicilio elegido para un acto, se entiende que lo ha sido para todas las consecuencias accidentales ó necesarias de ese acto.

La elección de domicilio no se refiere muchas veces, sino al lugar donde la demanda puede ser deducida, sin que altere el lugar donde el pago debe hacerse; así, la obligación puede demandarse aquí, mientras que el pago debe hacerse en Córdoba: es con relación á los daños y perjuicios que ha ocasionado la falta de cumplimiento que la deman-



lio implica la extensión de la jurisdicción que no pertenecía sino á los jueces del domicilio real de las personas (art. 102).

Como en los contratos lo convenido es la ley de los contra-

da debe juzgarse. Recíprocamente, la indicación del lugar del pago, importa solo la elección del lugar en que deba hacerse, independientemente del cumplimiento de las demás obligaciones. Si he vendido mi propiedad, estipulando que el pago se haría en Córdoba, eso no importa establecer aquel domicilio para todos los demás efectos del contrato.—Comp. AUBRY y RAU, § 146, nota 3. DURANTÓN, I, 377. Véase los artículos citados en el anterior.

(Art. 102.) Hemos dicho que el domicilio *legal* de una persona excluía el domicilio *real*, pero que eso no impedía el derecho que tenían de determinar uno especial; en este sentido hay una expresión impropia en el artículo cuando solo se refiere al domicilio *real* de las personas, pues se encuentra en el mismo caso el domicilio legal. La elección de domicilio especial implica una prorogación de jurisdicción á los jueces del lugar elegido para la ejecución forzada de la obligación, y en caso de duda sobre el carácter de la ejecución, debe interpretarse restrictivamente, desde que constituye una excepción al principio general.

Los tribunales del domicilio elegido están obligados á aceptar el mandato que les ha sido conferido.—MERLIN, Rep. V.º *Domicilio*, § 2, nº 11. DELVINCOUR, I, 79 y III, 335. AUBRY y RAU, § 146.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 101—Cuando en un contrato se conviene especialmente cuál es el juez que ha de conocer de las diferencias que se susciten, y en que se establece el lugar de la rendición de cuentas, importa fijar el domicilio especial radicando la jurisdicción.—X, 213.

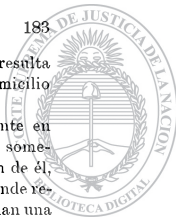
El lugar elegido para la ejecución de un acto, causa domicilio especial para todo lo relativo á este acto y las obligaciones que causare.—IX, 80 y 280. XIX, 203, XIV, 465.

Causa domicilio especial el hecho de aparecer el contrato de sociedad en una ciudad en donde residen los socios capitalistas, únicos que llevan la firma social, y quienes facilitan su escritorio para llevar la contabilidad.—IX, 80.

El juez competente para conocer de la gestión sobre cumplimiento de un contrato, es el del lugar elegido para su ejecución, y no el del domicilio del demandado.—IX, 280.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 102.—L, 32, tít. 2, Part. 3.º Cód. FRANCÉS, 111. Cód. SARDO, 75.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 102.—Es juez competente para



tantes, siempre que no alteren las leyes de orden público, resulta que cuando se ha elegido un domicilio especial, ese domicilio primará sobre el real y el legal.

Hay casos en que sin haber determinado especialmente en el contrato el domicilio á que las partes han entendido someterse, para el cumplimiento de las obligaciones que nacen de él, se debe entender que causa domicilio especial, el lugar donde residen, por ejemplo, los socios capitalistas únicos que forman una sociedad cuya firma social llevan, que residieren en la misma ciudad donde se ha firmado el contrato, tienen el domicilio especial en el lugar donde residen; lo mismo sucede, cuando se hubiere determinado el lugar de la rendición de cuentas, en que se reputa elegido ese lugar como domicilio especial.

§ 40.—DEL DOMICILIO DE ORIGEN

Una persona al nacer tiene el domicilio de sus padres ó representantes necesarios, porque no teniendo voluntad ni intención para crearse otro, la ley le señala el lugar donde sus padres lo tuvieren.

El domicilio de origen, es el lugar del domicilio del padre en el día del nacimiento de los hijos (art. 89, 2ª parte); por consiguiente, no se debe confundir el lugar del nacimiento de la persona con el de domicilio de origen. Así, cuando la ley dice, que en el momento en que el domicilio en país extranjero es abandonado, sin ánimo de volver á él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento (art 96), se refiere al domicilio de origen, porque ése es el domicilio que tenía al nacer.

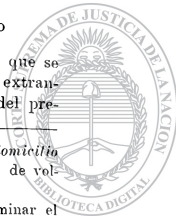
(**Art. 96.**) Habíamos observado con el Dr. Leguizamón en la INSTITUTA, nota 21, que el Código parecía confundir el *domicilio de origen* con el del *nacimiento*, y que de esta confusión de ideas venía la ex-

conocer de la gestión sobre cumplimiento de una obligación, el del lugar elegido por las partes para su ejecución.—XXIII, 126.

El tribunal competente para conocer en las cuestiones procedentes del contrato de sociedad, es el del lugar donde ésta hace sus negocios y tiene localizada la administración.—LV, 311.

No corresponde á los tribunales federales de la República conocer de recla-

(**Art. 89.**) Véase pág. 164.



No hay incongruencia entre la disposición anterior, que se refiere al abandono del domicilio que se tenía en país extranjero, sin conocerse el nuevo que hubiese elegido, y la del pre-

presión de que se sirve nuestro artículo, cuando señala el *domicilio del nacimiento*, si se ha abandonado el anterior sin ánimo de volver á él.

El lugar del nacimiento no tiene importancia para determinar el domicilio de origen, desde que hemos dicho en el art. 89 que es el lugar del domicilio del padre en el día del nacimiento del hijo; y si bien es cierto que de ordinario suelen coincidir, no sucede eso cuando el hijo naciere en otro lugar, y por esa razón se ha negado generalmente al lugar del nacimiento el efecto de determinar la nacionalidad, lo que entre nosotros no ofrecería dudas, por que la ley sobre ciudadanía declara argentinos á los nacidos en el territorio de la República, sin atender al domicilio de los padres.

El domicilio influye en las relaciones de derecho privado, mientras que la nacionalidad determina las relaciones de derecho público.

No reconociendo nuestro Código un domicilio del *nacimiento*, debemos aplicar al de origen lo que se expresa en el artículo.

Es necesario que se abandone el domicilio *real* ó se deje la función permanente que se desempeñaba (*domicilio legal*) y no se conserve la intención de volver, para que se tenga el domicilio de origen. La ley no permite que una persona esté sin domicilio.—Comp. FREITAS, art. 187 y su nota, ZACARIE, § 90.

mos sobre faltas de mercaderías transportadas, cuando en el conocimiento se ha convenido que, si los hubiese, se arreglarán en Bremen, con sujeción á la ley de Bremen y exclusión de los tribunales de otros países.—XXVI, 225.

El juez del lugar elegido para el pago, es competente para hacerlo efectivo.—XXIII, 60.

El contrato de sociedad celebrado en un lugar, y para hacer sus negocios exclusivamente en ese lugar, implica la elección de un domicilio especial que confiere jurisdicción al juez de dicho lugar, para el conocimiento de los derechos y obligaciones emergentes del contrato.—LVI, 217.

El lugar elegido para la ejecución de un acto de comercio, causa domicilio especial para todo lo relativo á ese acto, y las obligaciones que causare.—T. IX, pág. 280.

La designación de lugar que se hace en un contrato para su ejecución, importa la elección hecha por los contrayentes de un domicilio especial al efecto, é implica la extensión de la jurisdicción que pertenecía á los jueces del domicilio real de las personas, á los jueces competentes del domicilio elegido (ley 32, tit. 2, part. 3^a).—XIV. 465.

sente que ordena, que *el último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo (art. 98)*, si estuviere domiciliado en la República.

§ 41. — DE LA CONSERVACIÓN Y CAMBIO DEL DOMICILIO

Una vez que la persona ha adquirido un domicilio, la ley reputa que lo tiene mientras no haya manifestado una intención contraria; así es que *el domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, ó de no adoptar otro (art. 99)*, sin

Algunos han confundido el caso de ignorarse el nuevo domicilio, con aquel en que se ha dejado voluntariamente, el que se tenía en país extranjero; en el primer caso, el domicilio anterior es el que prevalece; en el segundo, como se ha dejado sin ánimo de volver á él, prevalece el domicilio de origen.—Comp. arts. 88, 89 y 100.

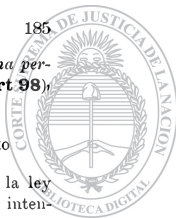
(**Art. 98.**) Cuando una persona ha abandonado su domicilio en la República, ignorándose cuál es el nuevo que ha elegido, la ley reputa que tiene el antiguo, caso diferente de cuando se sabe que realmente ha abandonado el que tenía en país extranjero sin conocer el nuevo, en que es necesario darle el domicilio de origen. En todas estas cuestiones la ley trata de interpretar la voluntad del hombre con el objeto de determinar la competencia de los jueces, y solo tienen su aplicación más general para entablar el juicio testamentario.—Véase ZACARIE, § 90, nota 9, y MERLIN, V.º *Domicilio* § 2.

(**Art. 99.**) Los autores han equiparado al caso de la posesión, en que basta la intención para conservarla, con el domicilio que se conserva por la sola intención de no cambiarlo; hay derechos que nonecesitan estar en actividad para conservarse.

Basta que un individuo haya elegido un domicilio, para que la ley suponga que quiere conservarlo, mientras no haya actos exteriores que demuestren lo contrario.

Se autoriza para cambiarlo inmediatamente, por el hecho de la traslación seguido de la voluntad, y en algunas naciones se autoriza á tomar la vecindad, declarando ante la autoridad competente la voluntad de domiciliarse en el lugar.—FREITAS, 189. AUBRY y RAU, § 144.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 99.—El domicilio, una vez adquirido, se conserva mientras no se manifieste la voluntad de cambiarlo; y tal voluntad no puede presumirse, del hecho de haber el finado residido en los últi-





necesidad de acto alguno que manifieste la voluntad de conservarlo; por eso es que la viuda continúa teniendo el domicilio de su marido fallecido, mientras no lo cambia.

El cambio del domicilio puede operarse por la traslación de la persona á otro lugar, con ánimo de permanecer en él, ó por tener su establecimiento principal en ese lugar. Así, *la residencia involuntaria por destierro, prisión, etc., no altera el domicilio anterior, si se conserva allí la familia, ó se tiene el asiento principal de los negocios* (art. 95), porque la ley reputa con razón la intención de conservarlo, desde que no ha hecho un acto voluntario para cambiarlo.

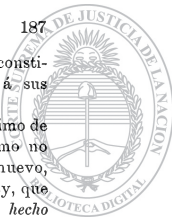
Para abandonar el domicilio, se necesita hacer intervenir la voluntad, manifestada por hechos que no dejen duda.

El domicilio (real) puede cambiarse de un lugar á otro, sin que esta facultad pueda ser coartada, ni por contrato ni por disposición de última voluntad (art. 97, 1ª parte), dando una im-

(Art. 95.) Freitas considera como domicilio *necesario* (lo que nuestro Código llama *legal*), al lugar de la residencia involuntaria, por prisión, destierro, etc., si no tuviere familia ó asiento principal de sus negocios en su domicilio anterior. El Código de Chile, art. 65 expresa el mismo pensamiento bajo diversa forma. El nuestro contiene la misma idea con menos claridad, cuando dice: que el domicilio anterior no se altera por la residencia involuntaria, si se tiene allí la familia, etc., olvidando determinar cuál será el domicilio del desterrado cuando no tiene familia ni negocios. Restituyendo la claridad al pensamiento, establecemos: 1º, que el lugar de la prisión ó destierro es el domicilio del condenado; 2º, que se tiene el domicilio anterior, cuando el condenado ha conservado allí su familia ó el asiento principal de sus negocios.—Comp. FREITAS, 176, n° 5 y Cód. DE CHILE art. 65.

(Art. 97.) Siendo la libertad el elemento esencial del domicilio real, ella no debe ser coartada de manera á *hacerla desaparecer*. No encontraríamos de otro modo suficientemente justificada una prohibición tan absoluta, porque la libertad de cambiar de lugar no es supe-

mos meses de su vida en el segundo lugar, haberse allí casado *in extremis*, y fallecido, cuando consta que se trasladó á ese punto por motivos de salud, y conservó en el otro su casa habitación en esa calidad, con sus muebles, papeles, etcétera—LX. 98.



portancia tal á esta facultad que, tomada en absoluto, constituiría una verdadera anomalía; por eso debe reducirse á sus justos límites, como se expresa en la nota.

Cuando una persona se traslada á otro lugar con el ánimo de permanecer en él, pierde el domicilio abandonado, y como no puede estar sin domicilio, adquiere instantáneamente el nuevo, sin que haya interrupción alguna, y por eso dice la ley, que *el cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar á otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento* (art. 97, 2ª parte).

§ 42.—DE LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

La Constitución Nacional ha conferido á las Provincias la facultad de dictar los códigos de procedimientos que deben regir

rrior á las demás libertades que el hombre puede limitar por contrato, y por eso he opinado en el art. 531, que solo debe entenderse cuando la obligación abraza toda la vida de la persona, y no determinado espacio de tiempo. Exigir que una persona viva en determinado lugar, mientras se realiza el negocio contratado, sería una cláusula perfectamente válida, y sin embargo, se coarta la libertad de cambiar de domicilio; no es á esto que se refiere el artículo.

El cambio de residencia, unido al *ánimo* de permanecer en el lugar que se ha elegido, hace que se adquiera inmediatamente el nuevo domicilio.

Pero ¿qué elementos bastarán para que ese cambio se opere? Serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán según las circunstancias y casos, en que muchas veces se decidirá por la residencia y el ejercicio de ciertos derechos políticos, ó por el pago de ciertas contribuciones.

La expresión *instantáneamente* de que se sirve el Código, importa decir, que el domicilio se adquiere por el hecho de la *habitación real* (como dicen Aubry y Rau, § 144, nota 9), unido á la intención de fijarse allí. —Véase ZACARIE, § 90, nota 8. TOULLIER, I, 371. MERLIN, Rep. V.º *Domicilio*, § 2. Comp. n.º 531 n.º 1 y 3600.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 97.—Cód. FRANCÉS, art. 103, Cód. SARDO, art. 61.



en los tribunales provinciales, por consiguiente las cuestiones que el Código Civil resolviese á este respecto, sólo tendrán efecto en la capital y territorios federales; así, cuando se dice que *el domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre la sucesión* (art. 90, n° 7), y se repite en el art. 3284 que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde á los jueces del lugar del último domicilio del difunto, se entiende que es sin perjuicio de las jurisdicciones provinciales.

Cuando el código dice que *el domicilio de derecho (legal) y el domicilio real determinan la competencia de las autoridades públicas para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de las obligaciones* (art. 100), se entiende que es para los derechos per-

(Art. 90, n° 7.) Consideramos muy discutible y dudosa la facultad del Congreso para comprender en el Código Civil, materia de jurisdicción que corresponde á la ley de forma; pero aceptando como cierta, respecto de la capital federal y territorios nacionales, no creemos que está bien en este número hablar sobre domicilio legal, tratándose de una persona fallecida que ha tenido domicilio real. El último domicilio del difunto será el domicilio legal de la sucesión, eso es lo que significa el artículo, viniendo á confundirse así el domicilio *legal* con el *real*. ¿Qué sucedería cuando el difunto tenía su domicilio legal en una parte, y en otra su familia y el asiento principal de sus negocios?

Según el artículo, la sucesión se abriría en el último domicilio, sin hacer distinción entre el real y el legal; pero como el domicilio legal no admite prueba en contra, sino en el caso de los militares, resultaría que un individuo no puede tener su domicilio real y legal en diversos lugares, pues el domicilio *legal* excluye el real.—Comp. arts. 10 y 3283.

(Art. 100.) Es necesario determinar con certeza el lugar donde una persona existe, porque sin la idea del lugar, no se tiene la del

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 90, n° 7.—Cód. FRANCÉS, art. 110. Cód. SARDO, 74.

Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 90, n° 7.—Probado el domicilio del padre en la fecha de su muerte, el del tutor que lo tuvo y conservó hasta la muerte de su pupila, éste es el lugar que debe considerarse como último domicilio de ésta, y donde debe seguir el juicio de su testamentaria. Esta situación jurídica de las cosas, no puede ser modificada por haberse discernido la tutela en el otro lugar.—LII. 401.

sonales, porque los reales están sometidos á las autoridades donde se encuentran situados los bienes, y se rigen en cuanto al proceso por lo que cada provincia hubiere determinado.

domicilio, y dijimos que este era la relación jurídica entre una persona y el lugar donde vive.

El lugar que determina la jurisdicción se llama generalmente *fuero*, y así decimos, *forum domicilii* cuando se refiere á las relaciones de las personas; *forum rei site*, si se refiere á las cosas, y *forum contractus*, al que nace de los contratos.

El Código reconoce el domicilio legal, el real, el de origen y el especial, en que según las cosas, determinan la competencia de las autoridades que deben conocer en los asuntos.

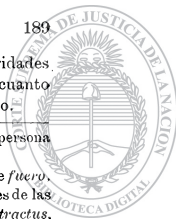
El domicilio legal excluye al real, con excepción del caso de los militares, que pueden manifestar una voluntad contraria; pero ni el legal ni el real excluyen el especial, que siempre se puede elegir para el cumplimiento de las obligaciones.

El domicilio determina la intervención de las autoridades de un lugar respecto del matrimonio, de la emancipación, interdicción, ausencia, autorización marital, separación de bienes, divorcio, apertura de la sucesión, quiebra, etc. Con relación á la apertura de la sucesión, que determina la tutela y la administración, hay que observar estas reglas: 1º, se abrirá la sucesión donde el difunto tenía su domicilio legal; 2º, cuando no lo tuviere, será el domicilio que tenía al tiempo de su fallecimiento. Con relación á los derechos y obligaciones que nacen de los contratos, prima el domicilio especial que se hubiera elegido para su cumplimiento.

El domicilio civil, dice Freitas, se distingue del político, como se distingue, agregaremos, el derecho civil del constitucional. Los derechos y obligaciones que nacen de los actos jurídicos, ó que concede el Código Civil, se refieren al derecho privado, mientras que los derechos políticos se refieren al derecho constitucional.—Comp. ACHRY y RAT., § 145, y nuestros arts. 576, 747 á 749, 1212 á 1216, 3283 á 3285.

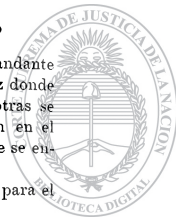
Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 100.—Es competente para conocer en las acciones sobre contratos de transporte por caminos de hierro, la autoridad judicial del lugar en que se encuentra la estación de partida ó la de arribo, aunque la administración general del ferro-carril resida en otro lugar.—XLII, 334.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 100.—Sobre cumplimiento de un contrato de compra-venta fechado en esta Capital, corresponde su conocimiento á esta jurisdicción, aun cuando el inmueble se encuentre situado fuera de ella.—Jur. Civ., t. VI, pág. 411, Sér. 2º.



En algunas provincias se deja á la elección del demandante entablar la reclamación de una cosa mueble ante el juez donde la cosa se encontrare ó en el domicilio del deudor; en otras se le autoriza para exigir el cumplimiento de la obligación en el lugar donde se hubiere firmado el contrato, siempre que se encuentre allí el demandado.

Es entendido que el domicilio elegido por las partes para el cumplimiento del contrato, prima sobre los demás.



TÍTULO VII

FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS (a)

§ 43.—DOCUMENTOS NECESARIOS PARA PROBAR EL FALLECIMIENTO

En la República se ha rechazado el sistema que hacía desaparecer á la persona despojándola de todos sus derechos por la profesión en institutos monásticos, ó por la muerte civil, que se imponía como una pena.

La capacidad para adquirir no puede perderse en absoluto mientras la persona exista, cualquiera que sea su estado. Así es que, *termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas (art. 103).*

(Art. 103.) El membrete del título es incompleto, debía decir: *fin de la existencia de las personas de existencia visible*, como lo trae Freitas art. 240, porque las de existencia ideal concluyen de otra manera y se ha tratado separadamente de ellas.

El ser humano no termina su existencia sino por la muerte; es decir, que los derechos atribuidos á esa existencia dejan de pertenecerle solo cuando ha fallecido, si bien algunos pueden serle negados, aún viviendo, en determinados casos.

La muerte civil, que significaba la privación de todos los derechos, considerando al individuo como si hubiera muerto, ha desaparecido por nuestras leyes, y no puede aplicarse en ningún caso.

El penado puede tener ciertas incapacidades que son inherentes á su situación; pero eso no le impide adquirir bienes por donación ó herencia.

El religioso profeso que ha hecho voto de pobreza y renunciado todos sus bienes en favor de su convento, por ejemplo, no está impedido de recibir por donación ó herencia y puede contratar para su convento, comprar bienes muebles á dinero de contado (art. 1160). Estas

(a) Este título se encuentra modificado para la capital federal y territorios nacionales por la ley del Registro Civil; pero rige en toda su integridad para la República





No se deben confundir las incapacidades que provienen de ciertos estados, que se refieren á la facultad de obrar ó de adquirir ciertos derechos, con los que privan por completo la adquisición de derecho alguno, como sería la muerte civil.

incapacidades, son más bien el resultado de la dependencia en que se encuentran, ó de la imposibilidad de ejecutar ciertos actos. La pena solo priva en ciertos casos del ejercicio de los derechos civiles; pero los derechos políticos pueden perderse ó suspenderse.

El agregado que ha hecho nuestro Código al 240 de Freitas, es meramente doctrinario, porque no habiendo muerte civil, no necesitaba de una declaración expresa.—Comp. art. 398, n° 16, 990, 1160, 2011, n° 6.

Téngase presente la ley de Reg. Civil, art. 63 á 80, que ha reformado este título para la capital y territorios federales.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 103.—Los votos solemnes en comunidades religiosas, causan incapacidad para todos los efectos civiles. Desde ese momento, la sucesión de los religiosos es deferida según su testamento, ó se da á los parientes que se encuentran en el grado de sucederles. Pero esta posición de una persona viva no ha podido sostenerse sino con excepciones tan comunes, que todos los días vemos dejar sin efecto la ley que causó la muerte civil por la profesión religiosa. El religioso profeso que ha sido elevado al episcopado y queda secularizado, recobra por su promoción á esta dignidad la vida civil que había perdido por su profesión, y viene á ser capaz de todas las funciones públicas; puede adouirir bienes por toda clase de actos; tiene derecho de disponer por testamento de los que posee, y abintestato transmite su sucesión á sus parientes.

También los religiosos, curas de las parroquias, como ha habido tantos ejemplos en la República, pueden adquirir bienes y disponer de ellos libremente.

Son también restituidos á la vida civil los religiosos que obtienen dispensa de sus votos, dispensas comunes y tan fáciles de obtener, como lo vemos diariamente. Causaba tantas dificultades en la familia esta aparición repentina del individuo á quien ya se habla heredado ó contádosole por muerto en la sucesión de los padres, que Francia no reconoció, como asegura Pothier, la facultad de esas dispensas ni aun en el Sumo Pontífice, y no eran por ellas restituidos á la vida civil los religiosos dispensados de sus votos. En la República Argentina no ha sido así, y ha dependido de un Obispo, de un Vicario Apostólico, y aun de los Vicarios Capitulares, derogar las leyes y restituir la vida civil á los muertos civilmente por la profesión religiosa. Es mejor, pues, que tales leyes no existan, cuando son tantos los medios de dejarlas sin efecto, causando cuestiones difíciles en las familias, tanto más cuanto que ni la muerte civil era efectiva. Mil veces los religiosos han sido miembros de los Cuerpos Legislativos, nacionales ó provinciales, y en muchos pueblos lo son hasta hoy.

Así pues, si una sucesión es deferida á un religioso ó religiosa, pueden éstos



La muerte de las personas, ocurrida dentro de la República, en alta mar ó en país extranjero, se prueba como el nacimiento en iguales casos (art. 104).

Cuando se tratare del fallecimiento de los militares en campaña, sea que tenga lugar en encuentro de guerra, ó por enfermedades, se debe distinguir: *si los militares son muertos en combate, respecto de los cuales no hubiese sido posible hacer asientos por lo que conste en el Ministerio de la Guerra (art 105), si la*

(Art. 104.) El fallecimiento ocurrido en la capital federal y territorios nacionales se prueba por las partidas del registro civil, y cuando no hubiere registros ó se hubieren perdido ó destruido, ó los asientos estuvieran mal hechos, se regirá por lo que dijimos en el art. 85, respecto del nacimiento. En las Provincias se probarán en la forma que determinen las leyes respectivas.—FREITAS, art. 241. Comp. arts. 80 á 85.

(Art. 105.) Puede ocurrir el caso en que por circunstancias especiales, no hubiera constancia del fallecimiento, por no existir antecedente en el Ministerio de la Guerra, y es necesario no confundirlo con el de las personas ausentes, con presunción de fallecimiento. En caso de un desastre del ejército, se puede demostrar la muerte por me-

hacer una abdicación voluntaria de ella con más conocimiento que las que hacen de las sucesiones futuras al profesar. El religioso, por conservar la vida civil, no deja de ser miembro de una persona jurídica, su convento, sujeto en un todo á los estatutos que lo rijan.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 103.—No procede la formación testamentaria, si no existe debidamente comprobado el fallecimiento.—Jur. Civ., III, pág. 93, Sér. 5ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 104.—A falta de las partidas en los libros parroquiales, el fallecimiento puede probarse por información.—Jur. Civ., I, pág. 378.

Las afirmaciones de los Cónsules estrajeros sobre hechos que no han presenciado no bastan para desvirtuar las constancias de una partida de defunción expedida en forma.—Jur. Civ., IX, pág. 331, Sér. 1ª.

La prueba de la falsedad de una partida parroquial corresponde al que la afirma.—Jur. Civ., IX, 331, Sér. 1ª.

Las partidas parroquiales son consideradas como instrumentos públicos, salvo el derecho de los interesados de impugnar sus aseveraciones, correspondiendo la prueba al que alega la falsedad.—Jur. Civ., IX, pág. 331, Sér. 1ª.

La prueba testimonial no es bastante para justificar el fallecimiento de un testigo de un documento privado.—Jur. Com., V, pág. 253, Sér. 2ª.

muerte de los militares (ocurriese) dentro de la República ó en campaña, y la de los empleados en servicio del ejército, (se probará) por certificados de los respectivos registros de los hospitales ó ambulancias (art. 107).

Cuando el fallecimiento hubiese ocurrido *en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales ó lazaretos*, (se probará) *por lo que conste de los respectivos asientos, sin perjuicio de las pruebas generales (art 106).*

dio de testigos que hubieren presenciado el hecho, y bastará que el Ministerio informe que no hay antecedentes, para que la prueba del fallecimiento se admita.

Esto puede tener lugar con relación á las personas que sin ser militares, acompañen á la expedición.

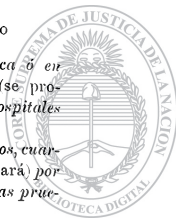
¿Se admitirá igualmente en caso el individuo sirviera de voluntario en un ejército extranjero? Creemos que debe ocurrirse á los medios de prueba autorizados en la nación á quien sirven y donde ha ocurrido el fallecimiento.—FREITAS, art. 241, n° 3.

(Art. 107.) El fallecimiento de los militares en campaña en el territorio nacional, ó de los empleados en su servicio, ó de los que acompañaren á la expedición, no debe hacerse constar como dice el artículo, por el asiento de los registros de los hospitales ó ambulancias, sino cuando la muerte hubiere ocurrido en ellas. Si ha muerto en un combate, por ejemplo, debe constar en el Estado Mayor, donde se remiten los partes.

En cuanto á las formalidades y las personas que deben llevar los registros, corresponde á las autoridades respectivas el determinarlo. Si el asiento faese atacado por carecer de las formalidades exigidas por los reglamentos, los jueces tendrán en cuenta que son cuestiones de hecho que se deben resolver según las circunstancias de cada caso.

El artículo se refiere á los que fallecieron *dentro* de la República: pero si el ejército nacional opera en territorio extranjero, debe ocurrirse siempre al Ministerio de la Guerra para demostrar el fallecimiento.—FREITAS, art. 241, n° 2, que habla de hospitales fijos ó ambulantes.

(Art. 106.) Este artículo ha sido modificado por el art. 66 de la ley del Reg. Civ., á cuya nota enviamos, pero como la disposición tiene valor fuera de la capital y territorios federales, hemos creído necesario incluirlo.





§ 44. — CUANDO NO HUBIERE ASIENTOS PARA DEMOSTRAR
EL FALLECIMIENTO

Siendo el fallecimiento un hecho de la misma naturaleza que el nacimiento, se puede demostrar por cualquier género de prueba; así *á falta de los referidos documentos, las pruebas del fallecimiento de las personas podrán ser suplidas por otros en los cuales conste el fallecimiento, ó por declaraciones de testigos que sobre él depongan (art. 108)*, del mismo modo se admitirá la prueba, cuando en el asiento se hubiera cambiado el nombre.

El fallecimiento como hecho, puede demostrarse aún sin ocurrir al registro; p. e., si hubiera tenido lugar en el desierto ó en alguna expedición científica ó industrial; bastará entonces, la declaración de dos personas mayores que lo hayan visto muerto.

En los casos de transmisión de derechos hereditarios, *si dos ó más personas hubiesen fallecido en un desastre común ó en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo*

La disposición debe aplicarse á los conventos que existiesen en lugares desiertos, así como á las fortalezas y lazaretos que por su situación y aislamiento no tuvieran comunicación, en ese caso, se debe atender á los registros que llevaren; pero no así á los hospitales, cuarteles y prisiones, que estén en el municipio ó territorios federales pues, son regidos por el art. 66, y si en las Provincias, por lo que ellas determinaren.—FREITAS, art. 241, n° 4.

(**Art. 108.**) Nuestro artículo ha suprimido una parte importantísima que trae Freitas, sobre el caso en que se encuentren en presencia de un cadáver, y ignorándose quién fuera el individuo. La ley del Registro Civil prevee el caso. La identidad personal de los fallecidos es necesario demostrarla, aunque sea por testigos.—FREITAS, art. 242.

"Faltas de la Cám. de Apel. de la Cap. Aplicación del art. 108.—Siempre que la presentación de las partidas de estado civil sea difícil aunque imposible, es procedente la información.—Jur. Civ., t. 1, pág. 367, Sér. 4°.



tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derechos entre ellas (art. 109).

El desastre puede ser común y fallecer todos los que se encontraban en el lugar, ó quedar algunos. En el primer caso, si otros lo hubieran presenciado y pudiera demostrarse por testigos que uno falleció primero y el otro después, se debe estar á lo probado: lo mismo en la segunda hipótesis. La presunción de derecho es para cuando no hubiese prueba que demostrase lo contrario.

¿Se concluirá que en cualquier circunstancia en que se encontrasen muertas dos ó más personas que deban sucederse, se reputan fallecidas al mismo tiempo? No lo creo; pero son cuestio-

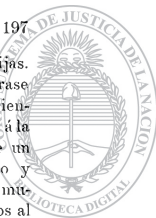
(**Art. 109.**) Nuestro Código se ha decidido por la doctrina contraria que resumía las Partidas y el Código Francés, estableciendo las presunciones legales para el caso de muerte de varias personas, ignorándose cuál fué primera.

Las antiguas leyes tenían su razón de ser, cuando trataban de averiguar la verdad de los hechos, recurriendo á las presunciones legales para probarlos. Es más sencillo, sin duda, suponer que en un naufragio ha fallecido al mismo tiempo un niño de seis meses, que su padre de veinticinco años que era un nadador excelente; pero no está de acuerdo con la verdad de lo que ha debido suceder.

Hay casos en que interesa á la sociedad el crear una presunción para determinar los derechos, como sucede con el de la concepción del hijo de la viuda, que contrajo segundas nupcias, dentro de los 300 días de anulado ó disuelto el primero.

No creemos, como el Dr. Velez, que sea mejor legislar, estableciendo que han muerto todos al mismo tiempo, porque la ley debe fundarse en la verdad probable de los hechos sucedidos, y á pesar de la grande autoridad del Código de Chile y del Proyecto del Dr. Freitas, no pienso que se haya mejorado con la reforma. No obstante, como los casos son raros y la presunción se establece, para cuando no se pueda averiguar cómo ocurrió la muerte, la disposición que observamos tendrá escasa importancia.

La presunción de fallecimiento simultáneo se aplicará á cualquier caso en que dos personas hayan fallecido de muerte natural en una misma casa, fuera de la presencia de testigos? Creo que sí, cuando el accidente ha pesado igualmente sobre ambos; pero no cuando hubie-



nes de hecho sobre las que no se pueden establecer reglas fijas. Por ejemplo, tratándose de un asesinato en que se encontrase muerto al marido y á la mujer, pudiendo hacerse constar científicamente que hace algunas horas que este fué asesinado, y á la mujer con su cuerpo aun caliente; si á esto se agregare que un menor de catorce años ha presenciado oculto el asesinato y confirma que el hombre fué muerto primero y después la mujer, no creo que podría sostenerse que ambos fueron muertos al mismo tiempo. El art. 3419 dice, que un instante que hubiera sobrevivido, bastaría para sucederle.

Téngase en cuenta que el desastre común debe pesar igualmente sobre los que han perecido, pues si estuvieron separados, aunque la muerte tenga lugar en el mismo día, la presunción no debe aplicarse.

ran estado separados, aunque la muerte hubiera tenido lugar en el mismo día, como si en caso de peste cada uno hubiera fallecido en sus respectivas casas en el mismo día, se podrá demostrar quién falleció primero.— Véase MARCADÉ al art. 722, DEMOLOMBE, XIII, 814. DEMANTE, III, 22, *bis*. Comp. CÓD. DE CHILE, art. 79. FREITAS, art. 243.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 109—Todos los Códigos modernos, con excepción del de Chile, han creado presunciones de derecho sobre la prioridad de la muerte, cuando muchos mueren á un tiempo, derivándolas de la edad ó del sexo. Para unos, primero deben haber muerto las mujeres que los varones; para otros, la edad de las personas parece que fija el orden del fallecimiento. Pero estas presunciones de derecho, que también se ven en las leyes de Partida, eran arbitrarias, y sin ningún fundamento positivo, y lo que es más, no había necesidad alguna de crear tales presunciones de derecho. ¿Qué interés social se presentaba para que necesariamente hubiera una trasmisión de derechos entre personas que habían fallecido á un tiempo, ó de quienes se ignoraba cuál hubiese muerto primero? Mejor es legislar el caso como el Código de Chile y como lo propone Freitas, estableciendo que han muerto todas en el mismo momento y que no ha habido entre ellas trasmisión alguna de derechos. De esto no puede resultar cuestión alguna entre los sucesores de esas personas.

TÍTULO VIII

DE LAS PERSONAS AUSENTES CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

§ 45.—DE LA AUSENCIA EN GENERAL

Se llama ausente al que no se encuentra presente en un lugar determinado, pero esto es en el sentido vulgar. La ausencia en el sentido legal, es la no presencia del individuo que trae aparejada su representación necesaria, en actos que deben ejecutarse con su intervención, como en los casos en que estando ausente el propietario se le nombra representante para que asista al inventario del inmueble dado en usufructo, ó al juicio de cancelación de la hipoteca, ó al de partición de la herencia; pero la ausencia de que se ocupa este título, no es el de la no presencia para su representación, sino de aquella en que dalgún á la presunción de su fallecimiento, para apoderarse de sus bienes ó ejercer sus derechos.

La ausencia de una persona del lugar de su domicilio ó residencia en la República, haya ó no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años causa la presunción de su fallecimiento (art 110).

(**Art. 110.**) Freitas, en el art. 107 y sig., regla lo que debe entenderse por ausentes declarados en juicio, para que no se confunda con la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, de que habla en los arts. 244 y sig., y que nuestro Código ha seguido casi sin modificación. Y en la nota haciendo la explicación del sistema adoptado, nos dice, que se puede estar ausente en diversas circunstancias, presentando las cuatro hipótesis siguientes: 1º, ausente, sin que la ausencia se haya declarado en juicio, para que tenga lugar la representación necesaria; 2º, ausente declarado en juicio al efecto de ser representado; 3º, ausente con presunción de fallecimiento, que da lugar á la *posesión prorisoria* de los herederos del ausente; 4º, ausente con presunción de fallecimiento, que da lugar á la *posesión definitiva*; agregando que la ausencia del segundo caso, es la declarada en juicio,



La ley ha querido conciliar los intereses de las personas ausentes, con los que tienen las presentes en los bienes que pertenecen á aquellos, y lo ha hecho, á mi juicio, de una manera incom-

que da lugar á la representación necesaria del art. 44, n° 3, que es nuestro art. 54, n° 5, y de la que trata en los arts. 107 y sig.; así como la ausencia con presunción de fallecimiento, la trata en los arts. 244 y sig. Refiriendo, pues, nuestras disposiciones á su origen, no se debe confundir, como lo hacen algunos, la ausencia para el objeto de la representación en juicio, con la ausencia para la sucesión provisoria ó definitiva de los bienes.

Nuestro Código habla de la ausencia que no tiene por objeto la posesión de bienes, en los arts. 310, 756, n° 3, 1147, 1214 y especialmente en estos tres, 2846, 3203 y 3463, en que el juez debe nombrar al ausente, en el 1°, un representante para asistir al inventario; un defensor que siga el juicio en el 2°, y un defensor que represente á los herederos, en el 3°. ¿Cómo puede negarse ante disposiciones tan terminantes, que el Código no habla de otra ausencia que de la con presunción de fallecimiento? Más acertado habría sido afirmar, que el Código ha dejado de legislar sobre esta materia.

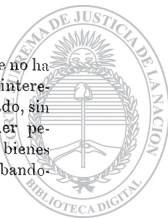
Opino, igualmente, que la ausencia de que habla el art. 54, n° 5, es la declarada en juicio para el objeto de la representación, en un todo semejante á la de los arts. 2846, 3203 y 3463. Según el sistema del Código, hay sólo dos clases de ausencia: 1°, la declarada en juicio para dar representación al ausente; 2°, la que tiene por objeto entregar los bienes á los herederos del ausente, y esa es la de que se ocupa este artículo.—Véase FREITAS, notas á los arts. 107 y 244, n° 1.

Para que el juicio de ausencia con presunción de fallecimiento pueda tener lugar, es necesario que el individuo haya tenido su domicilio en la República, en la época de la ausencia, pues de otro modo no se comprendería la declaración, aunque tuviera bienes en ella; esto no impediría que pueda ser declarado ausente, para ser representado en juicio con relación á esos bienes: y esto es una prueba de que son dos ausencias completamente diferentes.

Un individuo domiciliado en Francia puede tener una propiedad en la República, que fuera ejecutada por impuestos, en que sería necesario declararlo ausente y nombrarle un defensor, mientras que nadie podría intentar la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, por su falta de presencia en el país.

Aquí, la palabra *residencia* está tomada como sinónimo de *domici-*





pleta, porque deja abandonados los bienes del ausente que no ha dejado representante, sin acordar derecho alguno á los interesados durante los seis años. Nuestro Código se ha separado, sin razón, de la legislación francesa, que provee á este primer período, autorizando medidas para la conservación de los bienes que hubiere dejado el ausente, y que no deben quedar abandonados en perjuicio de todos.

lio, porque no bastaría que la persona hubiera venido á la República y ausentándose en seguida, para que se pudiera promover el juicio de ausencia; otra cosa sería si se ignorase el domicilio.

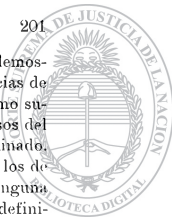
Cuando el propietario de bienes raíces situados en la República, estuviere domiciliado en el extranjero, la sentencia de declaración de ausencia dictada por los tribunales del domicilio, deberá ser cumplida entre nosotros, si viene con todos los requisitos necesarios para que la propiedad pueda ser transmitida con arreglo al art. 10.

Debia existir una disposición referente á los bienes de los ausentes, que no tuvieran su domicilio en la República, que entregara los bienes á la administración fiscal provisoria, durante tantos años, y definitivamente después, impidiendo que terceros extraños se apoderaran de ellos.

Otra de las diferencias entre la ausencia declarada en juicio y la con presunción de fallecimiento, es que no tendrá lugar la primera, cuando hubiere dejado representante al ausentarse, mientras que tiene lugar la segunda aun habiéndolo dejado, si han pasado seis años sin que se tenga noticia desde la ausencia, ó desde que se tuvo la última noticia.—FREITAS, arts. 107, 129 y 244 con sus notas. Comp. arts. 310, 756, n° 3, 1147, 1214, 2846, 3203 y 3463.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 110—Freitas observa que el Código Francés y los demás que lo han seguido, no hablan precisamente de la ausencia como presunción de fallecimiento, y no se comprende de qué ausencia tratan, pues el carácter de esta es modificado por la circunstancia de haber dejado ó no el ausente, apoderado ó representante legal. La declaración judicial, que por esos Códigos debe hacerse, es meramente declaración de ausencia, cuando deba ser declaración del día del fallecimiento presunto, según las mismas resoluciones finales, que en dichos Códigos se advierten. Es pues, inútil notar las concordancias de los Códigos extranjeros.

En la legislación española sólo hay la L. 14, tít. 14, Part. 3ª, que dice: «*Si aquel de cuya muerte dudaban, dicen que en extrañas é luengas tierras es muerto, é gran tiempo es pasado, así como diez años arriba, abonda que prueben que esto es fama entre los de aquel lugar, ó que públicamente dicen todas que es muerto.*»



No hay razón para esperar los seis años, si se puede demostrar que al año ó dos de ausencia no se han tenido noticias de él, y que sus bienes se encuentran sin administrador; como sucede para nombrar tutor al hijo del ausente en los casos del art. 310, en que no es necesario esperar un tiempo determinado.

Y al tratar de conciliar los intereses del ausente con los de los presentes, se debe tener en cuenta que la ley, en ninguna época de la ausencia, aun después de abierta la sucesión definitiva, considera de una manera absoluta la ausencia, como si fuera una muerte verdadera, pues, reserva el derecho al ausente que apareciese para tomar los bienes en el estado en que se encontraren.

Pienso que nuestro Código habría expresado estas ideas con mayor perfección, si hubiera acordado á los presentes más derechos, á medida que las presunciones de muerte se hubieran aumentado.

El que se ausenta de su domicilio sin dejar apoderado y sin que se tenga noticias de él, debe considerársele como si viviera: pero se provee á la conservación de sus bienes, en resguardo de los derechos de los presentes; cuando esa ausencia ha alcanzado á los seis años, la presunción de muerte se presenta, y entonces se concede á los herederos el derecho de abrir la sucesión provisoria, para administrar los bienes; cuando esa ausencia llega á los quince años, la presunción de fallecimiento queda establecida, aunque no de una manera absoluta, y la sucesión definitiva se abre, como en el caso de muerte efectiva.

§ 46.— DEL TIEMPO DE LA AUSENCIA Y MANERA DE CONTARLO

La ausencia puede ser de tres, seis y quince años. La de tres años, autoriza la apertura de la sucesión provisoria; y se ha dispuesto que, *causa también presunción de fallecimiento la desaparición de cualquiera persona domiciliada ó residente en la República (tenga ó no representante), que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, ó que naufragase en un buque perdido ó reputado por tal, ó que se hallase en el lugar de un incendio, terremoto ú otro suceso semejante, en que hubiesen muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticia por tres*



años consecutivos. Los tres años serán contados desde el día del suceso, si fuese conocido, ó desde un término medio entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió, ó pudo haber ocurrido (art. 112), debiendo recordarse que el individuo ausente no debe tener su domicilio fuera de la República, porque en ese caso no habría lugar á declaración de ausencia.

(**Art. 112.**) Nuestro Código ha introducido, al parecer, una reforma al art. 81, n° 7, del Cód. de Chile y art. 244, n° 2 de Freitas, agregando la expresión, *en que hubieren muerto varias personas*, pareciendo indicar que en el naufragio, terremoto, etc., la presunción de fallecimiento no tendrá lugar, cuando no existiere esa circunstancia; pero no creo se deba dar tal inteligencia, contraría al pensamiento. En efecto, en caso de combate ó conflicto de guerra, el individuo debe ser herido gravemente para que su desaparición cause presunción de fallecimiento á los tres años. ¿Será necesario probar el combate y la herida grave? Así lo creemos, porque su desaparición desde ese día, sin constar que hubiera sido herido, no bastaría para la presunción de tres años, sino para la de seis del art. 110. Pero en caso de naufragio, ¿es necesario que hayan perecido *varias personas* para establecer la presunción? No: porque su desaparición da lugar á la presunción, si durante tres años nada se ha sabido de él: pues, pueden haberse salvado todos sin que nadie lo haya visto morir, pero la importancia es demostrar que no se salvó con los demás naufragos: lo mismo sucedería en caso de incendio, si todos los que habitaban la casa se salvaron y nada se supiera desde entonces del que se encontraba en ella, la ley lo considera fallecido y abre la sucesión provisoriamente. Así es que, el agregado no se encuentra en los códigos que sirvieron de modelo y debe considerarse como una mera explicación, para hacer más claro el concepto y no como una condición.

Se entiende, como dice Freitas, que el plazo debe contarse aunque haya dejado representante.

La carencia de noticia debe partir desde el acontecimiento, porque si se tuvo alguna después de él, ya no tendrá lugar la ausencia de tres años, sino la de seis.

Cuando no pudiera determinarse el día en que el suceso ocurrió, se tomará el término medio entre el principio y fin en que pudo haber ocurrido: hay pues, impropiedad en decir que el suceso *ocurrió*. Un vapor salido para Burdeos sin escalas, que ordinariamente hace el viaje en 24 días, habiendo desaparecido, sin que se sepa cuándo, se



Para que la ausencia de seis años, autorice á pedir la declaración de fallecimiento presuntivo y la posesión provisoria de los bienes del ausente, es necesario que *los seis años sean contados desde el día de la ausencia, si nunca se tuvo noticia del ausente, ó desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él (art. 111)*, sin que influya el hecho de haber dejado apoderado en la República.

Nótese que en la ausencia de tres y seis años, los herederos presuntivos permanecen en la inacción, sin que puedan pedir medidas para la conservación y seguridad de los bienes, hasta que no se cumplan los plazos indicados, lo que es un vacío que se debe llenar.

La ausencia de quince años, que autoriza la apertura de la sucesión definitiva, se cuenta lo mismo que la de seis y la

juzgará que fué á los 12 días de su salida.—Véase Cód. DE CHILE, art. 81, n° 7 y FREITAS art. 244, n° 2 y su nota; Comp. art. 117.

La sucesión se abre provisoriamente para dar la administración de los bienes á los herederos.

(**Art. 111.**) Las leyes de procedimientos determinarán la prueba que debe darse para justificar la ausencia.

Freitas dice, que debe contarse desde el primer día de la ausencia ¿Correrán los días que hubiere estado en la rada el buque que lo conduce, ó desde que el buque hubiere salido de la jurisdicción argentina? Son cuestiones de hecho, que los jueces aprecian según los casos.

Si el ausente no hubiere salido de la República, el tiempo se contará lo mismo que en la ausencia al extranjero, con la diferencia de que la ausencia se probará desde la desaparición del último lugar en que estuvo, y no desde que salió de su domicilio. Cuando se ausentó para el extranjero y hubiera estado en comunicación con su familia ó con el apoderado que dejó, se contará desde la última noticia, dice el artículo: esa noticia no solo se refiere á la última carta que hubiere escrito, sino á las que se tuvieron por personas conocidas que le hubieren visto, pero siendo imposible la prueba negativa en este caso, se admitirá como última noticia, la última comunicación, sin perjuicio de que el apoderado ú otro interesado pueda demostrar lo contrario.—FREITAS, art. 244, n° 1, últ. parte.

presunción de fallecimiento no es absoluta, desde que no se autoriza para casarse al cónyuge del ausente.

§ 47.—DEL PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN
DEL FALLECIMIENTO

Pueden pedir una declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento del ausente (y la apertura de la sucesión provisoria), al juez del último domicilio ó residencia de aquél, en los casos de los arts. 110 á 113 (las personas siguientes): (1º), el cónyuge del ausente; (2º), los presuntos herederos legítimos, los instituidos por tales en un testamento abierto, ó los legatarios (la posesión de sus legados); (3º), los que tuviesen derecho á (los) bienes poseídos por el ausente; (4º), los que tuviesen sobre sus bienes (del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte; (5º), el Ministerio fiscal y el Cónsul respectivo, si el ausente fuese extranjero (art. 113).

(Art. 113.) ¿Podrá hacerlo el cónyuge del ausente que estuviere divorciado? Sí; cuando fuere él inocente, y también en el caso en que tuviere algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

Los presuntos herederos *legítimos*; esta expresión debe tomarse como herederos *legales*, así lo dice Freitas, art. 247, n° 1 y en oposición á los testamentarios. Sería mejor expresar en términos generales: el que tenga interés en la herencia, como dice el art. 81, Cód. de Chile.

Cuando hubieren parientes cercanos que permaneciesen en la inacción ó que fueran ignorados, los más lejanos pueden pedir la declaración de ausencia y la posesión de los bienes.

Los que tuviesen derechos subordinados á la condición de la muerte del ausente, como si este fuere usufructuario por ejemplo, el nudo propietario podrá solicitar el fallecimiento presuntivo.

Cuando el ausente no tuviese herederos conocidos en la República, el Ministerio Fiscal podrá pedir la declaratoria, y será parte en estos juicios, hasta que alguien hubiere acreditado la calidad de herederos.

Si por los tratados se concediera algún derecho á los Cónsules, para intervenir en los bienes de sus nacionales en caso de ausencia, podrán ejercitarlos, porque no creo, salvo casos especiales como el presente, el art. 144, n° 4 y algunos otros, que nuestras leyes autoricen *mutu proprio* á agentes extranjeros para ejercer ciertos derechos, cuando la impar-





Los que se presentasen pidiendo esta declaración, deben justificar el tiempo de la ausencia, las diligencias que hubiesen practicado para saber de la existencia del ausente, sin resultado alguno, el derecho á sucederle, y en su caso, el suceso del naufragio, terremoto, acción de guerra, etc., en que el ausente se encontraba (art. 114).

Hecha la solicitud, el juez debe nombrar un defensor al ausente y un curador á sus bienes, si no hubiese administrador de ellos, y citar al ausente por los periódicos (una vez) cada mes, por espacio de seis meses (art. 115); pasados los seis meses, y re-

cialidad y seguridad del procedimiento, está suficientemente garantida por la intervención del Ministerio Público.

(Art. 114.) Cuando se trata de la ausencia de seis años, los que soliciten la declaración, deben justificar las diligencias que han hecho para tener noticias, pues no bastará que se hayan pasado los seis años desde la ausencia, sino han tratado de averiguar de la existencia del ausente, porque sería fácil que estuviera en el mismo lugar á donde se dirigió, y cómo pudo no mantener comunicación con los parientes ó interesados estos ignorasen su existencia: así es que se necesita haber hecho diligencias para saber de él.

Si se tratare de la ausencia de tres años, debe demostrarse igualmente el tiempo corrido, el acontecimiento que tuvo lugar, con las circunstancias que se expresaron en el art. 112.—FREITAS art. 248 y 249.

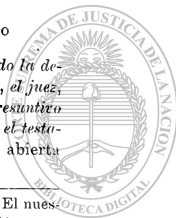
(Art. 115.) Este artículo parece incompleto por la supresión de un período del original de donde fué tomado. Freitas dice: la citación será por seis meses y los edictos serán publicados por seis veces, una cada mes. El Código de Chile dice, que los edictos deberán repetirse hasta tres

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 113.—La declaración de ausente con presunción de fallecimiento, es de competencia del juez del último domicilio del ausente.—Jur. Civ., X, 80, Sér. 3ª.

El Ministerio de Menores solo debe intervenir en los juicios en que los ausentes con presunción de fallecimiento sean parte.—Jur. Civ., I, 175, Sér. 5ª.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 114.—Para que proceda la presunción de fallecimiento, debe justificarse que no han dado resultado las diligencias practicadas para tener noticias del ausente.—Jur. Civ., I, pág. 367, Sér. 4ª.

Producida la información bastante, debe declararse la ausencia con presunción de fallecimiento.—Jur. Civ., I, 181, Sér. 5ª.



cebidas las pruebas que presentaren los que hubiesen pedido la declaración del día presuntivo del fallecimiento del ausente, el juez, oído al defensor de éste, declarará la ausencia y el día presuntivo del fallecimiento del mismo, y mandará abrir, si existiese, el testamento cerrado que hubiese dejado (art. 116), declarando abierta la sucesión provisoriamente.

veces corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones. El nuestro ha olvidado, decir cuántas veces se debe hacer la publicación, aunque la expresión de, *citar al ausente por los periódicos cada mes*, puede entenderse perfectamente que es una vez cada mes: sin embargo, en la duda, puede ordenarse la citación por más días, determinando el juez al mismo tiempo, en cuántos diarios debe hacerse; porque la frase ambigua de que se vale, cuando dice, *por los periódicos*, no es la misma de Freitas que ordena, se haga en uno de los periódicos del lugar, expresión preferible porque determina dónde debe hacerse la publicación y en un diario, mientras que de la nuestra resulta que debe ser en más de uno, sin decir donde.

No hay imposibilidad legal para que el defensor del ausente sea el mismo curador de los bienes.

Cuando el ausente hubiera dejado apoderado, él será el administrador.

Conviene que las leyes de procedimiento determinen la forma de proceder en esta clase de juicios, en que provisoriamente se pueden aplicar por analogía las disposiciones que sean más semejantes.— Véase FREITAS arts. 252 y 253 y Cód. de Chile art. 81, nº 2.

En los casos en que el Ministerio Fiscal tiene intervención (artículo 113) el juicio se seguirá con su audiencia y la del Ministerio Pupilar, porque interviene un incapaz; pero en los demás, la intervención fiscal tendrá lugar, hasta que los herederos ó parientes comprueben su título hereditario.— FREITAS arts. 252 y 253.

(**Art. 116.**) En el sistema adoptado por nuestro Código, que es el de Freitas, la ausencia es con presunción de fallecimiento, con el objeto

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 115.—El curador de bienes de un ausente, para pedir la posesión de ellos, debe iniciar las mismas acciones que éste personalmente iniciarla, y toda resolución que ordene la desposesión del tercero en cuyo poder se encuentren, sin sustanciación, es nula.—Jur. Civ., II, pág. 419, Sér. 2ª.

Cualquiera que sea la prueba producida para justificar la ausencia con presunción del fallecimiento, la información no puede aprobarse sin la publicación de edictos por el término que fija la ley.—Jur. Civ., III, pág. 256, Sér. 3ª.

En el caso del art. 110 (ausencia de seis años), el juez fijará, como día presuntivo del fallecimiento del ausente, el último día de los primeros tres años de la ausencia (cuando no se tuvo noticia de él) ó del día en que se tuvo de él la última noticia; y en el caso del art. 112, el día del conflicto de guerra, naufragio, terremoto, etc., si fuese conocido, y no siéndolo, el día del término medio entre el principio y el fin de la época en que el suceso ocurrió ó pudo haber ocurrido (art. 117).



de heredar al ausente, y la sucesión se abre provisoriamente con ese fin.

El juez debe hacer la declaración del día presuntivo del fallecimiento, y concede la administración al solicitante en su calidad de heredero. Hay confusión al parecer, porque habla de posesión definitiva y provisoria, que puede equivocarse con la declaración del fallecimiento, que siempre es definitiva.

Si el juez no encontrase suficientes las pruebas, rechazará la declaratoria solicitada y continuará en su administración el curador nombrado á los bienes.

Nuestro Código ha olvidado la prueba de la *identidad personal del ausente*, que Freitas exige como una garantía necesaria del fallecimiento presuntivo.—FREITAS arts. 250 y 254- CÓD. DE CHILE art. 81. Comp. 3457 y 3463.

Art. 117.) Fijar el día presuntivo del fallecimiento, es tan importante, que de él depende en muchos casos, un cambio en el orden de la sucesión.

El Código Francés no fija el día presuntivo del fallecimiento, porque solo hace declaración de ausencia.

Freitas nota al art. 257 dice, con razón, que es inverosímil fijarlo en el primero ó en el último día del tiempo exigido por la ley y que se acerca más á la realidad tomándose el término medio; nuestro Código ha seguido esta doctrina enseñada por el CÓD. DE CHILE, art. 81. n° 6 y 7.

Se trata de designar la época en que ha debido morir el individuo, y en la incertidumbre, nos parece que se debió dejar cierta latitud á los jueces para determinarla dentro de los dos años que sirven de intermedio á los seis. Supóngase que una persona se ha ausentado para Francia, sin que se haya tenido noticias de ella desde la ausencia; que aquella nación ha sido invadida por una peste, que ha hecho muchas



No se hará el nombramiento de curador, cuando el ausente hubiera dejado apoderado, pues, este lo representará en el juicio desde que continúa siéndolo, hasta que cese por la declaración del fallecimiento preventivo; tampoco se nombrará administrador provisorio en el momento de la demanda, si el ausente lo hubiera dejado, pues este no cesará, sino con la declaración del fallecimiento presuntivo.

Siguiendo el juicio contradictoriamente con demanda y contestación, la sentencia que se dictare en él, no tiene la autoridad de la cosa juzgada, desde que puede ser revocada por la aparición del ausente ó por tener noticia cierta de él; pero será necesario demostrar de manera á no dejar la menor duda, la existencia del ausente para que la sentencia quede sin efecto.

Si pendiente el juicio de declaración del fallecimiento presuntivo, el ausente estuviera interesado como heredero en una liquidación ó partición de bienes, el apoderado que hubiera dejado lo representará dentro de los límites del mandato; si no hubiere mandatario desempeñará estas funciones el curador que se le nombre, pero con el objeto de velar por la conservación de sus derechos, sin que pueda ejercer otras facultades.

§ 48.—CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DEL FALLECIMIENTO PRESUNTO

Una vez que la sentencia del juez hubiera fijado el día presuntivo del fallecimiento, los herederos testamentarios, y en su falta los legítimos (legales), á la época del presuntivo fallecimiento del ausente, ó los herederos de éstos ó los legatarios, entrarán en lo

victimias; hay mayor probabilidad que haya fallecido entonces y no en el último día de los tres primeros años.

Este artículo fué reformado en su última parte, con arreglo á la crítica que hicimos en la nota 27 de la INSTITUTA, y en vez del término medio entre los tres años como se ordenaba, se señaló entre el principio y fin de la época en que el suceso debió haber ocurrido, como lo establece el Código Chileno. La expresión del Código, en que el suceso *ocurrió*, debe considerarse como suprimida; porque si se conoce el día en que ocurrió, los tres años se contarán desde ese día.—Cód. DE CHILE art. 81, n° 7. FREITAS 257 y 258 y sus notas.

posesión provisoria de los bienes del ausente bajo inventario formal y fianza que aseguren su buena administración. Si no pudiesen dar fianza, el juez podrá exigir la garantía que juzgue conveniente, ó poner los bienes bajo la administración de un tercero (art. 118).

(Art. 118.) Abierta la sucesión provisoria y determinado el día presuntivo del fallecimiento, los bienes se entregarán (para administrarlos) á los herederos instituidos en el testamento y á los legatarios, los legados, en defecto de éstos, á los herederos legítimos con relación al día en que se supone fallecido; de manera que la capacidad de heredar se refiere á ese día.

El día del fallecimiento presuntivo rige no sólo los bienes que ha dejado el ausente, sino sus derechos y acciones; así es que puede compartir una herencia deferida con otros herederos que estuvieren en el mismo grado; pero declarada la sucesión definitiva, será excluido, salvo el derecho de representación, según los casos.

La sucesión provisoria se abre con el objeto de administrar los bienes del ausente; sin embargo, los interesados deben justificar su título á la herencia para entrar en la administración. Si los interesados mismos están obligados á dar fianza por la administración de los bienes que reciben, no creemos que los jueces puedan excluir de este deber á los terceros que nombraren; pues sería raro que no habiendo podido administrar los herederos á quienes corresponderían esos bienes, pudiera hacerlo un extraño, solo porque tenga la confianza del juez.

Este artículo fué también corregido en su parte fundamental, pues indicaba, como el Cód. Francés y Goyena, art. 310, que los herederos debían ser considerados con relación á la época de la *desaparición del ausente*, y no á la del presuntivo fallecimiento, como debía ser y lo establece Freitas y el Cód. de Chile.

El Cód. Francés, art. 120, se refiere á la declaración de ausencia, tomando el día de la desaparición ó de la última noticia como punto de partida para heredar. Nuestro Código ha abandonado este sistema para seguir el del Cód. Chileno.—FREITAS, 260 y 261. GOYENA, art. 310. CÓD. FRANCÉS, art. 120. Comp. arts. 1307, 2000, 3282, 3302.

Faltas de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 118.—La inacción por más de treinta y siete años, de un heredero cuyo paradero se ignora, y que ignoraba el testador desde más de diez años, autoriza al heredero instituido, en reemplazo de aquél, para pedir la posesión de la herencia con garantía.—Ser., Jur. Civ. V. 10. Sér. 1°.





La declaratoria tiene por objeto la conservación de los bienes del ausente, para lo cual no hubiera sido necesario esperar tan largo plazo, sobre todo cuando no ha dejado administrador ó apoderado, así es que *los derechos y las obligaciones del que hubiese obtenido la posesión provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes (art. 119)*; porque la ley no lo considera como fallecido, y sólo trata de armonizar los derechos de los presentes con los del ausente, atendiendo á la conservación de los bienes: así es que, *los herederos presuntivos ó los herederos instituidos, después de dada la posesión provisoria, pueden hacer división provisoria de los bienes, sin poder enajenarlos, sean muebles ó raíces, sin autorización judicial (art. 121)*, porque se trata de una mera administración, en la

(**Art. 119.**) Nuestro Código no cambia el sistema adoptado por Freitas, art. 259, y considera la declaración de fallecimiento presuntivo, como mera ausencia, siguiendo al Cód. Chileno, art. 83, y tiene por objeto conferir la administración de los bienes á los herederos; pero respecto á la capacidad del ausente para heredar, ó á la de los presuntos herederos, para suceder al ausente, se regirá por la que tenían en el día del fallecimiento presunto.

Las facultades del que ha obtenido la posesión provisoria se pueden condensar en las siguientes: hacer inventario y dar fianza para entrar en posesión de los bienes, responder á las reclamaciones que hicieren contra el ausente; prescribir contra los terceros y aun contra los herederos y sucesores del ausente; la prescripción que hubiera comenzado á correr contra el ausente, puede ser interrumpida por sus representantes.

Las responsabilidades personales del que fué puesto en posesión, se extienden á los bienes que reciba bajo inventario; pero no responderá con su propio patrimonio, de las deudas y cargas que graven el patrimonio del ausente. — Goyena, 320. DEMOLOMBE, II, n° 316 y sig. DELVINCOURT, I, pág. 97. MARCADÉ, al art. 134. DURANTON, I, n° 295 y 492. AUBRY y RAU, § 153, n° 3. Comp. 410 á 413, 425, 426, 431 á 450, 458 á 467.

(**Art. 121.**) Es necesario no olvidar que, según la teoría del Código Francés y la de los que lo siguieron, no hay declaración de fallecimiento presunto, sino de ausencia; por consiguiente, no hay apertura de sucesión; mientras que por el sistema del Cód. de Chile y el Pro-

que nada tiene que ver la justicia, cuando no hay disconformidad.

Los herederos legítimos que deben entrar en posesión de la herencia, son aquellos que lo fueren en la época del día pre-

yecto de Freitas, que ha seguido el nuestro, sucede lo contrario: hay muerte presunta y apertura de sucesión para los herederos que lo fueren en la época del fallecimiento: sucesión definitiva y aun división. En nuestro sistema, la posesión se da al heredero del fallecido en virtud de la apertura provisoria de la sucesión, con la diferencia que comiienza por ser una mera administración, y termina por una adjudicación si no se presentare el ausente.

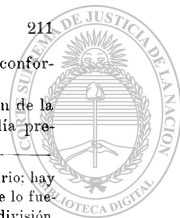
Cuando se hace la división provisoria entre los herederos, pueden ocurrir dos casos: 1º, que se practique, para dividirse el uso y administración de las cosas recibidas, lo que pueden realizar sin autorización judicial: 2º, cuando se han convenido expresamente que esa división servirá para el caso de que sean puestos en posesión definitiva de los bienes.

En el primer caso, dada la posesión definitiva (usando de las palabras del Código), ó declarada la sucesión definitiva (como decimos nosotros), en nada influirá para la división entre los herederos la división provisoria, ni los libertará de las obligaciones que tienen como curadores, en caso apareciere el ausente, por la porción viril que les corresponda. En el 2º, la división se hará del modo convenido, sin que obste el art. 1175: pues no rige el caso, desde que se trata de un presunto fallecido y de la división de sus bienes entre sus presuntos herederos.

Si unos quisieran dividirse provisoriamente los bienes, y otros se negaren, no creemos que pueda obligarse á la minoría á aceptar la división. Son bienes que se deben mantener en común, y debe aplicarse por analogía, las disposiciones sobre la administración de la cosa común.

No importando la división provisoria, ni la declaración de fallecimiento presunto, el ejercicio de derechos hereditarios, y confiriendo sólo derechos de administración, los herederos presuntivos no podrán demandar la reducción de las donaciones inoficiosas, ni la colación.

Según el sistema de nuestro Código, el ausente declarado fallecido viene á ser incapaz, porque el representante que hubiere dejado cesa en su mandato y lo reemplaza el que se le nombrare, ó los herederos presuntivos.



suntivo del fallecimiento, y por esa razón es de vital importancia determinar ese día, porque puede ser heredero á la época de la desaparición, y no serlo en la que se fija el día presuntivo del fallecimiento.

§ 49.—DE LA APERTURA DEFINITIVA DE LA SUCESIÓN

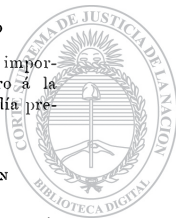
La declaración de fallecimiento presuntivo, solo abre provisoriamente la sucesión en la ausencia de tres y seis años, con el objeto de encargar de la administración de los bienes á los presuntos herederos. La ausencia de quince años abre definitivamente la sucesión, para transmitir los bienes del ausente á sus herederos presuntivos ó á los instituidos en un testamento válido, y para que estos ejerzan los derechos del presunto fallecido; pero no produce el efecto de considerarlo como muerto, para libertar al otro cónyuge y autorizarlo á volverse á casar.

La ley admite la posibilidad de su existencia y por eso le conserva los derechos en caso volviera á aparecer, autorizándolo para tomar los bienes en el estado en que los encontrase.

Pasados quince años desde la desaparición del ausente, ó desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, ú ochenta desde su nacimiento, el juez, á instancia de parte interesada, podrá dar la posesión definitiva de los bienes del ausente á los herederos instituidos, si hubiese testamento, y no habiéndolo á los herederos presuntivos el día del presunto fallecimiento del ausente, á los lega-

El art. 83, Cód. de Chile y 259 de Freitas, declaran como *mera ausencia* durante los seis y tres años respectivamente, y autorizan al representante para continuar su mandato; nuestro Código lo hace cesar.

Estas disposiciones y las anteriores, se resienten de las oscilaciones entre los dos sistemas: declaración sólo de ausencia; declaración de fallecimiento presuntivo.—Comp. Cód. FRANCÉS, 125 y 131. GOYENA, art. 321. Cód. DE CHILE, art. 83. FREITAS, art. 259 y su nota. Comp. arts. cit. en el 119.



tarios y á todos los que tengan derechos subordinados á la condición de su muerte (art. 122).

Si la persona se ausentó teniendo ochenta años ó más, sería necesario esperar la ausencia de seis ó de tres años, en su caso, y recién se abriría la sucesión definitiva, en vez de la provisoria.

(Art. 122.) Este artículo sufrió, como el 118, una modificación fundamental respecto del día del presunto fallecimiento del ausente, porque en él se hablaba, como en el Código Francés, de los herederos al tiempo de la *desaparición del ausente*, y no al tiempo del fallecimiento.

Corregido el error y armonizados los artículos, los quince años deben contarse desde la desaparición del ausente, y no desde el fallecimiento presunto, como algunos lo han pretendido.

El término para la posesión nada tiene que ver con el fallecimiento presunto, desde que en uno y otro caso comienzan en diversas épocas. El del fallecimiento comienza desde el último día de los tres primeros años, mientras que los seis años se cuentan desde el día de la ausencia ó de la última noticia.

Si hubiere lugar para solicitar la sucesión definitiva, sin haberse abierto la provisoria, ya porque el ausente hubiera cumplido ochenta años desde su nacimiento, ya porque hubieran pasado quince años desde su desaparición, será siempre necesario determinar el día presuntivo del fallecimiento, porque los herederos que deben concurrir á tomar la herencia, son los que fueren capaces en ese día.

En cualquier estado del asunto, que el ausente cumpliera los ochenta años desde su desaparición, ¿podrá abrirse la sucesión definitiva? Sería muy difícil responder: porque si aceptamos la afirmativa, tendríamos que admitir, que al año ó al mes de haberse ausentado sin tener noticias de él, podría abrirse la sucesión definitiva. Creemos que por lo menos debe haber lugar para pedir la declaración de presunción de fallecimiento en los términos de los arts. 112 y 113, porque nuestro Código no contiene una indicación para determinar el fallecimiento presuntivo del que cumplió los ochenta años. Freitas, art. 267, es como siempre más claro, cuando dice: «que si al tiempo de requerirse la declaración del fallecimiento presunto, se proba que el ausente tiene noventa años, tendrá lugar la *sucesión definitiva*,» y en la nota es más explícito al agregar: que si se requiera la sucesión definitiva de un ausente que tenga más de cien años, no podrá ser decretada si no ocurre la circunstancia de una ausencia de seis años en la hipó-





Para pedir la apertura de la sucesión definitiva, no es necesario demostrar las diligencias que se han hecho para saber del ausente, cuando se hubiese declarado el fallecimiento presuntivo de tres ó de seis años; lo que considero un error de doctrina, pues, los herederos deben demostrar que han hecho diligencias para saber de él, y probar en juicio contradictorio, la continuación de la ausencia. No basta que no se sepa de él en los tres ó seis años de la apertura de la sucesión provisoria, es necesario que haya continuado sin saberse, á pesar de las diligencias hechas, durante los quince años.

Abierta la sucesión definitiva, los herederos instituidos ó los legales obtendrán los bienes del ausente, como si realmente hubiese fallecido, *y con la posesión definitiva queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal (art. 123)*, pero solo respecto

tesis del art. 244, n° 1 (que es el 110 del nuestro) ó de tres años en la hipótesis 2ª que es nuestro art. 112, últ. part.

Una vez dada la posesión definitiva (sucesión definitiva ó sucesión provisoria, la llama Freitas) los herederos instituidos ó abintestato en caso de no existir aquélla, se dividirán la herencia como si realmente hubiera fallecido el ausente, y los que tengan derechos subordinados á la condición de su muerte, los adquirirán ó los perderán según los casos, véase art. 125 y su nota. Para nosotros, la posesión provisoria importa la apertura de una *sucesión*, como la expresamos anteriormente y la confirma Freitas, porque es á título de heredero que se dá la administración.—Comp. 3417 á 3419, 3954 y 4024.

(**Art. 123.**) Nuestro Código habla de *posesión definitiva* y no de sucesión, cuando esta se abre desde que se ha declarado el fallecimiento presuntivo. Es la *sucesión definitiva* la que concluye el asunto, y es en virtud de ella que la sociedad conyugal debe liquidarse: esta interpretación está corroborada por el art. 1310 en que se repite, que la sociedad conyugal sólo durará, hasta que se decrete la *sucesión definitiva*.

Respecto á los derechos del cónyuge presente, hablamos en los arts. 1307 á 1311. Los efectos que produce la sucesión definitiva se refieren á los bienes; porque como se verá en el título del matrimonio art. 83, no se admite la disolución del vínculo por la declaración del fallecimiento presunto, en lo que estaríamos conformes, siempre que se admitiera, que el nuevo matrimonio contraído, sólo podría ser com-

de los bienes; los herederos podrán disponer de estos como verdaderos propietarios, respondiendo con sus propios bienes de las deudas y cargas de la sucesión, desde que han aceptado la herencia.

§ 50. — DE LA APARICIÓN DEL AUSENTE, DE SUS HIJOS LEGÍTIMOS
Ó HEREDEROS INSTITUIDOS

Nuestro Código habla de la *posesión* provisoria y definitiva, cuando debiera referirse á la sucesión, porque es verdaderamente la que se abre, una vez demostrado el fallecimiento del ausente.

Así es que valiéndonos de los mismos términos, decimos, que una vez abierta la sucesión, *si dada la posesión provisoria (de los bienes) se presentase el ausente (por sí ó por apoderado) ó hubiese noticia cierta de él, quedará sin efecto alguno (art. 120)*:

batido por el cónyuge aparecido ó por un apoderado que tuviera poder al efecto; pues, como dice Bigot Preameneu, no debe permitirse que se comprometa la dignidad de este contrato por el interés pecuniario de los colaterales. Hay casos como el presente, en que á pesar de la prohibición de la ley, la nulidad no debe venir en seguida, pues mayor daño resultaría para la sociedad, el considerarlo así. — Véase art. 139, Cód. FRANCÉS. LOCRÉ, IV, pág. 101 y 102, núms. 31 á 45 y pág. 146, n° 32. DEMOLOMBE, II, n° 260. Comp. arts. 310, 1310 y 3954.

(**Art. 120.**) Se pregunta, si la sucesión provisoria da derechos al heredero, para hacer suyos los frutos percibidos. Unos creen que es un simple curador de bienes, que debe acumular los frutos al capital teniendo sólo derecho á una remuneración como administrador, por ejemplo, la décima parte (art. 451); otros, que siendo verdaderos herederos, que han tomado posesión de la herencia de su causante con la condición resolutoria de devolverla si llegara á aparecer, tienen los mismos derechos que el poseedor de buena fe, y hacen suyos los frutos percibidos.

Pensamos que, no sin motivo ha limitado el art. 119 las facultades del heredero, á las que tiene el curador del incapaz, equiparándolo á éste, que es un extraño con relación á la sucesión.

La sucesión se ha abierto provisoriamente al solo objeto de la conservación de los bienes.





es decir, la sucesión provisoria, porque no podría continuar abierta ante la certeza de que vive el declarado fallecido; pero no así, la posesión de los bienes dada á los herederos que continuarán administrando, hasta que el ausente nombre otro mandatario.

La evidencia de que vive el fallecido, solo hará cesar á los administradores, cuando el ausente hubiere nombrado mandatarios que hubiesen cesado en su mandato, por las declaraciones de fallecimiento presuntivo.

Los administradores, sean extraños ó herederos presuntivos, que han desempeñado las funciones de tales durante la ausencia, tienen derecho á ser remunerados, y debe servir de base para esa remuneración, la cantidad que se acuerda á los tutores. Han prestado un servicio que no debe suponerse gratuito.

La posesión no da más facultades que las del curador del incapaz. La ley reputa vivo al ausente, desde que le nombra un curador y administrador. El heredero no posee los bienes ni bajo condición resolutoria, ni como propios, de manera que haga suyos los frutos percibidos; es un mero administrador, á título de heredero presuntivo del desaparecido, como el tutor legítimo lo es á título de su parentesco; desempeña una función, no es un heredero. El art. 124 es muy sugestivo á este respecto.

La posesión provisoria ó definitiva de que habla la ley, se refiere á la sucesión, porque esta es la que abre provisoriamente con el objeto de hacer administrar los bienes, ó definitivamente para entregarlos á los herederos, que suceden al declarado fallecido. No hay, en realidad, posesión provisoria ó definitiva, porque la posesión es un acto material que no admite esa división.—Comp. DEMOLOMBE, II, Nos. 120, 127, 187 y 190.

Creemos que el ausente declarado presunto fallecido, tiene derecho para exigir rendición de cuentas al heredero ó herederos que han tomado la sucesión provisoria, y que éstos sólo pueden reclamar los honorarios de su administración.

El Cód. Francés, art. 127, determina lo que percibirá el heredero presuntivo cuando reaparece el ausente. Nuestro Código guarda silencio y debemos considerar al heredero como administrador.—Comp. DEMOLOMBE, DELVINCOURT, MARCADÉ y DURANTON, Cód. FRANCÉS, arts. 125 y 131. GOYENA, art. 321. FREITAS, art. 259 y su nota.



Cuando se ha abierto la sucesión definitiva, los herederos entran en ella como si su causante hubiera muerto, y pueden disponer de los bienes que han recibido por herencia; no obstante, *si el ausente apareciese después de dada la posesión definitiva de los bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, ó los que con el valor de ellos se hubiesen comprado; pero no podrá exigir el valor de los consumidos, ni las rentas ó intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesión definitiva (art. 124).* Esta

(**Art. 124.**) ¿El heredero del ausente puede prescribir en contra de su causante? No; porque la posesión se dá al heredero del presunto fallecido, y por consiguiente, no posee á nombre propio, sino como representante de éste. Goyena había insinuado en el art. 325, la posibilidad de una prescripción, al decir, «debe haber un término para que la propiedad salga absolutamente de la incertidumbre: el daño que sienta el ausente impúteselo á sí mismo, su silencio por treinta ó más años, no pudo menos de ser voluntario», pero en el comentario al art. 326 se decide terminantemente por la contraria opinión. El heredero no posee en su propio nombre, sino como heredero de su causante, y es representando su persona que ha tomado la cosa; se puede decir que es un poseedor precario con relación al ausente. La calidad de *heredero* le impide invocar la prescripción, á aquel á quien pretende heredar: pues, no se hereda á una persona *viva*. Esta es la razón, á nuestro juicio, porque Aubry y Rau, § 157, nota 13, con una convicción muy grande, y usando de palabras que rara vez emplean, dicen: «aquellos que han sido puestos en posesión, *jamás prescriben contra el ausente*»; y Durantón, I, n° 510: «que son propietarios bajo una condición resolutoria, y que poseyendo en calidad de herederos, su título se desvanece, una vez probado que el ausente se encuentra vivo.»

Parece algo raro, que un extraño puede hacer suya una cosa poseyéndola como propia durante treinta años, y no lo pueda un heredero; pero la extrañeza desaparecerá, considerando que este posee la cosa á nombre y como heredero de su causante, y desde que este vive no puede alegarle que la poseyó de otro modo. Si sucediera, por ejemplo, que poseyera la cosa como suya, y después resultara ser de su causante, podrá oponerle la prescripción, como si fuera un extraño, porque la poseyó á nombre propio. El Cód. Chileno, que ha servido de guía en esta materia, dice en el art. 94: «que el desaparecido podrá pedir la rescisión *en cualquier tiempo que se presente, ó que haga*



obligación hace resoluble el derecho de los herederos respecto de los bienes que tengan en su poder, ó para los que hubieren adquirido con el producto de dichos bienes, siendo á cargo del ausente la prueba de la adquisición.

constar su existencia», no dando lugar á la prescripción. Sin embargo, véase á Demolombe, II, n° 193, que opina lo contrario.

El Cód. Chileno señala á la rescisión de la sentencia de fallecimiento presuntivo, y posesión definitiva, seis clases de efectos muy importantes.

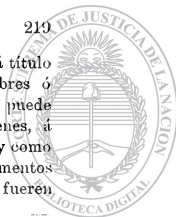
Abierta definitivamente la sucesión, y puesto el heredero en posesión de los bienes de su causante, se considera dueño y debe reputarse poseedor de buena fe, por consiguiente, solo devolverá las cosas recibidas en las condiciones de los arts. 786 y 2431, con los que debe armonizarse esta disposición. Debe también, devolver los valores con que se enriqueció, sea por la enajenación de la cosa, que se considerará bien hecha, sea por los deterioros de que hubiere obtenido provecho. En cuanto al valor de las cosas muebles de que hubiere dispuesto, y cuyo precio devuelve el poseedor de buena fe, según el art. 2431, si las consumió en su beneficio, no se le pueden exigir, y esta es una excepción del principio general.

La prescripción entre coherederos tiene lugar, sin que medien las razones que impiden la del ausente, porque en este caso se posee á título del causante, y no del heredero ignorado, ó que ha dejado de ejercitar sus derechos: pero debe poseerse á título propio, y como señor y dueño.

¿Qué se entiende por la expresión: *de que le serán entregados* (al ausente) *los bienes en el estado en que se encuentren*? No sólo se refiere á los deterioros hechos por culpa del heredero presuntivo, sino á cualquier clase de enajenación que hubiera hecho.

Cuando la ley ha abierto la sucesión definitiva, es porque ha considerado fallecido al ausente, y los terceros que adquirieron sus bienes, se consideran como si los hubieran obtenido del verdadero dueño.

Toda relación de derecho entre el ausente y los terceros adquirentes de sus bienes, queda rota por la sucesión definitiva, y solo permanece la relación entre él y sus herederos. Así es que, las enajenaciones á cualquier título quedan consumadas, y el ausente no puede reclamar de su heredero, sino aquello en que se hubiera hecho más rico, *quatenus lucupletior factus est*. Y esto es una confirmación de la regla del art. 3270, porque el heredero del ausente, como dueño, ha ena-



El ausente deberá respetar todas las enajenaciones á título gratuito ú oneroso, así como las hipotecas, servidumbres ó usufructos que hubieren constituido sus herederos, y no puede demandar indemnización por los deterioros de los bienes, á menos que de ellos hubieren obtenido algún provecho: y como una consecuencia de esto, tomará los bienes con los aumentos y mejoras que tuviesen, si provinieren de la naturaleza ó fueren

jenado lo que era suyo, y si existe en el fondo la posibilidad de una revocación, eso es solo reglando sus relaciones de derecho con su causante, no con los terceros.

Cuando el heredero ha tenido algún provecho de la donación, lo abonará al ausente, siguiendo la máxima que hemos sentado: no debe enriquecerse á costa de su causante. Así, cuando ha dotado á una de sus hijas dándole los bienes del ausente, ó dándole el valor del bien vendido, ha sacado un provecho y se ha enriquecido personalmente *quatenus proprie pecunie prepercit*: sucedería lo mismo, si el heredero hubiera pagado deudas personales con dinero ó bienes del ausente.

En el caso de donación, distinguiremos: si no ha obtenido provecho, nada deberá, y si lo obtuvo, devolverá aquello con que se enriqueció.

Nuestro Código dá derecho al ausente para tomar los bienes que se hubieran comprado con el valor de los vendidos, y como una consecuencia de esto, se le debe autorizar para tomar el precio si existiera ó si se debiera por el adquirente.

El ausente no puede, pues, extender su derecho, *sino á los bienes que se hubieran adquirido*, ó al precio si existiere. ¿Y si lo hubiera consumido? La ley es terminante: *no podrá exigir el valor de lo consumido*; pero esta regla no es absoluta y se subordina á esta otra: no le es permitido enriquecerse á costa de su causante. Para que estos efectos se produzcan, no es necesario que el ausente vuelva: basta que se justifique que vive; pero si no reclama ó no manda poder, los herederos continuarán con la administración; porque los jueces no pueden intervenir sin prévia reclamación de parte interesada, ni declarar la ausencia para ser representados en juicio, sino en casos determinados.— Véase nota al art. 110.

La buena fe de los herederos puestos en posesión definitiva cesa, desde que supieron la existencia del ausente, y desde entonces debe considerárseles como curadores de bienes, con todas las obligaciones inherentes.— Véase nota al art. 120, que es un caso diferente.



hechos con los frutos, indemnizando aquellas que se hicieren con el peculio del heredero, siendo á cargo de éste la prueba de tales hechos.

Si la aparición del ausente, causa la revocación del derecho de los herederos, lo mismo deberá suceder, *si el ausente hubiese dejado hijos legítimos, cuya existencia se ignoraba* (entonces), *podrán éstos pedir, y deberá entregárseles, los bienes del ausente, como en el caso de la aparición de éste. Lo mismo se hará si se presentasen herederos instituidos en un testamento del que no se tenía conocimiento, y los herederos probasen la efectiva muerte del testador (art. 125).* Reputamos esta limitación como un error

(**Art. 125.**) Este artículo debe complementarse con el 4024 que concede ese derecho á los *hijos y descendientes directos* del ausente, contra los cuales se prescribe la herencia dejada por su causante; así es que creemos que los *hijos y sus descendientes*, pueden pedir los bienes del ausente: porque es una consecuencia necesaria de la prescripción que se acuerda contra ellos. No habría lógica en conceder este derecho únicamente á los hijos del ausente y negárselo á los hijos de éstos, que los representan. Armonizando esta disposición con la del art. 4024, debemos extenderlo no solo á los *legítimos*, como dice el artículo, sino á los hijos y descendientes directos, comprendiéndose á los naturales reconocidos, que son tambien herederos.

El mismo derecho se concede á los herederos instituidos en un testamento ignorado; pero con esta restricción, *si probasen la efectiva muerte del testador*, exigencia que como lo dice el Dr. Segovia, es inexplicable á la luz de los principios. ¿Por qué se ha abierto la sucesión definitiva? Por la muerte del ausente, y es en virtud de ella que los herederos han entrado en posesión de los bienes, como sus sucesores. Armonizando el art. 118 con el presente, no se debería imponer á los herederos instituidos en un testamento del que no se tenía conocimiento, la obligación de probar la muerte efectiva del testador, para privar á los otros de los bienes que detentan. Nos fundamos: 1º, en que las palabras, *lo mismo se hará* para los herederos instituidos, de que se vale el artículo, colocando en un pie de perfecta igualdad á unos y otros herederos; 2º, que teniendo derecho los herederos instituidos á tomar los bienes, cuando el testamento es conocido, excluyendo á los herederos *ab-intestato*, este derecho no puede alterarse porque no se conozca la existencia del testamento; 3º, que habiéndose abierto la su-

de doctrina, que deberá corregirse en el porvenir; pero los jueces aplicarán la disposición restringiéndola al caso especial.

Los parientes colaterales más próximos, que aparecieren después de dada la posesión definitiva, se encuentran exclu-

— cesión por la presunción del fallecimiento, ninguno de los herederos debe ser obligado á demostrar la muerte efectiva, cuando casi siempre sería imposible; 4º, que habiendo la ley tratado de interpretar la voluntad del que se tiene por fallecido, se la contrariara no entregando los bienes á aquellos que han sido nombrado herederos en testamento. Estas observaciones pertenecen á la crítica, pero la ley manda se justifique la muerte efectiva y debe obedecerse.

El error de doctrina aparece evidente. si ocurrimos á Freitas que ha inspirado este artículo. — Este autor dice en el art. 266 « para reclamar un *derecho cuya existencia dependa de haber fallecido el ausente* ó desaparecido. antes ó despues del día presuntivo del del fallecimiento. no será atendido, sin que así se pruebe».—Y se comprende perfectamente la exigencia de la prueba. porque esa es la condición de la existencia del derecho. y al que viniera á ejercerlo se le diría: pruebe Vd. que efectivamente ha fallecido el ausente.—No sucede así en el caso de nuestro artículo.

Es indiferente que el testamento sea *anterior* ó *posterior* á la declaración del fallecimiento presunto; por que si el testamento es anterior á la fecha fijada para el fallecimiento, que será el caso ordinario. debe probar la muerte del testador. según el artículo: si es *posterior*. prueba que la declaración de fallecimiento está mal fundada y debe reformarse, porque no se puede admitir que haya hecho el testamento despues de fallecido.—Se tomará la fecha del testamento como la última noticia y de ahí se contará para declararlo fallecido; caso no comprendido en nuestro artículo.

Los principios enseñados por el Código, siguiendo á Aubry y Rau, § 157 texto, en la nota 15, se puede justificar en la legislación francesa. que solo admite la declaración de ausencia, y abre únicamente la sucesión á la muerte probada del ausente: pero no en la nuestra. que no admite tal declaración, sino la de presuntivo fallecimiento, siguiendo el sistema del Cód. Chileno y el proyecto de Freitas. En ambos se habla de sucesión provisoria y sucesión definitiva, y no puede ser de otra manera, desde que se declara el fallecimiento del individuo: es la sucesión la que queda abierta, y si se entregan los bienes á los herederos, es porque se considera muerto al ausente.





dos, desde que la ley sólo permite á los hijos y descendientes, este derecho, lo que también consideramos un error, que tiene su origen en la legislación francesa, que no reconoce presunción de fallecimiento, sino de ausencia.

El heredero instituido que deduce petición de herencia, debe demostrar la muerte efectiva del ausente, y si los poseedores fueran parientes en grado sucesible y la hubieren tomado en esta calidad, por ausencia ó inacción del heredero, deberán restituir el precio de las cosas vendidas; pero las enajenaciones á título oneroso se consideran válidas, si los adquirentes fueron de buena fe, art. 3430.

En los casos en que el ausente apareciese, se dijo que los herederos no podían alegar la prescripción en su contra, porque poseían en su nombre, pero podrán alegar contra los herederos más próximos, la de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, según el art. 4024, con cuya disposición debe armonizarse la presente.

En el sistema francés, una vez dada la posesión definitiva á los herederos, no pueden ser molestados por una petición de herencia, á menos de demostrar la muerte del ausente; porque solo mediante esa circunstancia se abre la sucesión: en el nuestro sucede lo contrario. Por esa razón debemos limitar la restricción á los términos expresados del artículo. Es una disposición que debe corregirse.—Comp. DEMOLOMBE, II, n° 192.

En lo relativo á la prescripción, debe tener lugar en las condiciones ordinarias, porque los herederos del presunto fallecido poseen las cosas en su nombre y como propias, y les basta para excluir á los demás, que transcurra el tiempo designado en el art. 4024.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 133, Cód. DE CHILE, art. 94, y nuestros arts. 3421 á 3425, 3430, 3555, 3554, 4020 y 4030.

TÍTULO IX

DE LOS MENORES

§ 51.—DE LOS MENORES PÚBERES É IMPÚBERES

Son menores los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veinte y dos años cumplidos (art. 126).

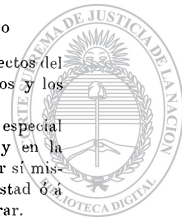
La diferencia de sexo no influye para determinar la menor ó mayor edad, aunque las mujeres tengan ciertos privilegios en lo que se refiere al derecho penal. Así, los varones como las mujeres que hubieren cumplido los veintidos, entran en la plenitud de sus derechos civiles sin restricción alguna. Si la mujer casada no puede ejercitarlos sin permiso del marido, no es por razón de su sexo, sino por la potestad marital bajo la cual se encuentra.

Los menores por su edad se dividen en impúberes y púberes: *son impúberes los que aun no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos (ó púberes) los que fuesen de esta edad hasta*

(Art. 126.) La madurez del juicio depende del desarrollo recibido por la inteligencia que está sujeta á circunstancias tan variadas que no se pueden dar reglas ni hacer una crítica sobre las legislaciones pasadas que señalaban veinticinco años. La edad, con relación á la capacidad, respondía al grado de desarrollo intelectual mucho más difícil en aquellos tiempos que en los actuales. Al presente, la difusión de la enseñanza, la baratura del libro, la circulación de la revista y la diaria instrucción del periodismo, hacen que la inteligencia se extienda, y adquiera el hombre mayor suma de conocimientos para dirigir su vida, en un tiempo menor que en la antigüedad. Un joven de veintidos años, al presente, tiene relativamente mayor capacidad intelectual para gobernarse que uno de treinta, ahora un siglo; así opinamos que con el tiempo adoptaremos los veintium años de la legislación francesa. El clima contribuye en mucha parte al desarrollo físico.

Los países que se aproximan á los polos son más difíciles en su desarrollo físico, que es más tardío; no sucede lo mismo con los de la zona templada.





los veinte y dos años cumplidos (art. 127); pero á los efectos del matrimonio, la mujer puede contraerlo á los doce años y los varones á los catorce.

Los menores de edad están sometidos á un régimen especial que tiene su fundamento en la debilidad de su razón y en la imposibilidad en que se encuentran de defenderse por sí mismos; de ahí la necesidad de someterlos á la patria potestad ó á la tutela, restringiendo por completo su libertad de obrar.

Los menores impúberes no tienen voluntad ni discernimiento, y sus actos lícitos se reputan como si no se hubiesen realizado. Los menores de diez años no responden de los actos ilícitos, y los daños que causaren deben abonarlos sus padres, ó tutores ó las personas encargadas de su guarda.

Cuando realizaren actos lícitos con personas capaces, éstas no podrán alegar la nulidad de dichos actos, y serán válidos por la ratificación de los padres ó tutores de los menores.

Los menores son incapaces de obrar por sí solos, y esta incapacidad no debe confundirse con la de adquirir, que la tienen por el mero hecho de existir.

(Art. 127.) La antigua legislación marcaba la pubertad en los catorce años para el varón y en doce para la mujer, teniendo en vista únicamente la capacidad para contraer matrimonio, *qui generare potest*; pero esta distinción puede hacerse cuando se trate de esta institución, como en efecto tiene lugar en nuestra ley de matrimonio civil, sin que por esa circunstancia sea necesario alterarla para los demás actos de la vida.

El legislador ha determinado el límite, hasta donde el individuo es incapaz absolutamente de realizar un acto jurídico por falta de voluntad, y desde donde esa voluntad existe, aunque de una manera incompleta. Hasta los catorce años, hay incapacidad *absoluta*, desde esa edad hasta los veintidos, solo hay incapacidad *relativa*. Tal vez se encontrará una inconsecuencia entre esta incapacidad absoluta á los catorce años, y la responsabilidad en los actos ilícitos por los mayores de diez años, art. 921, pero una cosa es obligarse y obligar á otro, verificando un acto lícito, y otra es tener la bastante inteligencia para conocer el mal que se hace, y responder por sus consecuencias penales.--FREITAS, art. 63, y nuestros arts. 54, 55, 433, 921.

La incapacidad de obrar cesa por la mayor edad, ó por la emancipación.

§ 52.—DE LA MAYOR EDAD

Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veinte y dos años, y por su emancipación antes que fuesen mayores (art. 128), si es que no estuviesen incapacitados por perturbación mental, ó porque siendo mujeres fueran casadas, ó por haber entrado en órdenes religiosas.

La mayor edad (se adquiere desde que cumplieren los veintidos años) habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de personalidad (formalidad) alguna ó autorización de los padres, tutores, ó jueces (art. 129), y sin que condición alguna pueda detener su efecto.

(**Art. 128.**) La emancipación tiene lugar por el casamiento con consentimiento de los padres. La emancipación comercial se adquiere no solo por la voluntad expresa de éstos sino por autorización tácita, cuando lo asocia el padre á su comercio, arts. 11 y 12 Cód. de Com. Habría sido conveniente armonizar ambas legislaciones.

El emancipado está habilitado para todos los actos de la vida civil y deja de ser incapaz, aunque sus poderes estén limitados.

Algunos consideran incapaz al emancipado, porque la ley restrinje su libertad personal, con lo que no estamos conformes, pues, dentro del limite señalado á su acción, la capacidad del emancipado es tan completa como la del mayor de edad.—FREITAS, 64 y su nota. Comp. 131 á 135.

(**Art. 129.**) Se han resuelto las dificultades que ocurrían en la antigua legislación, sobre los actos que eran necesario ejecutar para obtener la capacidad, decidiéndose al mismo tiempo, las cuestiones que se promovían con relación á los actos ejecutados por el menor ya mayor, pero

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 128—Savigny, pág. 52. La incapacidad de los menores es limitada al derecho privado, y no se extiende al derecho público. El hijo sujeto á la patria potestad podía, como su padre, por el Derecho Romano, votar en las asambleas del pueblo y ejercer las más altas magistraturas. L. 9, Dig. De is qui sui. Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur. L. 14, ad S. C. Treb. Nam quo ad jus publicum attinet non sequitur jus potestatis.





Solo cuando ha sido declarado demente después de la pubertad, necesitaria de una declaración previa, levantando la interdicción.

Para que los menores llegados á la mayor edad entren en la posesión y administración de sus bienes, cuando la entrega de éstos dependa de la orden de los jueces, bastará que simplemente presenten la prueba legal de su edad (art. 130), ó que conste en los autos, sin que circunstancia alguna (que no se refiera á su capacidad mental ó al matrimonio) pueda impedirles entrar en la posesión y goce de su capacidad de obrar.

La forma en que deben entregarse los bienes, dependerá de

que no había sido declarado tal por el juez. Así, los actos jurídicos verificados por el que ha cumplido veintidos años, son válidos, aunque ninguna autoridad lo haya declarado mayor.

La edición oficial tiene un error tipográfico, usa de la palabra, *personalidad*, por *formalidad*.

La única limitación que tiene la facultad de obrar que se adquiere por la mayor edad, es la de no poder hacer contrato alguno con su tutor, con relación á las cuentas de la tutela (arts. 465, 841, n° 5, y 1808, n° 4), limitación si se quiere insuficiente, porque nadie puede impedirle que en adelante proceda como le parezca.

La ley lo defiende contra el probable ascendiente de la persona que lo ha gobernado durante tantos años.—FREITAS, art. 65, y su nota.

(**Art. 130.**) Para tomar la posesión de lo que les corresponde, no es necesario que el juez lo declare mayor, menos aún, cuando el tutor ha entregado los bienes á su ex-pupilo. Toda persona mayor de edad se reputa capaz, mientras no se demuestre lo contrario, así es que el juez de la tutela en cuyo expediente debe encontrarse la fe de bautismo del menor, ordenará se le ponga en posesión de los bienes, cuando sea necesario de una orden.

Si no hubiera prueba alguna, se procederá como se ha dicho en el art. 87 y su nota. Si hubiera alguna denuncia de las autorizadas por el art. 144, ó el menor llegado á la mayor edad, se encontrase en las condiciones del art. 148, se procederá como se indica en los arts. 140 y siguientes.

Las leyes de procedimientos deben consignar disposiciones especiales para estos casos. FREITAS, art. 166. Las cuentas de la tutela son independientes de la posesión.

lo que dispongan las leyes de procedimientos que dictaren las Provincias, ó el Congreso para la capital y territorios nacionales, pero la capacidad de obrar la adquieren por el solo hecho de haber cumplido los veintidos años.

§ 53.—DE LA EMANCIPACIÓN

El matrimonio hace cesar la patria potestad ó la tutela, aunque se hubieran casado sin consentimiento de los padres, siempre que tuvieran la edad requerida por la ley. La potestad marital es incompatible con ninguna otra.

La emancipación de los menores, sin distinción de sexo, sólo tendrá lugar en el caso del matrimonio de éstos, sin depender tampoco de formalidad alguna, cualquiera que fuese la edad en que se hubieren casado (siempre que la mujer tenga doce años y el varón catorce), con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria, conforme á lo dispuesto en el Código (art. 131).

(**Art. 131.**) El casamiento emancipa, tanto al hombre como á la mujer menor de edad, de la patria potestad de sus padres, ó de la tutela, y aunque la mujer continúe siendo incapaz relativamente, ó de una manera absoluta, si se casó antes de los catorce años, como puede hacerlo, no es menos cierto el efecto de la emancipación del poder en que se encontraba.

Hay inexactitud en la expresión de que los menores se emancipan en *cualquier edad que se hubieren casado*; porque nadie supondrá que se tenga como matrimonio, la unión entre dos personas de edad de diez años; lo que ha querido expresarse es que, teniendo el varón catorce años y la mujer doce cumplidos, pueden hacerlo, emancipándose por el acto del matrimonio. Pero se agrega, que la emancipación sólo tendrá lugar cuando el matrimonio se hubiere celebrado conforme á lo dispuesto en el Código, dando á entender que no la tiene en caso contrario. La emancipación debe tener por origen el matrimonio, porque la reconocida por el Cód. de Comercio no hace cesar la patria potestad de los padres, aunque habilite á los hijos para comerciar.

Cuando los menores se hubieren casado sin autorización, la tutela como la patria potestad cesan por la emancipación, y nos autoriza á sostener esta opinión, contra la de algunos autores, las razones siguientes:





La autorización paterna, ó la de los tutores ó jueces en su caso, para contraer el matrimonio, es de necesidad, y el oficial público incurrirá en una pena, si lo hubiere realizado sin tenerla; pero no anulará el matrimonio, ni impedirá que la emancipación

El art. 177, como el 13 de la ley de matrimonio civil, sólo niegan al menor *la posesión y administración de sus bienes*, sin que se pueda citar un solo artículo del Código en que se exprese, que continúan bajo la patria potestad; por el contrario, el art. 193, dice: «basta que la mujer sea solamente autorizada por el juez.... en los casos del art. 177, *por ser menor el marido ó la mujer, y se hubieran casado sin las autorizaciones necesarias, ó en los casos del art. 135, en cuanto á los actos que los menores casados no pueden ejecutar*», dando á comprender que los menores casados, aun sin autorización, no están bajo potestad alguna.

Este artículo fué reformado suprimiendo la parte que va en letra cursiva. El Dr. Segovia en su nota al art. 177, dice: «el art. 193 y el presente, parece quitaran al hijo la administración de los bienes»; agregando en seguida: «teniendo *patria potestad sobre sus hijos, estaría él á su vez bajo la paterna* (art. 131 y su arg.).» Ningún artículo del Código autoriza semejante interpretación.

El Dr. Llerena, siguiendo estas ideas en el art. 193 afirma, que el menor casado sin autorización, está bajo la potestad de sus padres; pero al comentar el art. 131 había puesto en duda la proposición, al decir: «si no es así (con la autorización) la emancipación no tiene lugar, *por lo menos, sus facultades quedan limitadísimas.*»

Hay razones fundamentales para sostener que los casados siempre quedan emancipados. En esta cuestión se encuentran ligadas las instituciones sobre la patria potestad, tutela, matrimonio y poder marital, emancipación y administración, que es necesario considerarlas formando un conjunto armónico.

El casado por el acto del matrimonio, adquiere potestad marital sobre su mujer, ésta pierde su capacidad para ser relativamente incapaz, y el marido sale de la potestad paterna, pues no podría ejercer el poder marital, si estuviera bajo la potestad de su padre.

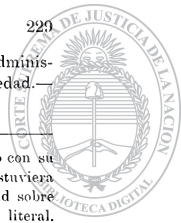
Coloquémonos en las diversas hipótesis que pueden ocurrir: 1º, un mayor de edad se casa con una mujer menor sin consentimiento de sus padres ó tutores ¿sale la menor del poder, paterno y está bajo el poder del marido? Se dirá que no es caso de emancipación, aceptado; pero lo es de cesación de la patria potestad, y ésta no cesa para el pa-

tenga lugar; sólo privará al marido de la posesión y administración de sus bienes, que le será dada en la mayor edad.—
art. 13, matr. civ.

dre de la menor, según el artículo, sino cuando se ha casado con su permiso. No se podría suponer una familia en que la mujer estuviera bajo el poder del padre, y en que el marido no tuviera autoridad sobre su esposa. En este caso, debemos rechazar la interpretación literal. 2º Que la mujer mayor de edad se case con un menor que no obtuvo consentimiento. La mujer que era capaz ¿entrará como incapaz á estar bajo la potestad del padre de su marido? Si el marido no se ha emancipado por el matrimonio, tendrá que suceder así. ¿Y si muriese en seguida el marido, continuaría esa mujer mayor de edad bajo el poder de una persona extraña?

Basta enunciar estas cuestiones, para que se resuelvan por la negativa. La mujer mayor de edad no puede estar bajo otro poder que el de su marido, y éste no lo podría ejercer estando bajo la potestad de su padre. 3º Que marido y mujer sean menores y ambos se hubieran casado sin el consentimiento paterno. La mujer saldría de la potestad de su padre para entrar en la de su suegro. Muerto el marido ¿quedaría bajo el poder de su suegro ó volvería al de su padre? Nosotros sostenemos que en las tres hipótesis propuestas, el marido ha adquirido pleno poder marital sobre su mujer; y que no está ni puede estar sujeto á patria potestad alguna. Y los problemas se complicarían al infinito, si supusiéramos que tienen hijos. El padre no tendría patria potestad sobre sus hijos, sin que haya una disposición en que se le prive de ese poder. No tendría, como dice el Dr. Segovia (art. 177), potestad sobre sus hijos, estando á su vez bajo la potestad paterna, «porque no se comprende potestad bajo otra potestad.» Muerto el padre del casado, se someterá á la tutela á ambos cónyuges; fallecido el menor, la mujer pasará con sus hijos bajo la potestad de su suegro. Y así, las dificultades podrían multiplicarse á voluntad, resultando problemas insolubles, si se empeñasen en sostener que el matrimonio sin el consentimiento de los padres ó tutores no emancipa á los menores.

Por el contrario, todas las dificultades se disipan y las disposiciones se armonizan con solo aceptar la emancipación por el hecho del matrimonio. Y la razón de estas conclusiones la encontramos en la nota del Dr. Freitas al art. 67, que es exactamente el nuestro. La emancipación de nuestro artículo, dice el eminente juriconsulto, resulta me-





El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor ó menor emancipado, según las leyes del Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor ó no emancipado, según las leyes de su domicilio anterior (art. 138), y este es uno de tantos casos en que la ley nacional

ramente de la disposición de la ley y de pleno derecho; porque indudablemente el estado del menor bajo el poder paterno ó de extraños es incompatible con el estado de casados. Esta incompatibilidad resulta evidente comparando las instituciones del matrimonio, de la patria potestad y de la tutela.

(**Art. 138.**) Como se dijo en el art. 6, que la relación del individuo con el derecho local de su domicilio tiene tal importancia, que nuestro Código da preferencia á esas leyes, cuando se trata de la capacidad de obrar; por consiguiente, hay perfecta lógica en establecer que cambiando de domicilio á la Argentina, deben aplicarse sus propias leyes, y el individuo será mayor, aunque hubiere sido menor por la ley de su anterior domicilio y será emancipado, si por nuestras leyes se concediese la emancipación, aunque no la acordasen las de su domicilio anterior.

Así, el que ha cumplido veintidos años en España, y es menor de veintitres, que se domicilia en la Argentina, es mayor de edad, mientras que era menor por las leyes españolas; por esa razón, nuestro Código debía exigir para estos casos, ciertos actos visibles como lo hacen otras naciones, en que se solicitara la inscripción en los registros que determinan el domicilio. ¿Cómo sabrá el escribano, si un individuo en estas condiciones es capaz ó no? Porque si conserva su domicilio en España, es incapaz como menor de edad; si lo ha cambiado á la Argentina será capaz, y su capacidad será juzgada por nuestras leyes. En Italia, el que quiere domiciliarse en un lugar, ocurre á la oficina de *anagrafa* y hace su declaración, de la voluntad que tiene

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 131—El matrimonio solo emancipa á los menores de edad cuando se ha verificado con el consentimiento de los padres.—Jur. Civ., VII, pág. 97, Sér. 3ª.

Reputamos esta resolución, contraria al espíritu de nuestro Código y produciría una situación rara, si fuera cierto; la de un matrimonio sujeto á la potestad del padre del marido ó tutor de este.—No hay en el Código un solo artículo que autorice tan estraña conclusión.—En la nota á este artículo combatimos esa teoría.—(N. del A.)



prevalece sobre la extranjera, tratándose de la capacidad de obrar; porque sería injusto que las personas que elijen nuestro país para su residencia, no gozaran del beneficio de sus leyes: en cambio, *si fuese ya mayor ó menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquellas sobre éstas, reputándose la mayor edad ó emancipación como un hecho irrevocable (art. 139,* pues no sería justo privar á la persona que se domicilia

de domiciliarse, dando todos los datos que identifiquen su persona y la de su familia, recibiendo un certificado de esa declaración. — FREITAS, art. 76 y su nota. Comp. 6, 7, 8, 9 y 89.

Si por las leyes del domicilio anterior no se admitiera la emancipación que conceden las leyes nacionales, bastaría el hecho de domiciliarse en la Argentina para que se considerase emancipado. — FREITAS, art. 76.

(Art. 139.) Este principio no es una consecuencia del anterior, que por el contrario, lo desconoce, sino del art. 14, n° 4, en que se favorece la validéz de los actos.

Nuestro país, que recibe tantos beneficios de la inmigración, ha debido pensar naturalmente, en facilitar esos cambios de domicilio, no haciendo perder la capacidad adquirida.

La dificultad está en hacer constar la capacidad anterior. Un francés, p. e., que ha cumplido veintiun años, y es menor de veintidos, que se domicilia en nuestro país, es considerado como mayor de edad; pero será muy difícil que escribano alguno quiera extenderle un contrato de venta de inmuebles, y con razón, á nuestro juicio, á menos que no pruebe por una declaración judicial, que está domiciliado en la Argentina y que se ausentó de su domicilio después de su mayor edad. Estas circunstancias podrían demostrarse ante el mismo escribano, si existiese una oficina que registrase los domicilios, porque bastaría entonces el pasaporte ú otro documento visado por los Cónsules de la República en Francia, en que constase su translación después de ser mayor de edad. ¿Qué sucedería si durante el viaje en un buque francés cumpliera los veintiun años?

Si fuera de guerra, como por la extraterritorialidad, se considera territorio de la nación á que pertenece, sería considerado mayor; si mercante, menor; aunque nos inclinamos á considerarlo como mayor de edad.

en la República, de una capacidad adquirida en su propio domicilio.

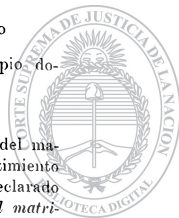
§ 54. — EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN

La emancipación, que es la consecuencia inmediata del matrimonio, aun cuando se hubiere celebrado sin el consentimiento de los padres ó tutores, desaparece, si el acto fuera declarado nulo, pues, ha cesado la causa que lo produjo; así, *si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto, desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada (art. 132)*; es decir, desde que no haya recurso algu-

Si la emancipación fuera concedida en Francia con arreglo á sus leyes, y entre nosotros se desconociera ese medio, el individuo se consideraría no obstante emancipado: pero en cuanto á las facultades, se regiría por nuestras propias leyes. Cons. art. 6, y Freitas 77 y su nota, donde agrega: que se caería en una repugnante inconsecuencia de juzgar incapaz á un individuo, que era capaz por la ley de su domicilio anterior.—Cons. SAVIGNY, VIII, pág. 166.

(Art. 132.) Anulado el matrimonio, los menores vuelven á la potestad de sus padres, y si no los tuvieren, será necesario nombrarles tutores. Esta proposición tan sencilla, es de difícil solución, cuando los casados han tenido hijos.

Si ambos cónyuges contrajeron matrimonio de buena fe, el marido tendrá patria potestad sobre sus hijos menores, y por consiguiente, no podrá volver á estar bajo el poder de su padre ó tutor. La patria potestad es incompatible con otra potestad de la misma clase, y quien puede y debe gobernar á sus hijos y administrar sus bienes, no puede estar bajo el poder de otro. En este caso, la emancipación no cesaría sino respecto de la mujer de mala fe, que vuelve á la potestad de sus padres ó tutores. La excepción sólo debe admitirse como una necesidad absoluta de organización y gobierno de la familia. Esto mismo se aplicará al caso en que el esposo hubiera estado de buena fe y la mujer no: pero la dificultad se complica si suponemos al marido de mala fe, en que según nuestra teoría, entraría bajo la patria potestad ó la tutela, y la mujer conservaría el poder sobre sus hijos menores, como si hubiera muerto el marido, surtiendo la emancipación respecto de ella, todos sus efectos. Más sencilla sería la teoría contraria que nace del artículo mismo, haciendo cesar la emancipación por la nulidad del matrimonio: pero no le encontramos justificada ni prevista en el Có-



no, salvo los casos de matrimonio putativo, en que la emancipación no cesará para el cónyuge de buena fe, que tuviese á sus hijos bajo su potestad.

La emancipación es irrevocable, y produce el efecto de habilitar á los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan ó no hijos (art. 133).

digo para el caso de tener hijos. El art. 87, n° 3 de la ley de Matrimonio Civil, concede á los padres que contrajeron matrimonio de buena fe, cuando se anulase, *los mismos derechos sobre sus hijos* que sobre los nacidos de un matrimonio válido, y siendo el principal la patria potestad, no pueden ser privados sino por otra disposición expresa, que no se encuentra, como sucede con el art. 88, n° 3, en que se niega la patria potestad al cónyuge de mala fe, lo que confirma nuestra teoría, de que la tiene el de buena fe. La emancipación sólo cesa desde la sentencia firme que declare la nulidad del matrimonio, de manera que los actos realizados durante el pleito, son perfectamente válidos, si están dentro de las facultades concedidas. — FREITAS, art. 63 y su nota. Comp 87 y 88, *ley Matr. Civ.*, y arts. 1046 y 1050 del Código.

(**Art. 133.**) La irrevocabilidad de la emancipación, tomada de Freitas, es más conforme con nuestra legislación, que considera adquirido un derecho, así que se ha verificado el acto con ese objeto. No habrá, pues, ni mala conducta, ni falta de competencia en el marido para gobernar á su mujer ó hijos, que hagan cesar los efectos de la emancipación. La habilitación que concede es para todos los actos de la vida civil, dentro de los límites que determina el art. 135.

Si el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, aunque ocurriera al día siguiente, la emancipación sería irrevocable, y la mujer no volvería á estar bajo poder alguno. Una niña de doce años que se casa con consentimiento de su padre ó tutor, puede quedar viuda á los trece años, y resultará que es emancipada: pero que tiene incapacidad absoluta según el art. 54, n° 2. Son situaciones que el Código ha debido prever y legislar. La mujer en esas condiciones no puede efectuar acto alguno, porque no tiene voluntad, está equiparada p. e. á un niño de seis años. Esto necesita una reforma. Y aunque el caso es raro, pudo tener un hijo antes de los catorce años, como sucede en los países vecinos al Ecuador. — FREITAS, art. 63 y su nota. Comp. 455, n° 2, 841, núms. 5 y 7, 1360, 1440, 2011, n° 1 y 3456





La emancipación que habilita al menor para ejercer todos los actos de la vida civil, no lo coloca en la categoría de los mayores de edad, y su capacidad es muy limitada; por eso dice la ley, que *los menores emancipados por el matrimonio, no podrán ni con autorización del Defensor de Menores, y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores, y dar finiquito á éstos, ni hacer donaciones de bienes de cualquiera especie y valor, por actos entre vivos (art. 134)*, pero si, de aquellas pequeñas dádivas que se hacen á los sirvientes ó domésticos. En dichos actos debe intervenir el juez de la tutela.

Tampoco podrán, sin expresa autorización del juez, y bajo pena de nulidad, vender ó hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean (art. 135, nº 1): ni vender los fondos ó rentas publi-

(**Art. 134.**) Si la ley ha prohibido al mayor hacer arreglo alguno con el tutor, sobre las cuentas de la tutela hasta pasado un mes, con mayor razón esta prohibición debe existir para los menores emancipados, que solo por las necesidades de la organización de la familia, se les faculta para todos los actos de la vida civil.

El tutor debe rendir cuenta judicialmente, y si el marido es mayor y se trata de la tutela de la mujer menor de edad, debe tenerse presente lo dicho en el art. 60, interviniendo el Ministerio de Menores, pero no así si es mayor.

En cuanto á las donaciones que no pueden hacer los menores emancipados, la prohibición no comprende los regalos de costumbre en la familia, ó las dádivas á los criados ó empleados, pues no sería posible impedir que los hiciera un padre de familia; ni comprende los que pueden hacerse con autorización del juez, cuando los hijos de familia pueden realizarlos con autorización de sus padres (art. 1807, nº 7).—Véase FREITAS, 71 y su nota. Comp. nuestros 455, nº 2 y los demás del artículo anterior.

Es necesario fijarse que algunas veces nuestro Código habla de la autorización del Ministerio de Menores, para expresar el consentimiento que éste debe dar, porque sólo el juez de la tutela tiene facultad para autorizar judicialmente un acto del menor emancipado. La intervención del Ministerio Popular debe ser so pena de nulidad.

(**Art. 135, nº 1.**) Las facultades que confiere la emancipación, son completas dentro de cierto radio de acción, que se estrecha á medida que se necesita de mayor capacidad en el agente; por eso han creído

cas que tuviesen, ni las acciones de compañías de comercio ó de industria (art. 135, nº 2): ni contraer deudas que pasen del

algunos que el emancipado era incapaz. Los actos más importantes que pueden realizar con autorización del juez, se refieren á la enajenación de sus bienes raíces, ó á la facultad para gravarlos con hipotecas ó anticresis, y no sólo necesita autorización judicial, so pena de nulidad, sino la intervención del Ministerio de Menores, que entre nosotros es desempeñado por un Asesor, siendo éste quien entiende en todo lo relativo al procedimiento.—FREITAS, art. 72, nº 1.

(Art. 135, nº 2.) En la perpétua evolución que hacen las ideas transformando las sociedades, la legislación antigua no respondía á las ideas económicas de la sociedad actual, y ha sido necesario equiparar los fondos públicos de la deuda nacional, ó las acciones de las sociedades anónimas, que se multiplican como las fuerzas condensadas de los pequeños capitales, y se las ha puesto en la misma categoría que la propiedad raíz, porque ambas producen renta y representan un capital acumulado. El menor emancipado no podría vender *ni empeñar* estas acciones, sin autorización judicial. Estas acciones deben encontrarse depositadas en los bancos: pero si por un azar cualquiera, llegaran á estar en poder del menor emancipado, como son expedidas al portador, ha podido enajenarlas: en ese caso puede reclamarlas de aquel que las recibió, pero no contra los terceros que las adquirieron de buena fe.—FREITAS, art. 72, nº 2.

La prohibición es absoluta; no obstante, refiriéndola al art. 1440 veremos que puede ceder los créditos que no pasen de quinientos pesos, pero deben tenerse presente las siguientes consideraciones: nuestro artículo es tomado del 72 de Freitas, que ha dividido las prohibiciones de este modo: 1º, vender pólizas de la deuda pública, ó acciones de compañías de comercio ó industria; 2º, *vender derechos y acciones de un valor superior de quinientos pesos*; 3º, constituirse dendor por créditos que excedan de 500 pesos; y en la nota con que explica el nº 2, dice: «que conviene prevenir el peligro de venta ó cesión de esas deudas por cantidades pequeñas»; de donde se deduce que no se pue-

Folios de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 135.—Si el esposo de la menor otorga el poder, debe rechazarse la excepción de falta de personería.—Civ., IV, pág. 100, Sér. 5ª.

Los menores emancipados pueden celebrar transacciones con intervención del Ministerio y autorización del Juez.—Jur. Civ., VII, pág. 225, Sér. 1ª.





valor de quinientos pesos (art. 135, n.º 3): ni hacer arrendamientos, como arrendadores ó arrendatarios por plazo que exceda de tres años (art. 135, n.º 4): ni recibir pagos que pasen de mil pesos (art. 135, n.º 5): ni hacer transacciones, ni sujetar

den vender ó ceder por cantidades menores de 500 pesos. Nuestro Código ha suprimido este inciso, y no obstante, se refiere á él en el art. 1440, que es el 2181 de Freitas, como si existiese; así es que la última parte de nuestro art. 1440 se aplica á los créditos, no á las acciones, que en ningún caso se cederán sin autorización judicial.

(**Art. 135, n.º 3.**) Si la ley ha prohibido que el menor emancipado, pueda vender ó hipotecar los bienes, sin autorización judicial, esa prohibición resultaría inútil si le permitiera contraer obligaciones; porque los deudores no necesitarían de hipotecas, desde que el menor no puede vender sus bienes, y tendrían la seguridad de ser pagados, como si los bienes estuvieran gravados. Así, el art. 374 del Cód. de Luisiana, dice: el menor emancipado no puede obligarse relativamente por primera obligación, sino hasta la concurrencia de un año de sus rentas, y Freitas ha puesto un valor determinado, para que los terceros no puedan ser engañados, procedimiento seguido por nuestro Código, al fijar la suma de 500 pesos para un solo acreedor; pero los jueces deben tener sumo cuidado al ejecutar estas deudas, porque no deben autorizar á los menores para gastar más de la renta, comprometiendo sus capitales. Véase el art. 2011, n.º 1, que prohíbe afianzar por deudas aun que no excedan de 500 pesos y aun con licencia judicial, lo que introduce cierta perturbación en estas ideas. El art. 1440 lo faculta para ceder créditos que no pasen de 500 pesos, pero no se debe entender que sea la cesión gratuita.

(**Art. 135, n.º 4**) No se debe autorizar los arrendamientos por largos plazos, porque cuando son bienes del emancipado, producen el efecto de ligarlo durante largo tiempo, á un órden de cosas que ha pasado, inmovilizando la propiedad, y cuando es el menor quien toma sobre sí el arrendamiento, lo fija á un lugar, tal vez con graves perjuicios de sus intereses. Y nuestro Código ha tratado, de facilitar el movimiento de la propiedad, como una necesidad de estos tiempos, prohibiendo todo lo que puede inmovilizarla, como las cláusulas de no enajenación, la hipoteca, y el arrendamiento por más de diez años, etc. — FREITAS, art. 72, n.º 5.

(**Art. 135, n.º 5.**) Para impedir que reciban muchos años de renta, se ha limitado la facultad á 1000 pesos nacionales; ¿de una sola vez

un negocio á juicio arbitral (art. 135, nº 6): ni estar en juicio en pleito civil (art. 135, nº 7); cualquiera de estos actos que

ó durante un año? El inciso dice solamente, recibir pagos que pasen de 1000 pesos; pero en ese caso podría recibir una fortuna, con tal de que se dividiera en fracciones de mil pesos. La indeterminación de estos incisos introduce la duda sobre la manera de aplicar las limitaciones, y creemos que los jueces deben tener una gran prudencia al autorizar esos pagos. Supóngase que una acreencia de 10000 pesos se ha dividido entre diez deudores; el emancipado, que no podía recibir la suma total de su deudor, lo puede ahora que éste ha fallecido y se ha dividido entre sus diez herederos. Este no ha sido, sin duda, el pensamiento del legislador, que no desea que el menor emancipado reciba y gaste todo su haber. Si su fortuna consiste en acreencias, al exigir la autorización del juez para recibir esas cantidades, se habrá previsto la manera de asegurar ese dinero.—FREITAS, art. 72 nº 6 y su nota.

(**Art. 135, nº 6.**) Como las transacciones ó compromisos pueden tener por objeto los actos que se le han prohibido en los números anteriores, se exige la autorización judicial para la transacción; pero para ser lógicos, esta prohibición debiera limitarse á lo expuesto, y no de una manera absoluta, como queda consignada. Así, un menor que puede recibir y cobrar acreencias que no pasen de 1000 pesos, dar finiquitos, etc., no podría transar con el deudor, admitiéndole una cantidad, menor ó recibir en pago otra cosa que la debida; lo que no sería exacto sino en caso de contestación en juicio, desde que puede hacerlo extrajudicialmente.— Véase art. 841, nº 5, que se refiere á las transacciones con el tutor. FREITAS, art. 72, nº 7.

(**Art. 135, nº 7.**) Sea como demandante ó demandado, deben estar acompañados de un curador especial, como lo establece el art. 3456, siendo de notar que la ley no habla en el número que estudiamos, sino de autorización del juez. Esto mismo hicimos notar con el Dr. Leguizamón en la Instituta, nº 18 bis. No es de importancia determinar si es curador ó tutor, como algunos lo llaman, desde que tienen las mismas facultades de completar la persona del menor.

La dificultad está en precisar la manera de obrar del tutor y saber si debe prescindir de la intervención del menor, ó ir siempre acompañado de él. La ley de procedimiento reglará este punto.

En el juicio de divorcio, ¿necesitará el menor emancipado de un curador especial? Es difícil resolverse por la afirmativa, si se tiene presente que se trata de asuntos esencialmente personales, que pueden interesar hasta la seguridad de los mismos esposos; pero la dificultad



fuere hecho sin autorización judicial serán nulos; pero podrán confirmarse, cuando el menor hubiere llegado á la mayor edad.

La autorización judicial no será dada sino en caso de absoluta necesidad ó de ventaja evidente, y las ventas que se hicieron de sus bienes, serán siempre en pública subasta (art. 136).

aumenta. si el curador rehusa asistir al emancipado por estar disconforme, ó si por el contrario, el emancipado no quiere deducir las acciones que propone el curador. Opino, que necesita de curador especial que tendrá por objeto asistir al emancipado, y en caso de disconformidad, el juez resolverá lo que convenga más al interés del menor.—Cons. DEMOLOBBE, VIII, n° 312 y sigs. FREITAS, art. 72, n° 8 y su nota. Cons. art. 79, ley de Matr. Civ.

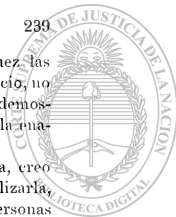
(**Art. 136.**) La autorización judicial para los casados, en los casos de los núms. ants., se deja al criterio de los jueces, quienes determinarán si hay absoluta necesidad ó ventaja evidente para el menor. Lo que la ley exige, es que se cumpla la formalidad: ahora, si resultare que en vez de ventaja hubo perjuicio, no alterará la validez del acto.

En cuanto á las ventas de los inmuebles del menor, deben realizarse, previa tasación, en subasta pública, con intervención del Ministerio de Menores. Si la venta se hiciera sin autorización judicial, ó si esta se diera sin declararse y probarse que hay absoluta necesidad ó ventaja evidente, el acto sería nulo. Cuando se prohíbe un acto, es nulo si se ejecuta contra la prohibición, aunque no se pene expresamente con nulidad, porque la voluntad de las partes no puede dejar sin efecto el mandato de la ley. Cuando se ordena una formalidad, se debe estudiar si lo exigido, responde á una forma característica del mismo acto, en cuyo caso es esencial, ó si es con el objeto de asegurar y garantizar derechos que los particulares pueden renunciar, entonces, estos pueden dejarla sin efecto. Un ejemplo del primer caso, es la escritura pública, exigida para la venta de inmuebles, y del segundo, la evicción ó los vicios redhibitorios que pueden renunciarse.

No se confunda la *prueba* con la *forma* de un acto, por más que en ciertos casos ambas vengan á ser una misma cosa. Freitas, art. 64, con esa minuciosidad que le distingue, pena con nulidad las ventas ó arrendamientos que hiciera el emancipado, si no fueren en subasta pública.—Comp. 438, 841, 442.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 136.—Los bienes pertenecientes á menores, deben ser vendidos en remate público.—Jur. Civ., V, 425, Sér. 2°.





La necesidad ó ventaja deberá demostrarse y el juez las apreciará, de manera que podrá negarla cuando, á su juicio, no se hubieren demostrado una ú otra, ó cuando sin estar demostrada diera la autorización, por haber creído ventajosa la emancipación.

Respecto de la forma en que debe hacerse la venta, creo que la omisión de las formalidades exigidas para realizarla, anularía el acto, porque el número y calidad de las personas que intervienen, el tiempo y lugar en que se realiza, los escritos ó medios de prueba ó de autenticidad, entran en la forma de que debe estar revestido el acto; sin embargo, el juez puede autorizar la venta privada, cuando así conviniera á los intereses del emancipado.

En los casos de obligaciones condicionales, que no se reputaren cumplidas sino cuando el menor hubiere llegado á la mayor edad, la emancipación en nada alterará las obligaciones; lo mismo sucederá, *si alguna cosa fuese debida al menor con cláusula de solo poder haberla cuando tenga la edad completa, la emancipación no alterará la obligación, ni el tiempo de su exigibilidad* (**art. 137**).

(**Art. 137.**) Se trata de un plazo señalado para la entrega de una cantidad, ó de cualquier cosa que se debiera al menor; la emancipación no alterará ese plazo. Lo mismo sucedería si se hubiere señalado un plazo mayor, el cumplimiento de la mayor edad, en nada influiría para el vencimiento del plazo. Si el plazo se hubiere puesto alternativamente para entregar la cosa ó cantidad, cuando se emancipare ó cumpliera la mayor edad, se tendrá por cumplido, así que llene cualquiera de las condiciones impuestas. — FREITAS, art. 75. Comp. art. 529.

TÍTULOS X y XI

DE LOS DEMENTES Y SORDO-MUDOS

§ 55.— DE LOS DEMENTES

Toda persona mayor de edad se reputa que está en su sano juicio, mientras una sentencia firme no hubiere declarado lo contrario; por esa razón, *ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por el juez competente (art. 140).* Corresponde á las leyes de procedimientos, el determinar la forma en que debe hacerse la declaración.

Se declaran dementes (á) los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia ó imbecilidad,

(Art. 140.) La capacidad puede perderse: 1º, por demencia: 2º, por condena á una pena de presidio ó de penitenciaría (art. 63, Cód. Pen.); 3º, por el matrimonio de la mujer mayor de edad.

La declaración de demencia en el caso del artículo, tiene por objeto impedir que la persona ejerza ella misma sus derechos civiles, dándole un representante necesario; tiende á garantizar en el porvenir los derechos del incapaz, en lo que se diferencia de aquellos actos que se declaran nulos, cuando se ha demostrado la incapacidad.

La declaración de demencia debe ser hecha por el juez del domicilio de la persona, y la incapacita para ejercer todos los actos de la vida civil, nombrándole curador, mientras que la incapacidad proveniente de la pena de presidio ó penitenciaría, sólo autoriza el nombramiento de administrador de los bienes del condenado.

Los autores han calificado estas incapacidades de legales y judiciales, siendo en mi opinión sólo legales, desde que los jueces no pueden crearlas por sentencia.

Cuando se ha declarado demente á una persona, y nombrádosele curador, todos los actos que practique en adelante son nulos, y la presunción es *juris et de jure*, que no admite prueba en contra; mientras que esa misma persona, puede ser declarada demente con relación



aunque tengan intervalos lúcidos, ó la manía sea parcial (art 141). No bastará, por consiguiente, simples aberraciones del espíritu, ú originalidades de carácter, ni aun la beodez habitual, ni la

á un acto que hubiere ejecutado, y en ese caso compete la prueba al que propusiere la acción ú deduzca la nulidad.—FREITAS, art. 78 y su nota. Cons. DEMOLOMBE, VIII, 410 y sig. Comp. art. 471 á 475, 1045, 1070, 3615 y 3616.

(Art. 141.) El mismo Freitas nos dice en su nota al art. 79, que la terminología de su artículo (que el nuestro ha copiado textualmente.) corresponde á las especies de enajenación mental encontradas por Pinel, adoptadas por Esquirol y los mejores escritores: pero notamos que ella es incompleta, según estos mismos autores, que dividen la locura en cuatro especies: 1º, manía; 2º, melancolía; 3º, demencia; 4º, imbecilidad ó idiotismo.

Los autores del Cód. Francés. no conocían esas clasificaciones y las dividían en imbecilidad, demencia y furor. Creemos, pues, que nuestra clasificación que suprime la *melancolía*, aunque incompleta, debe abarcar todos los estados de la locura; porque la ley no ha pretendido definir con una precisión rigurosamente científica, las diferentes clases de enfermedades mentales. Si mañana la ciencia del alienista descubre otra forma clara de la locura, ella debe estar compren-

Faltos S. C. N.—Aplicación del art. 140.—No es prueba de la demencia de un cotratante en el tiempo del contrato, el testimonio de personas que lo declaran, fundando su juicio sobre hechos transitorios y que pueden tener otra explicación que la demencia, y sin aseverar que esta era habitual ó existía al tiempo del contrato.—VII, 221.

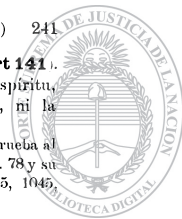
La expresión de loco empleada después del contrato, por uno de los contratantes, para calificar al otro, y que se ha explicado en el sentido de calificarle como extravagante, no es prueba de que éste estuviera loco en el tiempo del contrato.—XII, 221.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 140.—La incapacidad no puede declararse sin previo reconocimiento médico.—Jur. Civ., III, pág. 70, Sér. 2º.

Los contratos anteriores á la declaración de demencia son anulables, si el que los ataca justifica que el acto se verificó en época en que la enajenación mental era notoria.—Jur. Civ., II, pág. 302, Sér. 5º.

El nombramiento de curador definitivo de un insano, no procede, mientras no exista declaratoria en forma de la incapacidad.—Jur. Civ., IX, pág. 53, Sér. 2º.

Los parientes del insano tienen personería para reclamar la curatela definitiva después de la declaración judicial.—Jur. Civ., IV, pág. 124, Sér. 2º.





extrema vejez, siempre que no haya alteraciones mentales que puedan clasificarse como demencia.

La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino á

dida en la clasificación, y el juez estaría obligado á declarar la demencia en los casos en que los peritos la clasificaron p. e. de estado *habitual de melancolía*. El objeto de la ley al obligar al médico legista á clasificar la locura, es sacarlo de esas generalidades que pueden determinar un estado momentáneo y pasajero, haciéndolo entrar en el estudio de los caracteres especiales con que se manifiesta el desorden mental. No sólo debe encontrarse comprendido en alguno de esos estados de la locura, sino que debe ser *habitual*, porque no bastan esos accesos momentáneos ó pasajeros que perturban la mente.

Lo que hace difícil la cuestión de los intervalos lúcidos, es determinar su prolongación, y siendo imposible fijarla, es preferible incapacitarlo, aun en esos intervalos; pero cuando se trata de la responsabilidad de los actos ilícitos, la ley debe penarlos ó hacerles sufrir los daños y perjuicios, si fueron practicados en esos momentáneos y fugitivos estados de salud.

Eso mismo se establece como una excepción en los actos de última voluntad: pues, se les permite testar cuando los intervalos lúcidos son suficientemente ciertos y prolongados; pero debemos circunscribirlo á los dementes no declarados, como lo demostramos en el art. 3615 y su nota.

Freitas ha rechazado este sistema por incoherente y peligroso, combatiéndolo vigorosamente y llegando á esta consecuencia: que los declarados dementes, no pueden hacer testamento, ni contraer matrimonio, ni reconocer hijos naturales, etc., siendo la incapacidad absoluta.

Nuestro Código, que ha seguido al pie de la letra la redacción del artículo de Freitas, parece darle sin embargo, un alcance que aquel autor le niega.

La manía parcial, es un estado de perturbación de la inteligencia, y creemos lógico comprenderla en los que caracterizan la incapacidad. La inteligencia, como el individuo mismo, no puede estar sana y enferma al mismo tiempo: si la manía parcial es una enfermedad circumscripta á un determinado objeto, dejando sana lo demás de la inteligencia, no es menos cierto que el alma humana forma un todo indivisible, y que no es posible encontrarla sana y afectada al mismo tiempo. Nuestro Código ha sido influenciado por la doctrina de Demolombe.—FREITAS, art. 79 y su nota. DEMOLOMBE, VIII, n° 633 y sig. LAURENT, V, n° 250. Comp. art. 145, 475, 921, 1070, 1076, 2392 y 3615.

solicitud de parte, y después de un examen de facultativos (art. 142), y si del examen resultare ser efectiva la demencia,

La vejez por sí sola, por grande que sea, no prueba enajenación mental, aunque puede servir de causa, como tratándose de la imbecilidad senil.

La enfermedad perpétua ó duradera, tampoco puede dar motivo á la curatela, aunque haya imposibilidad de administrar sus bienes personalmente, porque puede hacerlo por medio de apoderados.

La embriaguez habitual, no es causa bastante para la curatela, mientras no conduzca á uno de los estados de la locura. Resulta, pues, que cualquier desarreglo en las costumbres ó manera de vivir de las personas, sino constituye un estado mental que puede clasificarse entre los que comprende la locura, no puede dar origen á la curatela. —FREITAS al art. 80 y su nota. Cons. DEMOLOMBE, VIII, n° 418 y sig. AUBRY y RAU, § 124 y sig.

(**Art. 142.**) La solicitud de parte interesada es condición esencial, aunque la locura aparezca notoria, debiendo armonizar este principio con lo enseñado en el art. 148, porque sería muy peligroso dejar en la mano de los jueces la facultad de declarar de oficio la incapacidad. El juez debe nombrar los peritos que practiquen el reconocimiento, pues hay peligro en dejar en las manos del denunciante el derecho de indicarlos, por el interés que puede tener. ¿Podrán desempeñar esa comisión médicos que fueran parientes del denunciado demente? La ley nada dice; pero los jueces deben evitar en cuanto sea posible el nombrarlos, porque no sería prudente en ciertos casos.

En cuanto á la calificación de la locura, es también una condición esencial, de manera que un informe que no la califique, no debe ser tenido por bastante.

Cuando hubiere duda ó si las opiniones se dividieran, la decisión debe ser favorable á la capacidad del denunciado, porque es un principio de derecho, que en los casos de duda se debe resolver en favor del estado normal.

Cuando el informe fuera negativo ó afirmativo, el juez no puede separarse de él aunque tenga opinión contraria, si los peritos tienen título (art. 178 de la ley de Proc. de la Cap.): pero no así cuando el

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 141.—La declaratoria de incapacidad, sólo procede en las condiciones especialmente determinadas en la ley.—Jur. Civ., I, pág. 212, Sér. 3ª.





deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía, deberá decirse si es parcial ó total (art. 143).

La declaración de demencia, que es esencial para considerar á una persona como incapaz, no excluye la facultad que tienen los particulares de atacar un acto fundándose en la demencia del que lo ha ejecutado, ó de alegarla como excepción en ciertos casos. Así, las personas encerradas en los hospicios de alienados (aun en los casos de demencia notoria), sin que una sentencia firme los haya declarado tales, dada después del examen de dos facultativos por los menos, que califiquen el estado de la demencia, no serán tenidas como dementes, ni están incapacitadas legalmente; pero los actos jurídicos que realiza-

examen fuere hecho por personas sin título, por no existir médicos en el lugar.—FREITAS, art. 81 y su nota. Cons. DEMOLOMBE, l. c. Comp. arts. 143, 144 y 470.

(**Art. 143.**) La ley ha exigido la calificación de la demencia como una condición necesaria para la seguridad del denunciado; porque hay tal gravedad en esta declaración, que priva al hombre del derecho de manejarse, que se deben buscar todas las garantías de acierto. Si la enfermedad mental no pudiera ser clasificada entre las determinadas por la ciencia, no debe ser declarado demente. Los jueces en estos casos, como extraños á una ciencia que no poseen, y aun cuando tuvieran título de médico, no pueden anteponer su propio criterio al informe de los médicos-legistas, porque la ley de procedimientos (art. 178 cit.), no les permite separarse cuando los peritos tienen título.

Los jueces deben formarse en estos asuntos un conocimiento personal del denunciado, para no incurrir en gravísimas injusticias, con las medidas preventivas que están autorizados á tomar; pero ese conocimiento sólo puede tener influencia en los casos de duda ó cuando no hubiere peritos con título. Los magistrados están en la obligación de seguir la opinión de los peritos, en la capital y territorios federales.—FREITAS, art. 82 y su nota. Comp. arts. 921, 1070, 1076 y 3615.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del artículo 142.—La incapacidad de obligarse por ser demente el obligado, solo puede justificarse por declaratoria judicial anterior al acto.—Jur. Civ., X., pág. 215, Sér. 2°.

La declaración de demencia debe ser ventilada en juicio ordinario, siempre que exista oposición por parte legítima.—Jur. Civ., I, pág. 59, Sér. 2°.

ren podrán ser atacados, probándose que estaban dementes cuando los realizaron.

Los jueces no pueden separarse del informe médico-legal, cuando hubiere sido expedido por médicos diplomados; pero esta disposición sólo rige en la capital y Provincia de Buenos Aires, art. 178, ley Proc. En las demás Provincias, se estará á lo que ellas las dispusieren en sus leyes de procedimiento.

§ 56.—DE LOS SORDO-MUDOS

Otra de las enfermedades físicas que incapacitan á los mayores, es la sordo-mudez, que los imposibilita para manifestar su voluntad; por esa razón, *los sordo-mudos serán habidos (tenidos) por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse á entender por escrito (art. 153). Pa-*

(Art. 153.) Dijimos, que las enfermedades por largas que sean y aún en el caso de tenerlas por toda la existencia, no privaban al individuo de su capacidad de obrar, siempre que no ataquen á la integridad de su inteligencia.

Nuestro Código ha rechazado con razón, la división que hacen los autores, entre los sordo-mudos que han recibido una educación mímica y saben darse á entender por señas, y los que saben leer y escribir. Sin embargo, esta regla no es uniforme, pues se permite casarse con autorización de sus padres ó curadores, á los que no saben darse á entender por escrito (art. 10, Ley Matr. Civ.), pero que pueden manifestar su voluntad de alguna manera, pues no suponemos que exista contrato sin manifestación de voluntad, aunque en estos casos la ley ha consultado solo la capacidad física de generar, como sucede con la mujer que ha cumplido doce años, que sin tener voluntad y siendo incapaz *absolutamente*, puede casarse con autorización de sus padres ó tutores, como quien celebra cualquier otro contrato por intermedio de su representante, siendo capaz de cumplirlo físicamente é incapaz intelectualmente. Con este criterio, permitiríamos el matrimonio al loco que es físicamente capaz de llenarlo. Aunque la ley debe cumplirse, porque es clara, hay un error de doctrina que debe corregirse, porque no puede ni debe haber contrato alguno sin que haya voluntad y se manifieste de alguna manera. Es cierto que los incapaces con incapacidad *absoluta* lo manifiestan por intermedio de sus representantes;



ra la declaración de incapacidad, es necesario de un juicio, exámen de facultativos y una sentencia firme. La opinión de los facultativos, aunque tenga un carácter asertivo, no debe prevalecer sobre la personal del juez, porque se trata de un hecho que puede ser apreciado por el común de las gentes. El hecho de si puede ó no manifestar su voluntad por escrito, no pertenece á ciencia alguna determinada, que necesite conocimientos especiales, y por esa razón el juez puede separarse del informe médico-legal.

El exámen de los facultativos será unicamente para verificar si pueden ó no darse á entender por escrito (art. 155), los denunciados como sordo-mudos, y para la declaración de esta incapacidad se procederá como en el caso de demencia; así es que para que tenga lugar la representación de los sordo-mudos, debe

pero eso no puede referirse á aquellos actos que le son exclusivamente personales y que necesitan de una manifestación de voluntad libre y consciente. Así, el acto de hacer testamento, de reconocer hijos naturales, de casarse, etc., necesitan de la voluntad *personal* del obligado, que no existe en el menor de catorce años, ni en el loco, ni en el sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito. — FREITAS, art. 101 y su nota y Cód. de Chile art. 469.

(**Art. 155.**) Nuestro Código ha suprimido del Proyecto de Freitas, los casos cuando no hubiera facultativos, en que el exámen debe hacerse por *personas entendidas*. En la locura debía clasificarse la enfermedad; aquí el exámen se reduce á averiguar si sabe ó no darse á entender por escrito, y aunque los peritos encontrasen que por una educación mímica sabe manifestar su voluntad, como se trata de toda una série de actos variados, la ley ha preferido incapacitarlo hasta que pueda llegar con seguridad á manifestarla. Las escuelas de sordo-mudos, que se multiplican con tan buen éxito en todo el mundo, hacen que esta incapacidad no sea sino momentánea; porque si no es capaz de aprender á expresarse por escrito, debe convencerse que no tiene la inteligencia bastante, y que la incapacidad es un verdadero beneficio. — FREITAS, art. 103.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 153.—La declaración de incapacidad, sólo procede en las condiciones especialmente determinadas en la ley.—Jur. Civ., I, 212, Sér. 5ª.

procederse como con respecto á los dementes, y después de la declaración oficial (judicial), debe observarse lo que queda dispuesto respecto á los dementes (art. 154).

§ 57.— DE LOS QUE PUEDEN SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE
DEMENCIA Ó DE SORDO-MUDOS

La interdicción por causa de demencia ó por ser sordo-mudo solo puede declararse á solicitud de parte interesada, *los que pueden pedir la declaración son:*

1º *El exoso ó esposa no divorciados (art. 144, nº 1), aunque*

(**Art. 154.**) Para que el sordo-mudo sea incapacitado y se le nombre curador, es necesario que el individuo sea denunciado por los parientes ó el Ministerio Público, en los términos del art. 144, debiendo suprimir al cónyuge, porque si la mujer se ha casado con un sordo mudo que no sabe darse á entender por escrito (con consentimiento del padre ó curador) habrá sido investida de la curatela de su marido ó tendrá derecho para pedirla fundándose en la declaración de incapacidad anterior. No podrá hacer la denuncia de incapacidad cualquiera del pueblo, como sucede en el caso del demente que incomoda á los vecinos, ni el cónsul respectivo si el sordo-mudo es extranjero, sino en el caso de tratados especiales.

Denunciado como incapaz, el juez deberá nombrarle un curador que lo defienda, y una vez practicado el reconocimiento y pronunciada la sentencia de incapacidad, se le nombrará curador definitivo. Este juicio no debe tener lugar, cuando el sordo-mudo fuere menor de catorce años, pues no tendrá objeto, siendo los dos estados de incapacidad absoluta. El mismo incapaz podrá pedir su rehabilitación, si posteriormente á la sentencia de interdicción hubiere aprendido á darse á entender por escrito, y el curador debe contraer todo su empeño á llenar este objeto.—FREITAS, art. 103 y Cód. DE CHILE, art. 470 y sus correlativos 457 y 458.

La edición oficial, dice: *oficial*, en vez de *judicial*.

(**Art. 144, nº 1.**) Nuestro Código, siguiendo á Freitas, se ha separado con razón de la doctrina del Cód. Francés, art. 490, que autoriza á los esposos á pedir la declaración de locura el uno respecto del otro, sin hacer la distinción del caso en que estuvieren divorciados, principio criticado por todos los juriconsultos. Se ha separado igual-



estuviesen separados de bienes, ó separados sin voluntad de unirse.

2° *Los parientes del demente* (art. 144, n.º 2) de cualquier grado que fuesen, porque no solo se trata de la conservación de los bienes, sino de propender á que vuelva á la razón, siendo

mente de su modelo, al no exigir la autorización judicial para el caso en que la mujer deba pedir la declaración de locura de su marido, en lo que no hay lógica, pues, en causa tan importante y grave, no debe proceder por su propia inspiración. Si en cualquier causa civil, en ausencia de su marido, debe pedir la autorización judicial, con más razón debía pedirla cuando se trate de privarle de su capacidad, para sustituirlo en la administración de sus bienes. En el porvenir debe corregirse este error, depurando así la disposición y poniéndola en armonía con las demás del mismo Código.—FREITAS, 83, n.º 1. DEMOLOMBE, VIII, n.º 455.

(Art. 144, n.º 2.) La generalidad y extensión de la palabra *pariente*, de que usa el Cód. Francés, ha sido criticada con razón, por las consecuencias casi absurdas á que nos conduce su aplicación. No dice si los parientes que pueden solicitar la declaración de locura, deben ser capaces; de manera que los menores de edad pueden pedirla asistidos de sus tutores, y aun lo que es más raro, podrá hacerlo el pariente declarado demente.

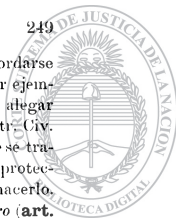
Algunos autores niegan este derecho á los parientes incapaces, sin recordar que los tutores ó curadores los representan en todos los actos de la vida civil.

Creo, como Demolombe, que una distinción cualquiera contra el texto absoluto de la ley, que confiere ese derecho á los parientes, es contraria á los principios; pero creo también, que lógicamente no debía concederse un derecho tan importante á personas casi extrañas, y que convendría reformar dicho artículo.—FREITAS, art. 83, n.º 2 y DEMOLOMBE, VIII, n.º 451 y sig.

Así, la inteligencia que debe darse á este inciso, comprende á todos los parientes, sean legítimos, naturales ó afines, sin distinción de líneas.

En la declaración de cierta clase de locura, no deberían intervenir sino los que fueran llamados á suceder al denunciado, ó que estuvieran dentro del grado en que se acuerda la sucesión, pues así se armonizaría esta disposición con la del anterior que niega ese derecho al cónyuge divorciado.—Cons. DEMOLOMBE, II, 263, *bis* II.





un miembro útil á la sociedad; sin embargo, debe recordarse que para ciertos actos jurídicos, como el matrimonio, por ejemplo, solo los parientes dentro del cuarto grado pueden alegar el impedimento de demencia, arts. 921 del Cód. y 24, Matr. Civ.

3° *El Ministerio de Menores* (art. 144, n° 3), porque se trata de incapaces que se encuentran bajo su vigilancia y protección, y debe obrar en defecto de aquéllos que debieran hacerlo.

4° *El respectivo Cónsul, si el demente fuera extranjero* (art. 144, n° 4); porque se le supone sin familia y es necesario dar intervención al agente de la nacionalidad del individuo.

5° *Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso ó incomode á sus vecinos* (art. 144, n° 5), y este derecho

(Art. 144, n° 3.) ¿Puede hacerlo contra la opinión del esposo ó de los parientes? Sería concederle una facultad muy grande que traería perturbaciones en la familia: por esa razón, el Cód. Francés, 491, concede esa facultad sólo en el caso de *furor* (locura furiosa); pero en los de imbecilidad y demencia, sólo cuando el denunciado no tenga esposo ó esposa, ni parientes conocidos.

Nuestro Código, siguiendo á Freitas, no hace esas distinciones; pero debemos suponerlas.

La expresión del Ministerio de Menores no es exacta, porque las leyes de procedimiento pueden no concederle esa facultad, como sucede en el caso de los ausentes, en que sólo interviene el defensor de ausentes é incapaces.

Freitas usa con más propiedad la expresión de: el respectivo Agente del Ministerio Público, para salvar cualquier dificultad de las leyes de Procedimientos.—FREITAS, arts. 83, n° 3. DEMOLOBE, VIII, 461.

(Art. 144, n° 4.) Cuando por los tratados que celebre la Nación se diere intervención á los cónsules en los asuntos de sus connacionales, aquellos se consideran como leyes nacionales y deben tener estos funcionarios las facultades que le concedan los tratados; pero en caso no los hubiere, los cónsules no podrán hacer tales denuncias, sino cuando los individuos no sean casados ó no tengan parientes: su misión en los juicios testamentarios cuando se les concede intervenir, según los tratados, es para cuando no tengan parientes: los jueces no deben permitirles otra intervención.—FREITAS, art. 83, n° 4.

(Art. 144, n° 5.) Cuando hay peligro para la comunidad, como



debiera extenderse á los que incomoden por su presencia con vestidos que causen repugnancia.

El derecho para denunciar la demencia debe ejercerse en el orden designado, y sólo en el caso de no existir el que puede hacerlo, intervendrán los que le siguen.

Cuando el demente fuera furioso ú ofreciere peligro á los vecinos, éstos podrán denunciarlo, si el cónyuge ó los parientes del demente no lo hicieren, porque todos están interesados en la seguridad de la sociedad.

Las personas que pueden solicitar la declaración judicial de la incapacidad de los dementes, pueden pedir la de la incapacidad de los sordo-mudos (art. 156).

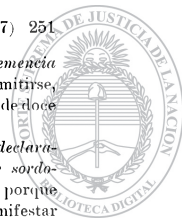
§ 58. — CUANDO NO SE PUEDE PEDIR LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA

En principio general, la declaración de incapacidad no se puede demandar sino contra las personas capaces; es decir, contra los mayores ó emancipados, porque es inútil incapacitar al que ya lo está; así es que *si el demente ó sordo-mudo fuese*

en la locura furiosa homicida, todos están interesados en que se ponga al demente en un establecimiento de sanidad.

Cuando alguna persona tuviera algún interés en que se hiciera la declaración de demencia para asegurar sus derechos, como si se enloqueciera el socio ó socios de una sociedad en liquidación, deberán hacer la denuncia al Ministerio de Menores y al juez para que se le nombre un representante. Otra cosa sucedería, si se tratara de una sociedad en plena actividad comercial, en que el socio ó socios que llevan la firma perdieran la razón, porque hay verdadero peligro en que continuasen dirigiéndola, y el socio comanditario ó en participación ó industrial, tendrían derecho para pedirla, por más que la ley no les conceda expresamente esa facultad, en lo que se puede notar una laguna que la jurisprudencia debe llenar.—FREITAS, art. 83, n° 5.

(**Art. 156.**) Hicimos notar en el art. 154, que á nuestro juicio, el art. 144 quedaba modificado, porque no podían pedir la declaración de incapacidad del sordo-mudo, la mujer casada con el incapaz, ni los vecinos que podían hacerlo en la demencia furiosa ó incómoda. Freitas, art. 104 suprime sólo la última, suponiendo que la incapacidad pueda



menor de catorce años, no podrá pedirse la declaración de demencia (art. 145); sin embargo, hay casos en que debería permitirse, tratándose de anular, p. e., el matrimonio de una mujer de doce años, que ha podido casarse válidamente.

Lo mismo sucederá con el sordo-mudo, en que la declaración judicial no tendrá lugar, sino cuando se tratase de sordo-mudos que hayan cumplido catorce años (art. 157), porque antes de esa edad tienen incapacidad absoluta para manifestar su consentimiento, aunque sepan darse á entender por escrito.

El juicio de demencia es de aquellos que están sujetos á variaciones, y la sentencia no hace cosa juzgada sino respecto de los hechos que se tuvieron presentes al dictarla: así es que puede volverse á demandar alegando nuevos hechos, ya sea que se hubiere declarado la demencia, ya que se hubiere rechazado.

Tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia, cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya improbadamente, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si espusiese hechos de demencia

sobvenir después de casado, lo que no admitimos. Los mismos que han solicitado la interdicción pueden pedir la cesación, y el examen médico-legal, se reducirá á demostrar, si sabe ó no darse á entender por escrito y tendrá lugar toda vez que lo pida cualquiera de los interesados, alegando hechos sobrevinientes.—FREITAS, art. 104.

(Art. 145.) Siendo la incapacidad absoluta, sería inútil la declaración de demencia que tiene por objeto impedir cualquier acto que pueda dañarle. Con relación á los actos ilícitos en que el mayor de diez años y menor de 14 es responsable (art. 921), y puede ser penado cuando ha procedido con discernimiento (art. 81, n.º 1, Cód. Penal), tampoco le favorecería la declaración de demencia del juicio civil, porque deberá hacerse en el juicio criminal.

Otra cosa sucede cuando el menor es púber, que tiene solo incapacidad *relativa*, la declaración de locura lo inhabilita *absolutamente*, y por consiguiente esta se hace necesaria. Esto mismo habíamos observado en la INSTITUTA, nota 19. Véase FREITAS, art. 84.

(Art. 157.) Es inútil la declaración de incapacidad en este caso, desde que tiene una incapacidad *absoluta*. Nos referimos á lo dicho en el art. 145.



sobrevinientes á la declaración judicial (art. 146), esto mismo debe observarse cuando se solicitare la cesación de la incapacidad.

Los particulares no pueden por convención, asimilarse á los incapaces, ni concederse los derechos inherentes á éstos. Tampoco puede pedir uno mismo la declaración de su demencia.

Cuando la demencia ha sido declarada en primera instancia, el que se ha defendido negándola, no puede válidamente aceptar la sentencia contra la voluntad de su defensor, ni desistir de la apelación que hubiere deducido.

§ 59. — PROCEDIMIENTO EN CASO DE DEMENCIA Ó SORDO-MUDEZ

La demanda de interdicción debe deducirse ante el juez del domicilio de la persona que se quiere incapacitar, y si el demandado es menor de veintidos años y mayor de catorce, debe nombrarse una persona para que lo defienda, con el título de curador.

Y aunque la manera de proceder corresponda á las leyes de forma que las Provincias deben dictar; sin embargo, indicaremos, que la demanda deberá contener la relación de los hechos de demencia en que se funda el pedido de interdicción, y los documentos que los apoyaren.

Una vez interpuesta la solicitud (demanda) de demencia, debe nombrarse para el demandado como demente, un curador pro-

(**Art. 146.**) La cosa juzgada existirá solo respecto de los hechos alegados, sobre los cuales no se puede volver. Pero una sentencia que rechace la demencia puede ser modificada por otra que la declare probada, desde que se alegaren hechos posteriores.

Tratándose de alteraciones mentales, puede suceder que cuando los peritos examinen al denunciado no lo encuentren demente, aunque los efectos estén prontos á manifestarse por cualquiera circunstancia que sobrevenga. Esto sucede con frecuencia en la imbecilidad senil, en que pueden repetirse las denuncias. Pero los jueces tendrán presente que hay sumo peligro en abrir la puerta á denuncias repetidas, y deben limitarlas con las condenaciones en costas ó en los daños y perjuicios á los denunciantes, cuando resultaren de mala fe.

La cosa juzgada existe para cualquier individuo que solicitare la

sorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio es parte esencial el Ministerio de Menores (art. 147).

El curador que se nombrase es con el objeto de defender al

declaración, fundándose en los mismos hechos rechazados, porque tratándose del estado de las personas, la declaración de la sentencia debe tener un efecto absoluto y todos deben obedecerla; así una sentencia que declare incapaz á un individuo, porque es demente, tiene autoridad contra todos, pues es una medida de protección general: lo mismo sucedería con la sentencia que levante la interdicción. No se debe permitir volver á discutir los mismos hechos.—FREITAS, art. 85, y su nota.

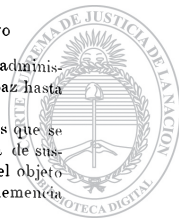
(Art. 147.) Este es uno de los puntos en que la ley de forma se confunde con la de fondo: pero como la incapacidad de los dementes solo comienza después de la sentencia firme, es necesario que la ley de fondo pueda llegar á ella para determinarla. Y hay suma gravedad en este asunto para que la ley no lo rodee de todas las seguridades que exige la protección general que se debe á la sociedad, y la garantía y reconocimiento de los derechos del denunciado. Es necesario armonizar estas dos tendencias contrarias: respeto por la persona y sus derechos: seguridad y protección para la sociedad.

No bastará, pues, que una persona sea denunciada como demente, para que se le incapacite impidiéndole defenderse en juicio en caso de solicitarlo, sin que esto importe privar al juez de la facultad conferida por la ley para nombrarle un curador, que debe ser el representante legal del denunciado.

Es peligroso concentrar en la mano de los jueces facultades que no debieran ser de su competencia: porque la misión de estos no es estudiar á los hombres ni sus acciones, sino en cuanto caen bajo la forma de un hecho controvertido. Esos nombramientos de tutores, curadores, síndicos, albaceas, etc., perturban las funciones del juez, sacándolo de su misión de juzgar, aplicando las leyes á los hechos del proceso, y dá lugar á favoritismos, que algunas veces pueden convertirse en escandalosos negocios.

Freitas, art. 86 y su nota, atribuye al nombramiento de curador la importancia de no incomodar al denunciado, en los casos en que la denuncia no proceda, y así debemos considerarlo por nuestro derecho: pues reputaríamos una injusticia el negarle defenderse cuando lo exija y pueda, desde que se trata de privarle de su facultad de obrar, y se le reputa capaz hasta la sentencia, que declare lo contrario.





denunciado como demente, sin que intervenga en la administración de sus bienes, pues el denunciado se reputa capaz hasta la sentencia firme que lo incapacite.

Las leyes de Procedimientos deben llenar los vacíos que se notan en estas disposiciones, estableciendo la manera de sustanciar el juicio. El nombramiento de curador es con el objeto de no molestar al denunciado, en los casos en que la demencia resultare falsa.

Los jueces no deben admitir denuncias generales y vagas

¿Por qué se le juzgaría incapaz, aun para defenderse antes de la sentencia?

La misión del curador es defenderlo en juicio, y debe sostener su capacidad en los casos de duda ó de informes contradictorios.

Las leyes de procedimientos deben llenar estos vacíos y deficiencias, impidiendo, p. e., que una persona declarada demente por una sentencia, continúe siendo considerada como capaz hasta el fallo de la última instancia.

El curador debe defenderlo hasta la *sentencia definitiva*, es decir, hasta que no haya recurso.

Cuando el denunciante fuera uno de los parientes, es claro que no podrá ser curador del denunciado para defenderlo: pero eso no impedirá que lo sea uno de los otros parientes, á quienes los jueces deben preferir siempre, en lugar de los extraños. Freitas, en la nota al art. 86, da á entender que el nombramiento de curador para defender al denunciado como demente, no importa incapacitarlo, porque la incapacidad no comienza sino después de la sentencia firme: pero piensa que habría incoherencia en admitir al denunciado á defenderse, lo que no aceptamos, pues, este debe tener todas las garantías necesarias para defender su capacidad, y esa misma defensa puede ser una prueba de la capacidad ó incapacidad, dando indicios de su estado mental. Interesa tanto á su persona un juicio semejante, que sería condenarlo sin oírlo, si se le declarase incapaz sin la defensa personal exigida por él mismo. Hay un gran vacío en esta parte, que las leyes de forma deben llenar.—Comp. art. 59, 471, 493 y 494.

Faltos de la Ctm. de Apel. de la Ctp.—Aplicación del art. 147.—Los honorarios del curador provisorio son á cargo del denunciado como insano, aun cuando se haya resuelto la improcedencia de la declaratoria de incapacidad, por ser la mujer casada.—Jur. Civ., IX, pág. 413, Sér. 3ª.

El curador provisorio sólo tiene personería para intervenir en el juicio de declaratoria de insania.—Jur. Civ., XV, pág. 144, Sér. 4ª.



en que no se precisaren los actos de demencia, y cuando reputaren que los hechos denunciados no importan á su juicio, actos de demencia, como en el caso de una gran generosidad, que pudiera juzgarse como prodigalidad, y que no dan motivo para un juicio, deberán rechazar la demanda; en los casos dudosos se nombrará un curador al demandado como demente, y con él se seguirá el juicio.

Se procederá de otra manera, cuando el juez se convenza personalmente de la demencia, de modo que, *cuando la demencia aparezca notoria é indudable, el juez mandará inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos, bajo inventario, á un curador provisorio, para que los administre (art. 148)*, y en este puesto podrá ser nombrado curador el mismo denunciante, aunque no podrá defenderlo.

(Art. 148.) Este es un caso excepcional, en que se requiere la convicción personal del juez sobre el estado mental del denunciado, al que se trata de impedir un mayor mal. Por eso Freitas ha expresado su pensamiento, diciendo: cuando el caso fuera de urgencia y se *convence el juez de la verdad de la denuncia*. etc.

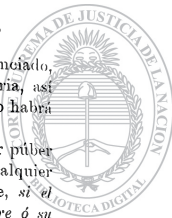
El curador provisorio que se nombre para administrar los bienes, puede ser el mismo que lo defendió en el juicio de demencia, y algunas veces convendría que lo fuera, si es pariente del denunciado y no hubiere intervenido en la denuncia. El denunciante puede ser curador de los bienes; pero no puede representarlo en el juicio sobre demencia. Solo en casos de urgencia y con plena convicción del juez, se debe proceder á privarlo de la administración de sus bienes, hecho que no debe tener lugar ordinariamente, sino después de la sentencia.

En cuanto á los actos que realizare el demente en el tiempo intermedio, no tendrán la presunción de haber sido ejecutados por un demente; en cada caso especial debe probarse la demencia por el que la alegare, á menos de haber sido notoria.

El inventario debe ser judicial, haciéndose con todas las formalidades que determinen las leyes de procedimientos.

Si el denunciado tuviera mujer, esposo, padres ó hijos mayores que serán los curadores en caso se le declarase incapaz, deben ser citados para el inventario.

Una vez que se hubiese declarado incapaz al denunciado, cesará el curador provisorio para los bienes, administrándolos el curador definitivo. —FREITAS, art. 87 y su nota. GOYENA, art. 283.



El nombramiento de curador para defender al denunciado, será siempre necesario, aunque la demencia sea notoria, así como el examen médico-legal para la declaración, pero no habrá necesidad de apelación, como en los casos dudosos.

Cuando los padres ó tutores temiesen que el menor pudiese demente, pudiera contraer matrimonio, ó hubiere cualquier otro peligro, podrán denunciarlo; así se establece que, *si el denunciado como demente fuese menor de edad, su padre ó su tutor ejercerán las funciones del curador provisorio (art. 149).*

(**Art. 149.**) Aquí se nota igualmente la supresión de palabras que se encuentran en el original y que lo aclaran notablemente. Freitas, art. 88, dice: «si el denunciado, fuera menor, sus padres ó tutores ejercerán las funciones de curador provisorio *de que se trató en los dos artículos antecedentes*»; expresión que no tiene el nuestro, y que suprimida, trae la duda sobre si se refiere al curador provisorio del artículo anterior, ó al que lo debe defender en juicio. Si lo entendiéramos como lo trae Freitas, resultaría, que cuando el menor fuere denunciado por su padre ó tutor, éstos deberían ser los curadores provisorios que los defendieran en el juicio de demencia, contrariando al parecer la opinión emitida en la nota del art. 147: sin embargo, esa debe ser la inteligencia, porque el padre ó tutor son los representantes del menor, solo ellos deberán ser escuchados, pues, se trata de un incapaz, mientras que en el caso del art. 147 se refiere á una persona capaz que se quiere incapacitar, y en que el denunciante no debe ni puede ser el defensor.

No debemos suponer en el cónyuge, padre ó hijo, el deseo de dañar á su pariente; sin embargo, en ciertos casos puede suceder y hemos tenido ejemplos de mujeres casadas, que se empeñaban en librarse de sus maridos haciéndolos declarar locos, y hombres que hacían cosas iguales con sus esposas; pero esto no entra en lo ordinario de la vida humana.

Los jueces deben apreciar con un criterio ilustrado cada caso especial. Lo ordinario es que se le dé la curaduría al que debe ser curador en definitiva, cuando se trata de un incapaz; no así cuando fuere capaz, en que el denunciante no puede defenderlo. Por eso se hace necesario la creación del consejo de familia, que nuestro Código ha omitido.—Comp. FREITAS, art. 88 y su nota. Comp. art. 57, núms. 2 y 3 y art. 478.



He limitado la facultad de pedir la declaración á ciertos casos, porque siendo el menor incapaz, no necesita para resguardar su acción de una nueva declaración de incapacidad; entonces es innecesario la defensa de la integridad de su estado mental, desde que bastará con el exámen médico; pero si de éste resultara alguna duda, no podrá ser su defensor el mismo denunciante.

Nuestro Código guarda silencio respecto de los dementes encerrados en los hospicios, sin previa declaración; nos referimos al párrafo siguiente.

§ 60.—DE LA CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD

Se nota en nuestras leyes un gran vacío en cuanto á la manera de hacer cesar la interdicción, por causa de enajenación mental ó sordo-mudez.

Se ha cuidado de establecer quién puede pedir la declaración de incapacidad, pero nada se ha dicho sobre quiénes pueden demandar la cesación.

El mismo silencio se ha guardado sobre los enajenados que estuvieren en los hospicios de dementes, sin previa declaración. La administración de esos hospicios debiera tener las facultades necesarias para solicitar, tanto la declaración de demencia, como la de su cesación, cuando no lo hicieren aquellos que los hubieren colocado ó que fueren sus curadores.

Recuérdese que una persona mayor de edad no es tenida por demente sino mediante una sentencia firme que así lo declare; de manera que los actos jurídicos practicados por los encerrados en los hospicios de dementes, sin declaración previa, se tendrán por válidos mientras no se pruebe que el individuo se encontraba demente cuando lo ejecutó. La persona capaz no podrá alegar la incapacidad, sino el representante del incapaz.

La cesación de la incapacidad podrá demandarla el mismo incapaz, provocando él mismo el juicio? Será necesario que se presente con certificados de la administración del hospicio, ó de otros médicos, afirmando que ha recobrado la salud; en esos casos, *la cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo exámen de sanidad hecho por facultativos* (dos por lo menos), *y después*

de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores (art. 150).

Los mismos que pidieron la declaración de demencia, ó tal cual-
quier pariente del interdicto puede denunciar su restableci-

(Art. 150.) La incapacidad no cesa por el restablecimiento del demente: es necesario que se siga un juicio exactamente igual al que se tuvo para la interdicción. El demente que se considera sano ¿podrá demandar el levantamiento de la interdicción, cuando su curador ó los parientes no lo hicieran? ¿Se necesitará el nombramiento de otro curador? ¿Pueden pedir los parientes la cesación contra la voluntad del curador? En cuanto á la primera, es una cuestión muy delicada, pues, si bien el demente no tiene personería para pedir se le levante la interdicción, no puede dejársele entregado á la absoluta voluntad del pariente ó curador nombrado, porque pueden tener interés en prolongar la interdicción. Si los declarados dementes se presentaran con certificados de los médicos de los hospicios ó de los que lo atendieren, demostrando que se han curado, los jueces deberían atenderlos, promoviendo el juicio por el nombramiento de un curador, que los defienda en caso de oposición.

En cuanto á la segunda cuestión, el artículo nada dice, pero ordena que la declaración de capacidad *sólo tendrá lugar después de un nuevo exámen de facultativos*; es decir, que se hará un nuevo juicio.

Si, por el contrario, el curador se ha opuesto, como él es el representante del incapaz, no se puede prescindir de su intervención, sin perjuicio de las condenaciones en que hubiere incurrido por su temeridad.

En la tercera cuestión, los parientes del incapaz pueden promover el juicio de cesación de incapacidad contra la voluntad del curador, y en ese caso, no habrá nuevo curador, porque los demandantes defienden la capacidad y hacen las veces del que hubiera sido necesario nombrar. En estos juicios, el Ministerio de Menores es parte esencial, desde que se trata de incapaces.

Si el demente fuera menor púber, no sería posible el juicio sobre la cesación de la incapacidad mental, sin la potición del tutor, porque está bajo su poder hasta que llegue á la mayor edad.—Cons. TOLLIER, II, 1364, nota 2. DURANTON, III, 791. AUBRY y RAU, § 126, nota 17, y las decisiones de varias Cortes Francesas. Nuestro artículo es el art. 96 de Freitas.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 150.—No procede la rehabilitación, en tanto subsisten las causales en que se fundó la incapacidad.—Jur. Civ., XIII, pág. 103, Sér. 4°.





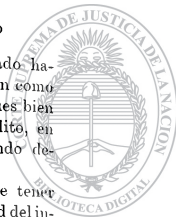
miento; pero los efectos de la *sentencia sobre (la) demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en el Código, mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos ó dar lugar á condenaciones (art. 151)*, porque en la aplicación de las penas se averigua la capacidad del agente en el momento mismo de ejecutar el acto delictuoso, y sólo en las cuestiones prejudiciales, como en la nulidad de matrimonio ó quiebra, el juicio civil influye directamente sobre el criminal.

Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquier sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar á la acusación por motivo de la demencia del acusado, ó que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado (art. 152), porque

(**Art. 151.**) La declaración de incapacidad por causa de locura, tiene por objeto impedir en el porvenir la realización de actos jurídicos por el interdicto.

Se trata de la capacidad para ejecutar una série de actos futuros: mientras que en el juicio criminal se refiere á un hecho determinado, en que hay necesidad de investigar la intención, la edad y la inteligencia que se ha tenido en el acto mismo. El declarado demente no ha podido verificar un acto jurídico aun en lúcidos intervalos y el acto lleva en sí el sello de una insanable nulidad; pero para los actos ilícitos ó crímenes, nadie se puede reputar capaz ó incapaz en general, porque es necesario estudiar cada caso; así, los declarados incapaces, pueden ser capaces para ejecutar un delito, si se demuestra que lo hicieron en lúcidos intervalos, y vice-versa, un capaz puede ser incapaz é irresponsable, si ejecutó el acto criminoso en un momento de extravío. Así es que la sentencia de demencia en el juicio civil, en nada puede influir sobre la causa criminal.—FREITAS, art. 99 y su nota. Comp. art. 1102 y 1103 con sus notas.

(**Art. 152.**) En el juicio criminal se puede declarar inculpado al procesado á consecuencia del estado mental en que se encontraba cuando ejecutó el acto; porque para el derecho criminal basta la falta de intención, pues sin ésta no hay delito; mientras que en el juicio civil no se trata de un solo acto, sino de un estado *habitual* del individuo, que lo incapacita para ejecutar en el porvenir una série de actos que tengan por objeto ó se refieran á los derechos civiles. Así, un individuo condenado ó absuelto en un juicio criminal, no puede venir ante el juez



refiriéndose al momento de la ejecución y no á un estado habitual, la jurisdicción civil no debe tomar tal resolución como base para declarar capaz ó incapaz á un individuo; pues bien pudo estar extraviado en el momento de cometer el delito, en cuyo caso no sería pasible de pena, mientras que siendo demente, pudo cometerlo en un momento lúcido.

Así, la absolución ó condena del procesado no debe tener influencia en el juicio civil, que versa sobre la capacidad del individuo, y que se refiere á hechos constantes y habituales.

Cesará la incapacidad de los sordo-mudos del mismo modo que la de los dementes (art 158).

§ 61. — DE LOS ACTOS REALIZADOS EN LÚCIDOS INTERVALOS

El demente declarado por sentencia firme, es incapaz de celebrar acto jurídico alguno; pero si lo hubiese realizado, sólo sus representantes podrán pedir la anulación, lo que es una consecuencia.

Un contrato cualquiera celebrado por un demente declarado en juicio será nulo, aunque la persona capaz ofreciera demostrar que lo realizó en un intervalo lúcido demasiado largo, para estar seguro de la existencia de la libertad consciente.

Parece una excepción á este principio el art. 3615, cuando permite á los dementes hacer testamento en los intervalos lúcidos, obligando al que alega la validez, á demostrar que lo rea-

civil con esa sentencia, para que lo declare capaz ó incapaz. El juez civil podrá no declarar incapaz al que ha sido declarado demente en el juicio criminal, ó podrá declarar incapaz al que ha sido condenado como culpable; porque en ese caso habría ejecutado el acto en un intervalo lúcido, y en el primero pudo ejecutar el acto en un momento de desarreglo mental, que no constituye lo habitual y ordinario de la vida del individuo. — FREITAS, art. 100 y su nota. MARCADÉ al art. 1351.

[(Art. 158.) En el art. 150 manifestamos que la cesación de la incapacidad podía ser solicitada por el mismo incapaz, aun sin asistencia del curador, en ciertos casos; este principio se aplica con mayor razón en el presente artículo. En todos estos juicios es parte esencial el respectivo Agente del Ministerio Público.—FREITAS, art. 106.

lizó en uno de esos momentos; pero no es así, porque allí se habla de los dementes no declarados. Es, sin duda, por la naturaleza del acto esencialmente revocable, y porque no habrá gran peligro en permitírsele en esas condiciones, tratándose de disposiciones de última voluntad.

En nada obsta el art. 921, porque se refiere á la responsabilidad penal del demente, de que no deberá eximirse si ejecutó el acto ilícito en lúcidos intervalos, teniendo voluntad y libertad.

§ 62.—DE LOS CURADORES PROVISORIOS Y DEFINITIVOS.

Denunciada la incapacidad, debe nombrarse un curador provisorio para que represente y defienda al denunciado, sin decidirse aún sobre la administración de los bienes. El curador será designado por el juez según su propio criterio; pero debe preferirse á los parientes del denunciado, porque estarán más interesados en defenderlo, á menos que en ellos debiera recaer la administración de los bienes, porque entonces pueden ser influenciados por el interés.

Concluida la causa sobre incapacidad, si resultare demostrada la demencia ó sordo-mudez, en las condiciones de la ley, se nombrará curador definitivo para la persona y bienes del incapaz, en los términos del título XII, *de la curatela*.

En la curatela definitiva, el juez está obligado á designar para desempeñarla, á las personas designadas por la ley.



SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

TÍTULO PRIMERO

DEL MATRIMONIO (1)

CAPÍTULO PRIMERO

§ 63.—DEL RÉGIMEN DEL MATRIMONIO

La ley de Matrimonio Civil ha venido á sustituir el título del Código relativo al matrimonio, de modo que cuando dice: *queda modificado el Código Civil en la forma y con arreglo*

(1) Hemos conservado la numeración de la ley de matrimonio civil, porque cualquier reforma que se haga en el Código Civil por leyes especiales, no debe alterar su numeración primitiva, pues de otro modo, se dejaría sin fundamento todas las decisiones judiciales anteriores. Ese es el procedimiento que se ha seguido con el Código Civil Francés, que ha conservado su numeración primitiva, á pesar de las sucesivas reformas que ha sufrido. Suponemos que el Congreso no producirá tan gran perturbación, suprimiendo el título del matrimonio, para sustituirlo con la nueva ley, pues bastará que ésta vaya al pie de cada edición oficial para considerarla como derogatoria de ese título, que debe continuar figurando en las ediciones oficiales. Por esa razón incluyo en la presente publicación, en forma de nota, el texto oficial del título que ha quedado derogado, con las notas del Dr. Velez Sarsfield, y no lo estudio, porque sería salir de los límites que me he trazado en la presente obra.

Considero errónea la disposición del art. 118, *ley matr. civ.*, que sin duda se derogará, y se mandará poner al pie del título sustituido, la ley que lo reemplaza, sin hacerlo desaparecer del Código. Es así como se ha hecho con todos los códigos que se han reformado, y sería un gravísimo error alterar toda la numeración del código.

DEL MATRIMONIO (*)

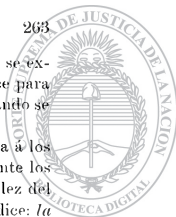
CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN DEL MATRIMONIO

159. *La validez del matrimonio, no habiendo poligamia ó incesto, es regida por la ley del lugar en que se ha celebrado, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio por no sujetarse á las formas y leyes que en él rigen.*

(*) *Nota del Dr. Velez Sarsfield.*—La legislación sobre el matrimonio desde la era cristiana hasta el presente, ha partido del punto de vista especial que





á lo que se establece en los artículos siguientes (art. 1), no se expresa con exactitud la idea, porque el título desaparece para ser reemplazado por el nuevo. Se modifica una cosa, cuando se reconstruye la nueva dejando subsistente la reformada.

Nuestro Código, á diferencia del francés, no autoriza á los argentinos domiciliados en el extranjero para casarse ante los Cónsules ó Ministros de la República, y somete la validez del acto á las leyes del lugar en que se celebrare; por eso dice: *la validez del matrimonio, no habiendo ninguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 9º, será juzgada en la República por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse á las formas y leyes que en él rigen (art. 2);* de modo

(**Art. 1.**) El art. 1º de la ley de Matr. Civ., no expresa con claridad el pensamiento del legislador, que ha sido cambiar la base fundamental de la legislación en esta materia; es uno de los casos de derogación expresa, en que las disposiciones anteriores desaparecen por completo; así lo expresa el art. 118, que manda: que en la primera edición oficial del Cód. Civil se incorporará esta ley en lugar del tit. 1, Sec. 2ª, lib. 1, lo que indica la desaparición del existente; pero no es posible ni debe hacerse tal cosa; el título derogado debe continuar en el código, con la ley derogatoria al pie.

(**Art. 2.**) Las naciones civilizadas se encuentran, con relación al matrimonio, en una situación muy delicada: cada una quiere impedir que se violen sus leyes y se ataquen sus costumbres; pero debe en compensación tratar que los matrimonios celebrados en su territorio tengan fuerza y validez en los demás. Estas dos tendencias tan diversas hacen que cada país reconozca la validez de los matrimonios cele-

cada legislador tomó sobre tan importante acto. En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró sólo como un sacramento, y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la revolución francesa, y el matrimonio fué legislado por solo los principios que rigen los contratos. La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez: el divorcio perpétuo y la omnimoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos, ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender á las condiciones de una estipulación cualquiera. La sociedad no marcharía á la par de las leyes: serían necesarias tantas



que en lo concerniente á las formalidades, el acto deberá ser apreciado por las leyes del lugar en que se realizó, y del mismo modo en lo que se refiere á la manera de probarlo.

brados en los otros, siempre que no contraríen los principios fundamentales de honestidad y moralidad que sirven de base á su sociabilidad.

En la celebración de los matrimonios y su validez, sucede lo que en la transmisión de bienes raíces; deben hacerse llenando las condiciones de capacidad exigidas por nuestras leyes. Así, los que se trasladan de una nación á otra momentáneamente y sin abandonar su domicilio, por no sujetarse á ciertas formalidades, celebran válidamente el matrimonio siempre que no tengan algunos de los impedimentos del art. 9.

El término de que se vale el artículo, cuando dice: «que la validez del matrimonio se rige por la ley del lugar en que se celebre, *aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio* por no sujetarse á las formas y leyes que en él rigen», carece de exactitud y no expresa el verdadero pensamiento de la ley. Cuando se deja el domicilio que se tenía en una nación yéndose á otra, las leyes que los regían antes, dejan de serles obligatorias, y nadie puede creer que eso hubiera querido expresarse. Se refiere al caso de traslación momentánea, sin abandono de domicilio, para volver á la misma nación donde se le tiene. Los domiciliados en la Argentina que se trasladan á Montevideo y contraen matrimonio religioso, por no sujetarse al civil que rige aquí, han realizado un acto válido.

El menor de edad que tiene su domicilio legal donde vive su padre, no puede cambiarlo, como algunos creen, por el hecho de trasladarse á otra nación para contraer matrimonio, y una vez celebrado, aun sin consentimiento de los padres ó tutores, quedan emancipados (nota al

excepciones al contrato, que vendría á quedar sin ninguno de los principios que sirven de base á las convenciones particulares.

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



Así, p. e., cuando en el país donde se celebró no fuese costumbre de hacerlo constar por escrito, se podrá demostrar por testigos; y siguiendo esta teoría se ha decidido por los tribunales

art. 131), pero se les priva de la administración de los bienes, y es muy dudoso que los padres ó tutores puedan entregárselos voluntariamente, porque la ley dice: *que no habrá medio de cubrir la falta de autorización*; eso mismo sucederá en los casos en que con engaños ó medios dolosos contrajeran matrimonio en la República sin autorización necesaria, como si falsificaran la partida y se aumentaran la edad.

La ley argentina acepta como válidos los matrimonios celebrados en otras naciones, aunque contraríen sus leyes, con tal que no tengan los impedimentos del art. 9; pero los efectos civiles de esos matrimonios deben ser regidos por las leyes de la República. Freitas, 1257, divide el acto del matrimonio, en lo que se refiere á la capacidad de derecho de los cónyuges, que debe ser regida por las leyes del Imperio, y lo que se relaciona con las formalidades del acto, que deben ser regidas por las leyes del lugar de su celebración y así debemos entenderlo.

Los tribunales de Massachussets, según lo refiere Story, han «admitido la legitimidad de la sucesión de una persona que se había divorciado (roto el vínculo) por adulterio, y declarado por la ley local inhábil para casarse otra vez; pero que había ido á un Estado vecino y contraído un nuevo matrimonio teniendo hijos». La doctrina francesa es contraria á estos principios, y la legislación inglesa se ha detenido á corta distancia (aunque rechazando en parte la doctrina consagrada por nuestro Código, que es sin duda la más adelantada), y ha establecido esta limitación: que los matrimonios de ingleses celebrados originariamente en Inglaterra, no pueden disolverse según la ley inglesa y que, disueltos en Escocia y vueltos á casarse los individuos según la ley Escocesa, esos matrimonios no serán válidos; así habrá

•Siendo el matrimonio, dice, un contrato consensual, puede juzgarse que la *Lex Loci* es la que debe resolver toda cuestión que respecto á él nazca: pero debe observarse, que el matrimonio es un contrato *sui generis*, diferente en mucho respecto de todos los otros contratos, y tanto, que las reglas de derecho aplicables á los otros contratos, no pueden aplicarse á éste, ni en su constitución, ni en los medios de ejecución. El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual, los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna. El ma-



les franceses, que no hay necesidad de demostrar la celebración del matrimonio, cuando en el lugar donde se celebró bastara el hecho de la cohabitación para establecer la unión legítima.

La ley argentina reconoce la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero, cualquiera que sea su forma y la manera de expresar el consentimiento, siempre que no tenga alguno de los impedimentos del art. 9°. Es la única limitación.

Cuando los individuos se trasladasen del extranjero donde están domiciliados para celebrarlo en la República, su capacidad de obrar se juzgará por las leyes de su domicilio (arts. 6° y 7°).

Siendo el contrato de matrimonio uno de los más importantes de la vida humana, las naciones se han empeñado en darle bases comunes para que su validez no sea alterada; en ese sentido solo se exigen aquellas condiciones que se encuentran dentro del orden moral y que son comunes á los pueblos civilizados. Así, en el matrimonio de un extranjero no domiciliado en la República, el oficial público solo debe exigir se le demuestre su capacidad con arreglo á la ley de su domicilio. En lo que se refiere á *los derechos y las obligaciones personales de los cónyuges, son regidos por las leyes de la República, mientras permanezcan en ella, cualquiera que sea el país en que hubieran con-*

dos matrimonios y dos familias legítimas: una según la ley inglesa, otra según la escocesa. La doctrina de nuestro Código escapa á estas contradicciones. Comp. STORY, *Conf. de las leyes*, cap. VI, Cód. LUISIANA, 2370. FREITAS, 1257.

El artículo corresponde al 159 del Código, con la reforma de que en lugar de la poligamia é incesto, se refiere á los impedimentos del art. 9.

trimonio confiere el *estado* de la legitimidad á los hijos que nazcan y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan; da nacimiento á las relaciones de consanguinidad y afinidad; en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil. No teniendo semejanza con los otros contratos, puede celebrarse á una edad en que no es permitida la más indiferente estipulación, y entre tanto, en las naciones civilizadas, no puede ser disuelto por mutuo consentimiento, y subsiste en toda su fuerza, aun cuando una de las partes venga á ser para siempre incapaz de llenar las obligaciones del contrato, como en el caso de una demencia incurable, que no le permita cumplir la parte que le corresponda en esa convención. No es extraño, pues, que los derechos, deberes y obligaciones que nazcan de tan importante contrato, no se dejen

traído matrimonio (art. 3); porque son facultades personales que no acompañan á los esposos y que se ejercen con arreglo á las leyes del país en que se vive, aunque sea momentáneamente.

§ 64.—DEL CONTRATO NUPCIAL

Antes de celebrar el matrimonio, los esposos pueden hacer convenciones que tengan por objeto la designación de los bie-

(Art. 3.) Es el art. 160 del Código, con el cambio de la expresión impropia de las leyes del *domicilio matrimonial*, por la de *las leyes de la República*, y el agregado de *personales* á los derechos y obligaciones que son regidos por nuestras leyes. Cuando un matrimonio se celebrare en el extranjero por individuos domiciliados en nuestro territorio, y que vuelvan á él, la ley argentina reconoce ese matrimonio, si no ha sido contraído en contravención á lo estatuido en el art. 9, que se refiere á la capacidad de derecho de los cónyuges; pero ahí se detiene para considerar sus efectos respecto á las personas y con relación á los bienes. Los derechos personales de los esposos, tienen que ser regidos por la ley argentina, porque las facultades del marido como administrador y jefe de familia, no le pueden venir sino de la ley donde está domiciliado ó del lugar en que los ejerce.

La corrección hecha por la ley de Matr. Civ., ha salvado los inconvenientes y dudas que ofrecía la expresión impropia de domicilio matrimonial; ahora, cualquiera que sea el domicilio de las partes, sus derechos y obligaciones personales serán regidos por las leyes de la República mientras permanezcan en ella, aunque estuvieren de paso, porque el marido como la mujer en sus relaciones mutuas, tienen que sujetarse á las leyes del país en que se encontraren.

No estoy conforme con los que creen, que cuando el Dr. Velez

á la voluntad de los contratantes, sino que sean regidos por las leyes de cada país.

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





nes que cada uno lleva, ó las donaciones que el esposo hiciera á la esposa, ó las que ambos se hicieran para después de su fallecimiento, ó la reserva en favor de la mujer del derecho de administrar algún bien raíz; estos son los únicos objetos que pueden tener las convenciones, y llevan la condición implícita de que no tendrán valor si el matrimonio no se celebrase, ó fuese anulado por sentencia firme, salvo lo dispuesto sobre el matrimonio putativo. Así, *el contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera que sean las leyes del país en que el matrimonio se celebró (art. 4)*, con excepción de los bienes raíces.

Sarsfield declara en sus notas al Código, que sus artículos son tomados de tal autor, las opiniones de ese autor «deben considerarse como la interpretación *auténtica de la ley*,» esto es abusar de las palabras; porque la interpretación auténtica sólo la da el poder legislativo.

Lo dicho por el Dr. Velez Sarsfield, que fué el autor del proyecto convertido en ley, solo tiene la fuerza de una opinión muy autorizada, que se debe tener en cuenta, cuando no contraría á la ley.

(**Art. 4.**) Es el art. 161 del Código con la reforma de su última parte. Donde hay un contrato expreso de matrimonio (dice Story), será generalmente admitido á regir toda la propiedad de las partes... con las limitaciones y restricciones que se aplican á los otros casos de contrato», lo que no ofrece dificultad alguna, tratándose de matrimonios cuyo domicilio no se ha cambiado, y siempre que no fueran contrarias á las leyes de la República, lo que sucedería si se estableciera, p. e., que la mujer administrara todos sus bienes propios; cláusula opuesta al art. 1217.

Las convenciones nupciales rigen sólo los bienes muebles, porque

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

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 159.—«La poligamia y el incesto en toda la cristiandad, dice Story, causan la nulidad del matrimonio.» Pero hasta

Se llama, pues, contrato nupcial, á la convención entre los esposos, que ha precedido al matrimonio y que está destinada á reglar las materias de que se ocupa el art. 1217; y aunque la ley no autoriza expresamente al oficial público para consignarla en el acta, podría hacerlo válidamente.

los inmuebles son regidos por las leyes de su situación. Una nación no puede pretender legislar sobre los bienes que se encuentran en territorio extranjero.

La regla tendría su aplicación respecto de muebles é inmuebles, cuando el matrimonio se hubiera celebrado en la República por individuos domiciliados en ella.

Nuestro Código ha adoptado la teoría contraria de la enseñada por Mr. Cochin «de que si el contrato de matrimonio no contiene estipulación de comunidad de propiedad, debe regir la ley del lugar en que están domiciliadas, no solo con respecto á la propiedad situada en ese lugar, sino también con relación á la situada en cualquier otra parte». El Código ha dicho, con razón: los bienes raíces son regidos por la ley del lugar donde están situados, decidiendo así la cuestión en el sentido de la verdad y del respeto que se debe á las demás naciones.

Respecto al régimen de los bienes, si han convenido, p. e., el de la comunidad, que nuestra legislación sólo reconoce en los adquiridos durante el matrimonio, que no sean por donación ó herencia, ¿tendríamos que respetarlos? Nos decidimos por la negativa, reconociendo la dificultad de la cuestión.

La validez de las convenciones matrimoniales hechas fuera de la República, serán regidas por sus leyes en lo que se relaciona con la capacidad de derecho (art. 949 y 1220) y una ley extranjera no puede venir á alterar las leyes nacionales que se refieren á la transmisión de la propiedad y que se ligan con la sucesión. Nuestra opinión es

qué grado la unión de los parientes puede llamarse incestuosa? En muchas naciones los grados del Levítico han formado el término desde donde únicamente puede comenzar la unión legítima. En Inglaterra son respetados los grados del Levítico, limitados al tercer grado de consanguinidad, y al segundo de afinidad, es decir, que es incestuosa la unión de los sobrinos con los tíos, lo mismo que la de los cuñados. «Mas sería muy difícil, dice Kent (Lect. 26, pág. 83 y 84), sostener toda unión como incestuosa, fuera del segundo grado, que es entre hermanos en la línea colateral. En la línea recta, toda unión es incestuosa, sea el parentesco de consanguinidad ó de afinidad. Si en el país no hay una ley especial sobre el incesto, debemos estar á la ley natural. La práctica de todas las naciones de la cristiandad reputa inmoral,



No habiendo convenciones nupciales, ni cambio del domicilio matrimonial, la ley del lugar donde el matrimonio se celebró rige los bienes muebles de los esposos, donde quiera que se encuentren, ó donde quiera que hayan sido adquiridos. Si hubiese cambio de domicilio, los bienes adquiridos por los esposos antes de mudarlo son regidos por las leyes del primero. Los que hubiesen adquirido después del cambio, son regidos por las leyes del nuevo domicilio (art. 5).

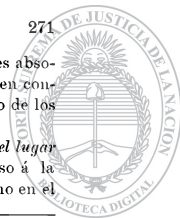
apoyada indirectamente por la doctrina adoptada por el Cód. de Luisiana, á que se refiere Story, cuando dice: «que el contrato de matrimonio regirá todos los bienes... si no causare perjuicio á los ciudadanos del país en donde se domicilian y su ejecución fuere compatible con las leyes del país»; porque no se puede pretender extender los efectos de un contrato, contrariando las leyes del país donde debe ejecutarse. —STORY, l. c. FREITAS, arts. 1302 y 1303.

(Art. 5.) Este artículo es el 162 del Código, con la supresión de la última parte, que se ha separado para formar con ella el art. 6. Se ha conservado la expresión impropia de *domicilio matrimonial*, en vez de domicilio de los esposos, al tiempo de la celebración del matrimonio; porque como lo hicimos notar en la INSTITUTA, nota 30, á ese domicilio (que por otra parte es el único que tienen los esposos), es al que se refiere. Si personas domiciliadas en Buenos Aires, se trasladasen á Montevideo y contrajesen matrimonio sin hacer convención nupcial, la ley argentina es la que regirá los bienes muebles; eso es lo que ordena el artículo en su primera parte; pero cuando hubo cambio de domicilio ¿por qué leyes se regirán? Los adquiridos antes de mudarlo serán regidos por las leyes del antiguo; los que se adquieran en el nuevo, por las de éste. Story estudia las diversas hipótesis que

incestuosa y contraria á la pureza que debe reinar en las familias, y prohibida también por la ley natural, la unión de los hermanos, sea de padre y madre, ó solo de padre ó de madre. Esta ha venido á ser la regla ó la ley común del género humano, y en ese grado debe acabar el incesto, si la legislatura del pueblo no ha señalado otro grado ulterior.

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

Respecto al fondo del artículo, Story desde el § 121, discute extensamente la materia: transcribe la opinión de los principales juriconsultos que la han trata-



La sujeción de los esposos al contrato nupcial no es absoluta, pues solo tendrá valor entre nosotros, cuando fuesen conformes con las leyes que rigen la capacidad de derecho de los agentes y el objeto del acto.

Respecto de *los bienes raíces son regidos por la ley del lugar en que estén situados (art. 6)*, sometiéndose en este caso á la ley del territorio que es soberana; pues como se ha dicho en el

pueden presentarse, y es de ahí que se ha tomado la resolución del artículo. Freitas da preferencia á las leyes del domicilio del marido en el día de la celebración (art. 1302), cuando ambos tuvieren diferentes domicilios. Así, cuando el hombre domiciliado en la Argentina se ha trasladado á Montevideo, donde reside su futura, y ha contraído allí matrimonio, es el domicilio de éste el que regirá los bienes muebles que tengan, cuya doctrina aceptamos por ser conforme á los principios.

(**Art. 6.**) Este principio es una aplicación del art. 10 del Cód. Civil, y un reconocimiento expreso de la soberanía territorial que cada nación ejerce sobre los bienes situados dentro de la frontera nacional. Sería extraño que una nación se desprendiera de su jurisdicción para dejar que los bienes que constituyen la riqueza nacional, fueran regidos por leyes extranjeras; por eso digimos en el art. 4 que las convenciones nupciales no podían regir los bienes inmuebles, que sólo son gobernados por las leyes del lugar donde están situados.

En lo que se refiere á la administración de los bienes, es necesario tener presente, como dice Freitas, art. 1300, «que los derechos que competen (al marido) sobre la persona de la mujer, y los bienes de la sociedad conyugal, constituyen el poder marital,» y este poder tiene que ejercerse con arreglo á las leyes de la República, mientras los esposos permanezcan en ella.—STORY, l. c. y FREITAS, arts. 1300 y 1303.

160. *Los derechos y los deberes de los cónyuges son regidos por las leyes del domicilio matrimonial, mientras permanezcan en él. Si mudasen de domicilio, sus derechos y deberes personales están regidos por las leyes del nuevo domicilio.*

do, y expone las razones que la fundan, aun respecto á los que al parecer, por defraudar la ley, salen de su domicilio y van á otro país á celebrar el matrimonio. Demuestra con los textos de los más célebres teólogos españoles, como Sánchez, que no hay fraude á la ley y que solo usan de su derecho, desde que no haya una prohibición especial respecto á ese caso.

art. 10, los bienes raíces no pueden ser adquiridos ni transferidos sino con arreglo á las leyes de la República.

§ 65.- DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL EXTRANJERO

La única causa de disolución del matrimonio admitida por nuestro Código Civil, es la muerte natural de uno de los esposos, pues la ausencia con presunción de fallecimiento, por larga que sea, no autoriza á casarse al otro cónyuge, principio absoluto que no debía figurar en nuestra ley.

Así es que el divorcio solo tiene efecto en cuanto á la separación personal de los esposos, sin romper el vínculo matrimonial, ni habilitarlos para volverse á casar; por consiguiente, *la disolución en país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad á las leyes de aquél, si no lo fuera á las de este Código, no habilita á ninguno de los cónyuges para casarse (art. 7°)*. Esta disposición se aplica

(**Art. 7°.**) Este es el art. 165 del Código, con una notable reforma, corrigiendo un error capital que se encontraba en su redacción, como lo hicimos notar en la extensa nota 28 de la INSTITUTA. Tratábase de legislar sobre los actos que tienen lugar en el extranjero. Si un individuo casado en Francia, donde está domiciliado, y en que el divorcio deja en libertad á los cónyuges para casarse nuevamente, se hubiera separado y roto el vínculo que lo ligaba, no podía casarse en la Argentina por más que la que fué su mujer estuviera casada; eso establecía el art. 165.

La nueva ley ha reformado esa disposición limitándola á los matrimonios realizados en la Argentina. Así, un matrimonio celebrado

161. *El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualquiera que sean las leyes del domicilio matrimonial, ó del nuevo domicilio en que los esposos se hallaren.*

162. *No habiendo convenciones nupciales, ni cambio del domicilio matrimonial, la ley del lugar donde el matrimonio se celebró, rige los bienes muebles de los esposos, donde quiera que se encuentren, ó donde quiera que hayan sido adquiridos. Los bienes raíces son regidos por la ley del lugar en que estén situados.*

163. *Si hubiese cambio de domicilio, los bienes adquiridos por los*





sólo á los matrimonios celebrados en la Argentina, que no pueden disolverse sino según nuestras leyes; pero los realizados en el extranjero y disueltos allí con arreglo á sus propias

aquí y disuelto en Francia, no autoriza á los cónyuges para volverse á casar en la Argentina, en lo que hay lógica; porque nosotros no reconocemos la disolución del vínculo matrimonial; pero no podemos desconocer los matrimonios que ambos cónyuges hubieren contraído en Francia, en virtud de una disolución que no admitimos, pues eso sería querernos sobreponer á las leyes de otra nación. Debemos reconocer el hecho consumado, si no contraría la disposición del art. 9. Se trata de la capacidad de obrar, que según los arts. 6 y 7, debe ser juzgada con arreglo á las leyes del domicilio de las personas, y como las suponemos domiciliadas en Francia, han procedido á realizar los actos que sus leyes los autorizaban á ejercer.

Otra cosa decidiríamos, si trasladándose á esa nación, conservaran su domicilio en la Argentina y verificasen actos que no podían realizar aquí.

El artículo ha debido completar la frase, diciendo: no habilita á ninguno de los cónyuges para casarse *en la Argentina*, como dice el art. 120, Cód. de Chile, y en el *Imperio* lo repite Freitas, art. 1418. Repetiremos, á este respecto, lo que decíamos en la INSTITUTA: «las leyes de la República aceptan el hecho consumado, cediendo á necesidades de un orden superior; pero no deben autorizarlo»; así pensamos que los matrimonios celebrados en la Argentina, no pueden disolverse sino con arreglo á sus leyes, y los cónyuges no pueden volver á casarse en ella; pero se reconocería el contraído en otra nación, si no tuviera los impedimentos del art. 9.

Las consecuencias que nacen de estos principios, son de una gravedad suma. Así, p. e., un matrimonio celebrado en la Argentina por

exposos antes de mudarlo, son regidos por las leyes del primero. Los que hubiesen adquirido después del cambio, son regidos por las leyes del nuevo domicilio.

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 160, 161, 162 y 163.—Estos artículos son tomados de las resoluciones de Story, en el cap. 6 de su obra *Conflict of Laws*, y del Cód. de Luisiana, art. 2370. Story trae sobre la materia la más importante discusión, exponiendo la opinión de los principales jurisconsultos franceses y alemanes, y las decisiones de los tribunales de Inglaterra y Estados Unidos.

leyes, los autorizarían para volverse á casar en la República. Por el contrario, *el matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiese celebrado, no se disolverá en la República sino de conformidad al art. 81 (art. 82);* porque sería

individuos domiciliados en ella, y que cambiándolo á Francia lo hubieran disuelto allí, suponiendo que la mujer vuelva casada con otro, y el que fué su marido vuelva soltero, ¿cuál será la condición de ambos, si la mujer no pudo volverse á casar? ¿Sus hijos serían adulterinos, y la ley Argentina no reconocería los derechos del nuevo marido? Si su matrimonio es válido, como lo creemos y enseñamos, no habría razón para impedir á su primer marido que vuelva á contraer nuevo matrimonio.

En este caso debe autorizarse el matrimonio, como una excepción, ó considerar como naturales á los hijos que tenga el hombre en cualquier mujer soltera.

Cuando la sentencia dictada en país extranjero hubiere declarado nulo el matrimonio celebrado en la República, se juzgará válida si está de acuerdo con nuestras leyes: no así en caso contrario.—Comp. Cód. DE CHILE, 120, y FREITAS. 1418. INSTITUTA, nota 28.

(**Art. 82.**) Esta es una de las gravísimas cuestiones que examinamos en el art. 7 y creemos que debería ser más claro, pues, su redacción ofrece dudas. El caso lejislado es el siguiente: los casados en Francia, donde el divorcio es permitido, no podrán divorciarse en la República, de manera que puedan volver á casarse en ella; pero de la redacción podría deducirse, que aún disuelto el matrimonio en Francia no podrán casarse en la Argentina; esto sería querer extender los efectos de nuestras leyes á naciones extranjeras.

El oficial público no podría negarse á casar á dos franceses ó ingleses, que para demostrar su libertad exhibieran las sentencias de di-

164. *Es válido en la República. y produce los efectos civiles. el matrimonio celebrado en país extranjero que no produzca allí efectos civiles, si lo ha sido según las leyes de la Iglesia Católica.*

Nota del Dr. Vetez Sarsfield al art. 164.—El matrimonio meramente religioso no es admitido en Francia, ni lo era por el Cód. de Nápoles, donde para surtir efectos civiles debe celebrarse dos matrimonios, el matrimonio religioso y el matrimonio civil, y el uno sin el otro no produce efecto alguno.





admitir el predominio de la ley extranjera sobre la ley nacional: y si por consideraciones de orden social reconocemos el hecho consumado, sea que se traduzca en un nuevo matrimonio, sea en libertad completa por la disolución, no debemos permitir que esos efectos se reclamen ante nuestros tribunales.

Así, pues, el matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto con arreglo á las leyes del domicilio, se considera disuelto entre nosotros; pero si los cónyuges se trasladasen á la República sin haberlo disuelto, no podrán hacerlo en nuestro país, porque nuestras leyes no admiten ese medio de disolución.

La reforma que la ley de Matrimonio Civil hizo al art. 165 del Código, prueba claramente que solo se refiere á los matrimonios celebrados en la Argentina, y no á cualquier matrimonio realizado y disuelto en el extranjero, como lo enseñaba aquel artículo; porque como dice Roberston, no se puede permitir que se importe á nuestro país una ley peculiar, que se halla en oposición á las grandes é importantes leyes públicas de nuestra legislación.

vorcio; podríamos esperar á que se consumara el acto fuera de nuestro territorio, pero sería una medida inútil, desde que lo reconoceríamos en seguida. La capacidad de obrar de la persona debe juzgarse por la ley de su domicilio, de manera que siendo capaz cuando se traslada á la Argentina, esa capacidad se conserva, como sucede en el caso de la edad, art. 139.—V. com. al art. 7 y nota 28 de la Instituta.

El art. 121 del Cód. de Chile, dice: no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, expresando con mayor claridad la idea de que si el matrimonio no está disuelto en el extranjero, no podría disolverse en nuestro país. Comp. FREITAS 1417. GOYENA 90.

165. *El matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país, pero que no hubicra podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse á ninguno de los cónyuges.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 165.—Las leyes de Escocia declaran disoluble el matrimonio por diversas causas; y cuando el caso ha llegado, de que- rerse casar en Inglaterra los que estaban casados en Escocia, ha nacido la cuestión de si la disolución del matrimonio en conformidad á las leyes del domicilio de



Se puede decir que las naciones civilizadas han convenido en reconocer como válidos los matrimonios celebrados con arreglo á las leyes del país en que lo realizan, siempre que no contraríen los principios fundamentales en que reposa dicha institución. La Argentina reconoce la validez del matrimonio realizado con arreglo á las leyes del domicilio de los esposos, siempre que no hubiere alguno de los impedimentos del art. 9.^o nos 1, 2, 3, 5 y 6, y cuando se trata de la capacidad de obrar de los que han disuelto el matrimonio con arreglo á las leyes de su domicilio, tiene que reconocer esa capacidad, limitándola únicamente á los casos en que el matrimonio se hubiere realizado en la República, que no podrá disolverse sino por la muerte de uno de los cónyuges.

CAPÍTULO II

§ 66.—DE LOS ESPONSALES

Las promesas de futuro matrimonio que se hacían entre el varón y la mujer, constituían los esponsales en la antigua legislación, y tenían por objeto dar el tiempo necesario para que los prometidos se conocieran, ó se pudiera descubrir cualquier impedimento. Producían el efecto de crear una obligación recíproca entre los promitentes, que no podían romperla por su propia voluntad, sin ser condenados en los daños y perjuicios que ocasionasen. Sin embargo, nuestro Código ha prohibido tal contrato, diciendo: *la ley no reconoce esponsales de futuro*, y ordena que, *ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por*

los cónyuges, los autoriza para volverse á casar en otro país donde no rijan leyes semejantes.

Story, en el cap. 5, se ocupa extensamente de la cuestión que ahora también se presenta en algunos de los Estados de América. Trae y funda las diversas resoluciones de las Cortes de Justicia en Inglaterra. Sea cual fuere la resolución de los países protestantes en este punto, yo creo, que siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio, si bien podemos tener por legítimo el que se ha contratado en otro país, disuelto el vínculo del primer matrimonio, no podemos permitir que tales matrimonios se celebren en la República con efectos civiles.

indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado (art. 8), quedando así cerrada la puerta á los abusos que se cometían con ocasión de los esponsales; pero también limitando la libertad de contratar.

(Art. 8.) La supresión de las promesas de futuro matrimonio, que ha consagrado el Código, no la juzgamos como un adelanto de nuestra avanzada civilización; es una limitación de la libertad de contratar, que no se justifica sino tomando dicha promesa como un acto ilícito é inmoral, que está muy lejos de ser.

Si el matrimonio es un contrato, y la ley civil lo considera como tal, no vemos por qué no se le equipara á cualquier otro en que deban pagarse los perjuicios, ó se ejecute la pena que se hubiera estipulado. Así, si se hubiera pagado la pena estipulada, no habrá lugar á repetirla, porque reúne las condiciones generales de los contratos y está comprendida en el art. 515, n.º 5. Si alguna cosa se hubiera entregado en razón del matrimonio convenido en los esponsales, corresponde la acción civil para reclamarla, y cuando hubiere el delito de seducción, se puede traer como causa agravante, la promesa de los esponsales. En contra de esta disposición están casi todos los Códigos, que por lo menos autorizan á cobrar los daños y perjuicios que hubiere causado la persona capaz. El artículo solo puede justificarse tratándose de esponsales entre menores, como se hacían antiguamente.—CÓD. SARDO, arts. 106 y 107. VAUD, art. 61. AUSTRIACO, arts. 45 y 46. NÁPOLES, art. 148. PRUSIA, arts. 75 y 105. BÁVARO, cap. 6, lib. 1, art. 10. n.º 2. ESPAÑA, art. 44.

Es el art. 166 del Código.

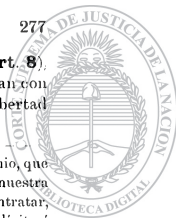
El Cód. Civil Alemán, art. 1298, obliga al que ha faltado á la promesa á pagar el daño resultante de los gastos hechos en previsión del matrimonio, ó el perjuicio recibido por las disposiciones tomadas sobre

CAPÍTULO II

DE LOS ESPONSALES

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

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 166.—Proyecto de Goyena, art. 47. En contra, el Tít. 1, de la Part. 4.ª, la L. 18, tít. 2, Lib. 10, Nov. Rec., el Cód. Sardo, arts. 106 y 107, y los de Baviera, Prusia, Nápoles y Austria. En Inglaterra no hay esponsales. Seoane, en su obra sobre legislación comparada, dice que en toda la Europa están desusados los esponsales.





CAPÍTULO III

§ 67.—CONDICIONES ESENCIALES DEL MATRIMONIO

Consentimiento.—El jurisconsulto Modestino define el matrimonio en la l. 1, t. 2, lib. 23, Dig. diciendo: «es la unión de un hombre y de una mujer estableciendo entre ellos una sociedad de todos los actos de su vida, y una comunidad en los derechos divinos y humanos que les pertenecen»; mientras que, según nuestro Código, se puede definir: la unión de dos personas de diferente sexo, á la que la ley atribuye efectos civiles, cuando se han llenado determinadas formalidades en su celebración.

Son, pues, condiciones esenciales para la validez del matrimonio: 1º, que las personas sean de diferente sexo; 2º, que puedan manifestar su consentimiento libremente, y que consientan en tomarse mutuamente por esposos; 3º, que la unión se haga ante el oficial público encargado de celebrarlo, y que este los una en nombre de la ley.—Cualquiera de estas condiciones que

sus bienes en previsión del matrimonio, y agrega en el art. 1300: cuando una prometida sin reproche, ha permitido á su prometido cohabitar con ella, si no se casare, puede exigir una indemnización en dinero.

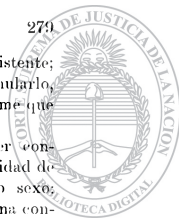
Lo que se debe impedir, para evitar explotaciones, es que la sola promesa de matrimonio dé acción para demandar por razón de la promesa. Nuestro artículo debe corregirse en este sentido, armonizándolo con el 1109.

CAPÍTULO III

DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

167. *El matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los Cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 167.—Las diversas comuniones cristianas, los cultos idólatras, las religiones que admiten la poligamia y las que autorizan el divorcio, están acordes en dar al matrimonio un carácter religioso. De los códigos modernos, sólo el de Bélgica, el del Ducado de Baden, y última-



llegasen á faltar, el matrimonio se tendría como no existente; en lo que se diferencia de aquellas cuya falta puede anularlo, pero que necesitan del juicio previo y de la sentencia firme que así lo declare.

Calidades esenciales de los contrayentes.—La primera condición para la existencia del matrimonio es la diversidad de sexo, porque no puede existir entre personas del mismo sexo; y esto que parece sencillo, se complica cuando hubiese una conformación viciosa ó mutilación de las partes sexuales. Algunos autores notables, partiendo del principio de que el mutilado no tiene sexo, han considerado el matrimonio de este como no sucedido; pero nuestro Código, siguiendo la verdadera doctrina, lo declara anulable á solicitud del otro cónyuge, siendo necesaria la sentencia firme.

Se debe distinguir la impotencia absoluta y manifiesta, anterior al matrimonio, que solo lo hace anulable, con aquella que proviene de la homogeneidad del sexo, que no constituye matrimonio.

CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAYENTES Y MANERA DE EXPRESARLO. — *Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aun cuando las partes tuviesen buena fe (art. 14).*

(**Art. 14.**) La manifestación del consentimiento es la base esencial de todo contrato y con mayor razón en el matrimonio, en que debe ser personal. No es el padre ó tutor los que deben manifestarlo, es el mismo contrayente. ¿Cómo podrá hacerlo el sordo-mudo que no sabe

mente el de Cerdeña, hacen del matrimonio un simple acto civil, que para su validez no requiere la consagración de la Iglesia. Los pueblos sujetos á la Iglesia griega reconocen un sacramento en la unión conyugal, y la celebración del matrimonio debe hacerse en conformidad á las leyes de la Iglesia. (Cód. de Rusia, título *Del Matrimonio*). Las naciones que siguen las religiones protestantes, aunque miran el matrimonio como un contrato civil, han juzgado que el simple contrato no bastaba para dar al matrimonio el carácter que debe tener, y han dispuesto que para ser válido, debe celebrarse ante la Iglesia y por un sacerdote de la religión de los esposos. Blackstone, Lib. 1, cap. 15. Podemos decir, entonces, que en todas las naciones de Europa y de América, con excepción de tres, el matrimonio civil del Cód. Francés, no ha encontrado imitadores.



Cuando uno de los esposos no ha comparecido por sí ni por apoderado á la celebración del matrimonio, ó cuando estando presente no ha manifestado la voluntad de contraerlo, ó ha sido imposible la manifestación, las partes nombradas en el acto no han sido unidas por el matrimonio, que no ha podido tener lugar sin ese requisito.

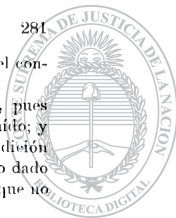
Hay una diferencia esencial entre no estar presente al acto, y cuando por un impedimento, como la locura ó la menor edad, no se ha podido manifestar plenamente el consentimiento, en que el acto solo es anulable en ciertas condiciones. Así, el varón menor de 14 años y la mujer menor de 12, ó el demente declarado que hubieren contraído el matrimonio, hacen anulable el acto; mientras que éste no existe cuando alguno de ellos

darse á entender por escrito? ¿Aceptaríamos que lo diera por medio de señas? Para obedecer la ley, tendría que hacerse de cualquier manera.

El consentimiento libremente manifestado concluye el matrimonio, desapareciendo así la antigua diferencia entre el matrimonio *rató y el consumado: nuptias non concubitus, sed consensus facit*, decía la ley romana. Es necesario que los futuros esposos consientan personalmente y que el consentimiento sea suficientemente libre para que produzca efecto. ¿Cómo debe expresarse el consentimiento: de viva voz, por escrito, personalmente ó por apoderado? En general, deberá ser de viva voz y personalmente; pero si el individuo fuera mudo, bastaría que lo hiciera por escrito, y si estuviera ausente, por medio de apoderado. De cualquiera manera que se manifieste la voluntad de realizar el acto, el oficial público debe verificarlo.—Cons. DEMOLOMBE, III, n.º 25 *bis*. AUBRY y RAU, t. 4, pág. 12 y la sentencia de la Corte de Casación, 22 Abril 1833, asunto Benoit. Cód. Civ. Alemán art. 1332.

Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpétuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes, que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar á las personas católicas, á desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable á los pueblos y á las familias.

Para los que no profesan la Religión católica, la ley que da al matrimonio carácter religioso, no ataca en manera alguna la libertad de cultos, pues que



ó ambos no han estado presentes, ni han manifestado el consentimiento.

El consentimiento no puede ser dado bajo condición, pues una vez realizado el acto, el matrimonio queda concluido; y cuando la mujer ha consentido en celebrarlo bajo la condición de hacer bendecir la unión por la Iglesia, se tendría como dado pura y simplemente, y el matrimonio sería válido aunque no fuera bendecido.

El consentimiento debe ser dado de viva voz, aunque en algunos casos no será indispensable, siempre que haya una manifestación inequívoca de la voluntad. Así, *el consentimiento puede expresarse por medio de apoderado, con poder especial en que se designe expresamente la persona con quien el poderdante ha de contraer matrimonio (art. 15)*, y en ese caso, el poder debe ser válido, porque si fuere nulo, el matrimonio sería anulable.

(**Art. 15.**) El poder debe contener todas las enunciaciones necesarias para que no pueda confundirse jamás la persona con quien se debe contraer el matrimonio, y es en estos casos que ocurre el cambio de domicilio de la mujer, sin moverse del lugar en que ha vivido, á que nos referimos en la nota al art. 90, nº 9. En el matrimonio por medio de apoderado, puede suceder que se hubiere revocado el poder sin hacerlo saber al apoderado, si á pesar de esa revocación la unión se realizara, no tendrá valor alguno por falta de consentimiento: pero quedaría ratificado si las partes consumasen el matrimonio. Se debe buscar el concurso simultáneo de las dos voluntades, como condición esencial para la existencia del contrato. Consúltese nuestro Com. al título de Contratos, pág. 28, donde estudiamos estas cuestiones. --Véase nota al art. 37.

ella á nadie obliga á abjurar sus creencias. Cada uno puede invocar á Dios en los altares de su culto.

El resultado que ha producido en Francia la ley del matrimonio civil, nos demuestra que el Código de Napoleón no ha hecho sino obligar á los católicos y protestantes á contraer dos matrimonios, el civil y el religioso. Sólo á los que no profesan religión alguna, puede satisfacer el matrimonio civil. Otras veces ha causado cuestiones de las más grandes consecuencias la validez del acto civil, cuando no es seguido de la celebración religiosa, que debía suponerse una condición implícita, bajo la cual únicamente una persona católica podía consentir en el matrimonio civil. Cuando una mujer sostenga ante los tribunales, dice Bressolles, que con solo el acto civil no está casada; que así se lo enseñan y se



El poder debe ser hecho ante escribano público, con las formalidades establecidas, y cuando se dice que debe ser *especial*, no se quiere expresar que sea dado con ese único objeto, pues, puede estar contenido en uno general; pero es necesario sí, que contenga las designaciones de la persona. Ese poder puede transferirse á otro para que realice el acto.

DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.—*La violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico ó de la persona civil vician el consentimiento (art. 16)*, y hacen anulable el acto,

(Art. 16.) La violencia que vicia el consentimiento puede obtenerse *por medio de la fuerza*, reduciendo al agente á instrumento pasivo del acto, como si tomándole la mano se le hiciera firmar la escritura del contrato de matrimonio, ó por medio de la *intimidación*, arrancando el consentimiento por amenazas. En el primer caso, el consentimiento no ha existido absolutamente, mientras que en el segundo, sólo ha estado viciado. Los tratadistas no admiten el caso de violencia por la fuerza, como elemento para viciar el consentimiento, porque no existe y no puede considerársele viciado.—Véase LAROMBIÈRE, I, n° 3 al art. 1112. DEMOLOMBE, I, n° 132, y nuestro comentario al Título de Contratos.

El error sobre la persona civil vicia igualmente el consentimiento. ¿Qué se entiende por persona civil? La ley, para determinar el alcance de una expresión que no tiene una definición precisa, ha pasado sobre ella, dejando á la doctrina y á la jurisprudencia su explicación. *Persona civil*, según los autores, se llama á la persona social; es decir, al conjunto de las cualidades que individualizan y personifican á un individuo.—DEMOLOMBE, III, n° 251.

El error sobre la persona civil, ha venido á decidir las cuestiones que ocurrían sobre el error en la calidad de la persona y que traían

lo mandan los preceptos de su religión, y que ningún poder sobre la tierra la obligaría á vivir en un estado que para ella no es sino un comercio criminal, ¿qué responderíamos á este grito imperioso de la conciencia, y qué recurso nos ofrece la ley? Ninguno, le responde Thierriet, por más vergonzoso que esto sea para nuestra civilización.—La nulidad del matrimonio, le contesta Bressolles, si nos guiamos por los principios que rigen los contratos. «Revista de legislación de Wolowski, año 1846, t. III, pág. 342. En ese mismo tomo, desde la pág. 161, puede verse la discusión sobre el matrimonio civil, entre los jurisconsultos Bressolles, Delpech y Thierriet.



porque impiden la libre manifestación de la voluntad; pero si después de haber cesado la violencia ó el error los esposos continuasen la vida marital, se tendría por ratificado, ó la confirmación vendría á darle la validez de que carecía.

las más grandes perturbaciones en la sociedad. ¿Quién no podría alegar nulidad de matrimonio por error en la calidad de la persona? El que se ha casado con una mujer creyéndola virtuosa ó inteligente, y resulta que no es ni una ni otra cosa; la mujer que ha creído casarse con un hombre honrado y resulta que es un presidiario que ha cumplido su condena, son otros tantos casos de errores que han desaparecido.

Los autores se dividen, sosteniendo unos que no debe existir más error que el que versa sobre la identidad física del individuo; y los otros, mantienen la opinión adoptada por nuestra ley. ¿Cuáles son, pues, los límites del error en la persona civil? Es necesario que el error sea profundamente grave y que resida en la persona misma.—MARCADÉ, art. 180, n° 637. DEMOLOMBE, III, n° 253.

Para mí, es una cuestión de hecho. Así, en el caso de una mujer católica que se hubiera casado con un sacerdote, ignorando que lo fuera, lo que puede suceder desde que por la ley de matrimonio civil no hay impedimento alguno, podría demandar la nulidad, porque se la obligaría á vivir en perpétuo sacrilegio, según su creencia, y ese mismo matrimonio no sería anulable cuande la persona perteneciera á otra religión, ó si fuera de aquellas que no le atribuyen valor alguno. Declarando que la cuestión es de *hecho*, como lo proponía uno de los consejeros de Estado al discutirse el Cód. Francés (Loché, IV, pág. 440), se salvan las dificultades de una regla general invariable y se reduce la cuestión á cada caso especial, en que los jueces deben considerar las circunstancias del hecho, la posición social de los esposos,

168. *La ley reconoce como impedimentos para el matrimonio ante la Iglesia Católica, los establecidos por las leyes canónicas; perteneciendo á la autoridad eclesiástica el decidir sobre el impedimento. y el conceder dispensas de ellos.*

169. *El hijo legítimo de familia y el natural reconocido que no hubiesen cumplido veintidos años, necesitan para contrair cualquier clase de matrimonio autorizado por este Código, el consentimiento paterno. Si falta el padre, ó se halla impedido para darlo, corresponde á la madre prestar su consentimiento.*



En el caso del demente, en que hay ausencia de consentimiento, el matrimonio se podrá anular á solicitud de los que pudieron oponerse, ó del mismo incapaz una vez recobrada su capacidad; pero los vicios de error, violencia, etc., sólo puede alegarlos, para anular el acto, el que sufrió la violencia, dolo ó error, y no la parte que lo cometió. Suponemos, pues, el caso de

su carácter, sus creencias; en una palabra, todo lo que pueda alterar de una manera profunda y esencial el consentimiento, que es la base del contrato.

El error sobre la identidad del individuo físico, puede ocurrir de dos maneras: 1º, por la sustitución de una persona conocida, por otra desconocida; 2º, por la sustitución de una persona sólo conocida de nombre. En el primer caso, cuando después que el oficial público los ha declarado unidos en nombre de la ley, se descubre que la desposada no es la conocida, con la que se quería contraer matrimonio, éste sería absolutamente nulo, porque no ha existido consentimiento: en el segundo, el consentimiento existe y el contrato se ha formado, pero puede anularse porque no es la misma persona con la que la relación de derecho ha debido formarse.

En los casos de violencia, en que el consentimiento ha existido viciado, el matrimonio no será anulable para el marido, si durante los tres días en que cesó la violencia, ha continuado haciendo vida marital, y para la mujer durante treinta días; este término, comprende igualmente al error sobre la identidad del individuo físico ó de la persona civil, así como en caso de dolo.

El dolo que vicia el consentimiento debe ser grave, ser la causa determinante de la acción, y no debe existir por ambas partes, art. 932. Cuando examinemos separadamente estas condiciones, veremos cuán interesantes son las cuestiones que pueden presentarse.

170. *Los padres no necesitan expresar la razón en que se funden para rehusar su consentimiento, y contra su disenso no se admite recurso alguno.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 169.—L. 18, tit. 2, Lib. 10, Nov. Rec.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 170.—Cód. de Holanda, art. 90—de Chile, art. 112.—Proyecto de Goyena, art. 53.—El Cód. Francés guarda silencio sobre la materia. En contra L. 18, Tit. 2, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 3, Tit. 2, Lib. 23, Dig. y los Códigos de Nápoles, art. 165.—Sardo, 112, y Prusiano, art. 68.

personas capaces que realizan el acto que se considera válido, hasta que una sentencia firme no declare lo contrario.

Manifestación del consentimiento ante el oficial público.

Es tan esencial que la manifestación de la voluntad se haga ante el oficial público, que el matrimonio no existe sin esta condición. Así, la buena fe de uno de los contrayentes ó de ambos de haberlo realizado ante el oficial público, en nada puede alterar la verdad del hecho, si la persona ante quien la celebraron no estaba investida de ese carácter. Cualquiera que fuera la solemnidad, no habría existido matrimonio. Lo mismo sucedería en el caso de que manifestado el consentimiento ante el oficial público, este no los hubiera declarado unidos en nombre de la ley; es que la sola manifestación de los contrayentes no basta para la celebración del matrimonio. Esta doctrina es contraria á los más adelantados principios. El oficial público no debe ser sino un testigo autorizado. El Código Civil Alemán. 1317, confirma esta crítica.

En la antigua legislación se consideraba al párraco como un testigo autorizado y á los contrayentes como los verdaderos ministros del matrimonio, y la mayoría de los autores aceptaban la validez de este, cuando los contrayentes se tomaban por esposos ante el párraco que daba su bendición al pueblo. Todas esas cuestiones han desaparecido para dar lugar á la manifestación expresa que debe hacer el oficial público de unirlos en matrimonio, aunque desnaturalizando el acto, porque es la voluntad de las partes que los une, y el oficial público solo debe consignar esa voluntad.

Del consentimiento de los menores impúberes, dementes y

171. *Exceptuase el caso en que los padres se hallen gozando del usufructo de los bienes particulares de su hijo, y entonces deben manifestar los motivos de su disenso.*

172. *El hijo menor que se casase sin el consentimiento de los padres, cuando éstos no están obligados á manifestar los motivos de su disenso, ó cuando tales motivos se hubiesen juzgado legales, puede ser privado por éstos hasta de una cuarta parte de la legítima que le correspondía por muerte de ellos.*

173. *Los menores que están bajo tutela, y los sordo-mudos que no*





sordo-mudos.—Se ha confundido la capacidad física de realizar el acto sexual, con la moral de obrar libremente, y de esta confusión ha nacido el error de decir, que *la mujer mayor de 12 años y el hombre mayor de 14, pero menores de edad, y los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito, no pueden casarse entre sí ni con otra persona, sin el consentimiento de su padre legítimo ó natural que lo hubiese reconocido, ó sin el de la madre á falta de padre, ó sin el del tutor ó curador á falta de ambos, ó en defecto de estos, sin el del juez (art. 10).* sin recordar que

(**Art. 10.**) Hemos criticado esta disposición, que introduce una perturbación en los principios relativos á los contratos, haciendo que los incapaces con incapacidad absoluta puedan celebrarlos.

Para ser consecuente con la doctrina enseñada, se debía permitir el casamiento de los dementes; porque el sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, se encuentra en la misma categoría. Es cierto que esos incapaces contratan por medio de sus representantes; pero en aquellos actos en que se necesita de una voluntad personal, como en el de hacer testamento ó de casarse, hay necesidad de una manifestación propia de voluntad, que no puede existir.

Es un error, á mi juicio, tomar la capacidad física de realizar un acto, por la capacidad intelectual que se necesita para juzgar del acto mismo y de sus consecuencias. A excepción de Freitas, art. 1264, n° 3, no hemos encontrado disposición alguna que justifique la autorización para casarse dada al sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, y á nuestro juicio debe desaparecer, como la diferencia entre la edad de la mujer y la del varón. Apoyan nuestra tesis los arts. 14 y 39, exigiendo el primero que los *contrayentes* (no el padre ó tutor, manifiesten su consentimiento, mientras que el segundo ordena al oficial público que reciba de los *contrayentes personalmente, uno d-*

saben darse á entender por escrito, necesitan para casarse el consentimiento de sus tutores y curadores. Si éstos no lo prestasen, la causa de su disenso, como la del de los padres en el caso del art. 171, será calificada por el juez competente sin forma de proceso, en juicio privado y meramente informativo.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 172.—Véase L. 10, Tit. 2, Lib. 10, Nov. Rec.—La pragmática de 1776 facultaba á los padres para desheredarlos. Lo mismo y con más dureza el Cód. de Chile, art. 114, y el Cód. Sardo, arts. 100 y 110. De la mitad de la legítima, el Cód. de Prusia, arts. 997 y 1000.



los impúberes tienen incapacidad absoluta de manifestar su voluntad, en cuyo caso se encuentra el sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito y la mujer menor de 12 años.

Se ha considerado al ser humano con ciertas necesidades físicas en su parte animal, y se le ha dado la facultad para llevarlas, olvidando la parte más noble y elevada de su individualidad, que es el alma, guía y directora de las acciones del ser racional.

CAPÍTULO IV

§ 68. —DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO

Se llaman impedimentos á las causas que estorban la realización del matrimonio. En la antigua legislación se dividían en impedimentos *dirimentes* é *impedientes*; aquellos eran los que anulaban absolutamente el matrimonio, estos solo lo hacían anulable. Por nuestro Código se pueden considerar bajo la misma faz, con esta diferencia: que los unos son perpétuos é impiden siempre el matrimonio; mientras los otros son temporarios y solo lo estorban, mientras subsiste la causa momentánea que los produce.

pués de otro, la declaración de que quieren tomarse respectivamente por marido y mujer. ¿Cómo podrá hacer esta declaración el sordo-mudo si no sabe darse á entender? Afortunadamente, los casos serán muy raros y con la civilización actual, los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito, tienden á desaparecer. Es el art. 173 del Código.—Cód. ESPAÑOL, art. 83, n.º 1. Cód. DE CHILE, art. 112. FREITAS, l. c. DEMOLOMBE, III, n.º 24. Comp. nuestros arts. 380, 475 y 1221.

174. *En caso de negar su consentimiento los padres, tutores y curadores, solo serán atendibles las causas siguientes:*

- 1^a *La existencia de cualquier impedimento legal;*
- 2^a *Enfermedad contagiosa de la persona que pretenda casarse con el menor ó con la menor;*
- 3^a *Conducta desarreglada ó inmoral de dicha persona;*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 173.—L. 10, Tit. 2, L.º 10, Nov. Rec. y Cód. de Chile, art. 112.



Podíamos, pues, llamar impedimentos dirimientes, porque anulan el acto, aunque pueda ser susceptible de confirmación, cuando hubiese desaparecido el obstáculo legal, al de *consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, sean legítimos ó ilegítimos* (**art. 9, n° 1**); comprendiéndose entre estos últimos, á los adulterinos é incestuosos, que á pesar de no poseer familia, pues, no tienen padre ni madre por la ley, deben ser considerados como parientes; *al de consanguinidad entre hermanos ó medios hermanos, legítimos ó ilegítimos* (**art. 9, n° 2**); al parentes-

(**Art. 9, n° 1.**) Este es un impedimento que el cristianismo ha confirmado: en la antigüedad no ha debido existir. La ley natural, en lo que se refiere á los irracionales, no solo no la rechaza, sino que la zootecnia la toma como base en el perfeccionamiento de las razas animales. Es una creación del hombre que reposa en ciertos principios que sirven de fundamento á las sociedades civilizadas. Para que el parentesco *ilegítimo* entre ascendientes y descendientes anule el matrimonio, es necesario que sea reconocido por los padres, sea voluntariamente ó por sentencia.—Comp. FREITAS, art. 1277, n° 4. Cód. Civ. ESPAÑOL, art. 84, n° 1.

El término de *ilegítimo* está puesto en contraposición al de legítimo, de manera que comprende á los adulterinos é incestuosos.

El Cód. Civ. Alemán art. 1310 coloca en la misma línea á los que han tenido relaciones carnales con el padre, la madre y los abuelos y descendientes del otro: impedimento que el derecho canónico contenía.

(**Art. 9, n° 2.**) El impedimento entre hermanos, no ha podido existir en las primitivas sociedades, si tomamos por base de la especie humana la existencia de una sola pareja, la unión entre hermanos ha sido necesaria, y considerándola bajo el punto de vista físico, ha de-

4^a *Haber sido ésta condenada por algún crimen;*

5^a *Falta de medios de subsistencia, y de aptitud para adquirirlas.*

175. *Los menores de edad, ciudadanos ó extranjeros, que no tengan tutores, deben pedir su asentimiento al juez de primera instancia del territorio, quien podrá erigir las informaciones necesarias para prestarlo.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 175.—Cód. de Austria, art. 51.

co de *afinidad en línea recta en todos los grados* (art. 9, n° 3); al que nace por *haber sido autor voluntario ó cómplice de homici-*

do contribuir al perfeccionamiento de la raza, como sucede respecto de los demás animales. La dificultad está en decidir, si en caso de oposición por los que puedan hacerlo, alegando el parentesco natural ó incestuoso, se puede recurrir á todo género de pruebas, contrariando la disposición que prohíbe esa indagación. ¿Se permitirá, p. e., el matrimonio entre padres é hijos incestuosos? ¿Cómo probarlo, si se prohíbe la indagación? Creo que esta debe admitirse, por que un gran interés social está comprometido, y la indagación no tiene por objeto un interés pecuniario.—DEMOLOMBE, III. 107 y sig.

Si después del matrimonio, uno de los cónyuges fuese reconocido como hijo natural del padre legítimo del otro, el matrimonio no se declararí nulo, por que el reconocimiento no crea por sí solo el parentesco; deberá ser contestado por el hijo, y sólo en el caso de ser vencido en juicio, se podría anular el matrimonio.

La palabra ilegítimo está puesta en oposición á la de legítimo, y comprende á los nacidos fuera de matrimonio.—Comp. DURANTON, II, 167. ZACHARIE, § 66, nota 16. DEMOLOMBE, III, 108.

Tratándose de los hermanos incestuosos ó adulterinos, que por la ley no pueden investigar su parentesco, el impedimento se aplica á los que fueren reconocidos voluntariamente en los términos del art. 343, y aceptaren el reconocimiento.—Comp. FREITAS, art. 1277, n° 5, y CÓD. CIV. ESPAÑOL, art. 84, n° 2.

(Art. 9, n° 3.) Freitas, que ha servido de modelo, agrega: «sea el parentesco legítimo ó ilegítimo», y creemos que no debemos entenderlo así, porque la *afinidad*, según nuestro Código, sólo comprende á los parientes de los cónyuges. Así, entre los parientes naturales, se extenderá al padre ó madre que reconocieron al hijo, comprendiendo

176. *El párroco, pastor ó sacerdote, que casare á personas que debían antes obtener el asentimiento de sus padres, tutores ó curadores, sin que le presenten la respectiva licencia, podrá ser acusado por el Ministerio Público.*

177. *Casándose los menores de uno y otro sexo sin las autorizaciones necesarias, les será negada la posesión y administración de sus bienes, hasta que no sean mayores de edad. No habrá medio alguno de cubrir la falta de tales autorizaciones.*

do de uno de los cónyuges (art. 9, n° 6). Estos impedimentos son permanentes y anulan el matrimonio. *En los casos de los inci-*

también á los adulterinos é incestuosos. El derecho canónico extendía la afinidad, como la l. 5, tít. 6, Part. 4ª, que la definía: *affinitas* en latín, tanto quiere decir en romance como cuñadez, y cuñadez es una alleanza de *personas*, que viene del ayuntamiento del varón y de la mujer... quier sean casados ó non... El art. 363, no reconoce otra afinidad, que la proveniente de matrimonio válido, porque si fuere anulado, como no ha existido vínculo matrimonial, ha quedado sin efecto el parentesco aparente que produjo.—Comp. FREITAS, art. 1277, n° 7. Cód. Civ. ESPAÑOL, art. 84, n° 1. DONOSO, II, pág. 388. DEMOLOMBE, III, n° 112.

(Art. 9, n° 6.) La generalidad de la prohibición, abraza todos los casos, y crea un impedimento permanente, entre el homicida y el otro cónyuge. No ha sido ese el alcance que le han dado los otros códigos, que sólo han tratado de impedir que el homicidio se cometiera con interés de contraer matrimonio con el cónyuge sobreviviente. El Código de Austria, art. 68, de donde probablemente se tomó el nuestro, condensa la doctrina de Pothier (t. 10, n° 241), quien dice: «á fin de que el hombre apasionado de una mujer casada, sabiendo que no puede contraer válidamente matrimonio, por la muerte de su marido, sea menos tentado de cometerlo.»

El Cód. Civ. Alemán, arts. 1310, 1323 á 1328, no contiene este impedimento, que nosotros estudiamos en el art. 84. El art. 1312 Cód. Civ. Alemán dice, que el matrimonio no puede ser contraído entre el esposo divorciado por causa de adulterio y la persona con la que el adulterio se ha cometido, cuando dicho adulterio está indicado en la causa de divorcio.

178. *Los tutores y sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad, no podrán contraer matrimonio con el menor ó la menor que han tenido ó tuviesen en guarda, hasta que, fenecida la tutela, no se hayan aprobado las cuentas de la administración. Si lo hicieren, el tutor pierde la asignación que tiene sobre las rentas del menor; y á más, podrá ser acusado criminalmente, por abuso de su cargo.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 178.—L. 59, tít. 2, Lib. 23, Dig. y L. 61 id., que dice: «*Ne pupile in re familiari circumscribantur ab his qui rationes eis gestæ tutelæ reddere compelluntur.*» Cód. de Nápoles, art. 157 y Prusiano, art. 14.



sos 1º y 2º, la prueba del parentesco queda sujeta á lo prescrito en las disposiciones de este Código (art. 9, al fin).

Los impedimentos que estorban por el momento la realización del matrimonio, son: *el matrimonio anterior, mientras subsista (art. 9, nº 5),* debiendo hacer notar que su existencia anula el matrimonio, como en el caso de los impedimentos perpétuos: *mientras que solo lo hacen anulable, el no tener la mujer 12 años cumplidos y el hombre 14 (art. 9, nº 4),* y aún en este caso, se

(**Art. 9, nº 5.**) Es un impedimento el matrimonio anterior, *mientras subsista*, según las leyes de la nación donde tenían su domicilio los contrayentes: porque si allí fué disuelto, aunque no hubiera podido disolverse en la Argentina, se consideraría como tal. Esta es la reforma que introdujo el art. 7, ley m. c. en el art. 165 del Código, que establecía lo contrario. El inglés casado en Londres, donde se encuentra domiciliado, si se ha divorciado, según las leyes inglesas, puede volverse á casar en la Argentina, si ha cambiado de domicilio, porque su matrimonio anterior no subsiste. No hay derecho alguno para imponer nuestras leyes á los actos verificados en otras naciones. Freitas, art. 1277, nº 1, es más claro, cuando prohíbe el matrimonio «á los que fueren *actualmente* casados, en cuanto al casamiento, no se disolverá.» Véase art. 1328 Cód. Civ. Alemán.

(**Art. 9, nº 4.**) La ley de Partida, dice: «mas para casamiento facer, ha menester que el varon sea de catorce años de edad, e la mujer de doce... fueras ende, si fueran tan cercanos á esta edad, que fueren ya guisados para poderse ayuntar carnalmente;» disposición que ha repetido el Cód. Español. Cuando el matrimonio era considerado como un sacramento, podía admitirse que la falta de consentimiento perfecto, no fuera un obstáculo para celebrarlo; porque se buscaba sólo la

179. *El matrimonio se prueba por la inscripción en los registros de la parroquia ó de las comuniones á que pertenecieren los casados. Si no existiesen registros ó no pudiesen presentarse por haber sido celebrado en países distantes, puede probarse por los hechos que demuestren que marido y mujer se han tratado siempre como tales, y que así eran reconocidos en la sociedad y en las respectivas familias. y también por cualquier otro género de prueba.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 179.—L. 9, Cód. De nuptis.—Respecto de la segunda parte, en contra, Código Francés, art. 194, y Cód. de Holanda, ar-





pierde el derecho de demandar la nulidad, cuando la mujer ha concebido; finalmente, se considera como impedimento, *la locura* (art. 9, n° 7), sea declarada judicialmente, sea notoria ó pública, sin declaración previa.

Para juzgar de la existencia de un matrimonio anterior, cuando se trata de la separación que habilita á los cónyuges para

capacidad física para realizar el acto carnal; pero desde que es un contrato civil, no hay consecuencia en admitir la celebración á personas absolutamente incapaces, como lo es la mujer menor de catorce años. No creo justificada esta excepción ante los principios que sirven de base á los contratos. Permitirle que pueda casarse á los doce años y un día, con licencia de sus padres, y negarle que pueda testar, es incurrir en una inconsecuencia. Tan personal es un acto como el otro; ambos necesitan de cierto criterio propio que no pueden tener los que son incapaces absolutamente.—Comp. ley de Partida cit., y art. 83, n° 1. Cód. Civ. ESPAÑOL, y art. 85, n° 1, ley de matr. civ.

El Cód. Civ. Alemán, art. 1331, sólo autoriza para demandar la nulidad al menor ó á la menor cuando la conclusión del matrimonio ó la ratificación hubiesen tenido lugar sin el consentimiento de su representante legal

(Art. 9, n° 7.) No es necesario que la locura haya sido declarada: porque puede ser pública é indudable. La diferencia es, que cuando no existe la sentencia, debe probarse de una manera evidente que el individuo estaba loco.

La presunción de la ley está en favor de la capacidad, y es necesario demostrar que no era capaz en el acto mismo, porque bien pudo estar en su sano juicio cuando lo realizó.—Comp. DEMOLMBE, III, n° 145.

CAPÍTULO IV

DEL MATRIMONIO CELEBRADO CON AUTORIZACIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA

180. *El matrimonio entre católico, y cristiano no católico, autorizado por la Iglesia Católica, será celebrado como fuese de práctica en la Iglesia de la comunión á que perteneciere el esposo no católico.*

título 155.—La legislación de España no determina prueba alguna especial. Véase Zachariæ, § 116.



volverse á casar, se debe tener presente lo dicho en los arts. 7 y 82, y que el contraído en la República no se disuelve por la ausencia, por larga que sea, rechazándose el fallecimiento presunto, que solo sirve para la posesión de los bienes.

¿Puede casarse el demente que tenga lúcidos intervalos? Hay autores que se deciden por la afirmativa, á pesar de la imposibilidad de determinar con seguridad los intervalos lúcidos, y de la explotación á que expondríamos á los dementes, contrariando por otra parte los fines de la sociedad, á la que no le convienen individuos que transmitan el gérmen de su desarrollo mental á las generaciones que les suceden.

Nuestro Código reconoce en diversos lugares (arts. 921 y 3615) que los actos practicados por los dementes durante lúcidos intervalos, se reputan hechos con discernimiento, lo que nos llevaría á aceptar la teoría de Demante, seguida por el Dr. Segovia en su nota al art. 922; pero hay cierta repugnancia en admitir, que un acto tan transcendental como el matrimonio, pueda ser realizado por un loco, dando por resultado una familia que llevará el gérmen del desarreglo mental de uno ú otro de los contrayentes, ó de ambos á la vez, por que podrían casarse un loco con una loca; matrimonios que no deberían permitirse, hasta por humanidad.

Lo más propio es tomar el impedimento tal como es, y atenerse al texto expreso de la ley para impedir tales matrimonios; pero si se hubieran celebrado, burlando la vigilancia de las autoridades y consumándolo, deberá admitirse la prueba de que fué celebrado en lúcidos intervalos, ó si después de recobrada la razón continuaron la vida conyugal, deberá considerarse válido.

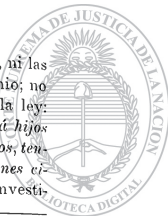
181. *Es nulo el matrimonio celebrado por sacerdotes disidentes. cuando uno de los esposos es católico, si no fuese inmediatamente celebrado por el párroco católico.*

182. *Corresponde á las autoridades de la Iglesia Católica conocer en los impedimentos de estos matrimonios, del mismo modo que en los matrimonios entre católicos, y conceder dispensas de ellos.*

CAPÍTULO V

DEL MATRIMONIO CELEBRADO SIN AUTORIZACIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA

183. *El matrimonio celebrado sin autorización de la Iglesia Cató-*



Por la actual legislación, ni el voto solemne de castidad, ni las órdenes sagradas, impiden la celebración del matrimonio; no hay, por consiguiente, hijos sacrílegos, y por eso dice la ley: *Deróganse todas las disposiciones de este Código relativas á hijos sacrílegos. Los que actualmente son llamados hijos sacrílegos, tendrán la filiación que les corresponda según las disposiciones civiles que quedan vigentes (art. 112).* No se prohíbe la investi-

(**Art. 112.**) Esta es una de las aplicaciones más importantes de las leyes nuevas á las facultades ó capacidad de las personas. Así, el hijo llamado sacrílego por la anterior legislación, que no tenía padre ni madre, ni podía hacer investigación alguna (art. 342), viene á quedar por la nueva en la condición de los hijos naturales, si los padres no tenían otro impedimento. Los parientes del ordenado en *sacris*, que al parecer habían adquirido derecho á sucederle, no tenían sino una mera expectativa de que la ley les priva, introduciendo el hijo que no tenía derecho alguno á participar de la sucesión de su padre, ó á excluírlos, según los casos.

Si un clérigo, ocultando su estado, se hubiera casado antes de la vigencia de la ley habiendo tenido familia, sus hijos serán considerados como legítimos, y si hubo buena fe por parte de uno de ellos, no habrá necesidad de que vuelva á casarse, pues la continuación de la vida marital después de desaparecido el impedimento que lo anulaba, bastará para confirmarlo. Pero si el matrimonio hubiere sido declarado nulo por la Iglesia, ¿en qué categoría serán colocados los hijos de ese matrimonio, si ambos cónyuges fueron de mala fe? Los hijos sacrílegos ¿se legitimarán por el subsiguiente matrimonio? En el art. 87, n° 4, tratándose de los hijos nacidos en adulterio ó incesto, digimos que no podían ser legitimados por el subsiguiente matrimonio, porque habían nacido con la mancha que llevaba la unión ilícita, que la buena

lica es el que se contrae entre cristianos no católicos, ó entre personas que no profesan el cristianismo. Produce en la República todos los efectos civiles del matrimonio válido, si fuese celebrado en conformidad á las leyes de este Código, y según las leyes y ritos de la Iglesia á que los contrayentes pertenecieren.

CAPÍTULO VI

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES

184. *Los esposos están obligados á guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro á proceder del mismo modo. El que*

gación de la paternidad ó maternidad de los hijos de sacerdotes ó de monjas, quedando en la categoría de naturales. Los que

fe de uno de los cónyuges, unida al matrimonio, borraba esa mancha; pero la hipótesis propuesta es diferente: ambos cónyuges conocen el impedimento que anula el matrimonio, por ser clérigo el hombre ó monja la mujer, si se declara nulo, los hijos quedan en la condición de sacrilegos, sin padre ni madre; pero la nueva ley viene á influir sobre su estado, haciendo que sean considerados como naturales; en ese caso el nuevo matrimonio los legitimará por que los encuentra sin la mancha con que habían nacido.

Igual cosa resultará respecto de los hijos nacidos de una unión ilícita entre una persona ordenada *in sacris* y otra libre, sin que haya incongruencia en admitir esta opinión y rechazar la legitimación del hijo nacido en adulterio por el subsiguiente matrimonio, tenido lugar después que desapareció el impedimento. En aquel caso la ley ha borrado el impedimento, porque lo ha reputado inútil, en este lo mantiene, y solo un hecho eventual lo hace desaparecer para lo que sucede en adelante, pero sin influir sobre los hechos pasados. Cuando la ley dice: no hay hijos sacrilegos, quiere significar, que los nacidos con esa mancha han desaparecido para la sociedad, y son considerados como naturales en adelante, si no hubiere algún impedimento de los del art. 9 ó se encontrase en el caso del art. 89. Es entendido que si la sucesión se hubiera abierto cuando la ley nueva ha comenzado á regir, no se aplicará á la sucesión ya deferida.

La otra gran reforma que contiene este artículo, es la autorización que lleva consigo para abandonar el estado religioso y entrar en la vida seglar sin cometer falta alguna que sea punible por la ley. Las responsabilidades quedan al fuero de la conciencia. Una monja puede abandonar el convento ó casarse, á pesar de sus votos; lo mismo puede hacerlo un religioso, por altas que sean las dignidades que desempe-

faltare á esta obligación puede ser demandado por el otro, ó civilmente por acción de divorcio, ó criminalmente por acusación de adulterio.

185. *El marido está obligado á vivir en una casa con su mujer, y á prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, á ejercer todos los actos y acciones que á ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como también los que fuesen precisos si la mujer fuese acusada crimi-*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 184.—L. 2, Tít. 6. Part. 2ª.—L. 1, Tít. 2, Part. 4ª.





hubieren nacido antes de la vigencia de la ley, están en la misma categoría que los nacidos después, porque la ley les prohibió el ejercicio de un derecho, y ahora, por razones de orden público, les retira la prohibición. Deberá armonizarse la doctrina que nace de la nueva ley, con la de los hijos sacrílegos del art. 340 del Cód. Civ., que queda derogada, como viene á ser reformada la disposición del art. 311, que habla de las dispensas.

La edad, que hace imposible la manifestación de la voluntad, como sucede con los menores impúberes, que no pueden expresarla, está colocada entre los impedimentos, cuando debiera figurar entre las causas que impiden la expresión del consentimiento. Así, el loco y el sordo-mudo, que no saben darse á entender por escrito, no tienen impedimento sólo para celebrar el matrimonio, sino para cualquier otro contrato, por que no pueden expresar su voluntad. La falta de consentimiento paterno ó del tutor ó curador no anula el acto, como sucede en los demás impedimentos, ni lo hace anulable cuando el consentimiento pudo manifestarse. El único efecto que produce es el de privarles de la administración; así, *casándose los menores sin la autorización necesaria, les será negada la posesión y administración de sus bienes hasta que sean mayores de edad; no habrá medio alguno de cubrir la falta de autorización (art. 13).*

ña, y una ley que ha ido hasta romper el vínculo místico del religioso con la Iglesia, ó de la monja con Jesu-Cristo, no sabemos cómo se ha detenido ante el divorcio, que es una necesidad de la sociabilidad moderna.

(**Art. 13.**) Es el art. 177 del Código, sin modificación alguna, y se ha separado de su modelo suprimiendo una parte importantísima, que

nalmente. Faltando el marido á estas obligaciones, la mujer tiene derecho á pedir judicialmente que su marido le dé los alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios.

186. *Si no hubiese contrato nupcial, el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, incluso los de la mujer, tanto de los que llevó al matrimonio como de los que adquirió después por título propio.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 186—Proyecto de Goyena, art. 60. En contra, L. 8, Tít. 15, Lib. 5, Cód. Rom. y L. 17, Tít. 11, Part. 4ª.

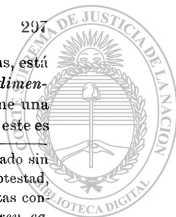
La prohibición á los tutores de casarse con sus pupilas, está igualmente colocada bajo el mismo epígrafe de los *impedimentos*, cuando no hace anulable el matrimonio, y solo impone una pena al contraventor, reconociendo la validez del acto. Y este es

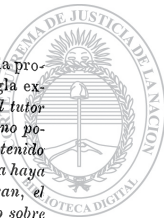
nos daría la clave para decidir la cuestión de si el menor casado sin el consentimiento de sus padres ó tutores sale de la patria potestad, cuestión que resolvemos por la afirmativa en el art. 131. Freitas contiene esta expresión: *se reputarán incapaces como si no fuesen casados*, que nuestro artículo suprimió tomando literalmente lo demás. Esta supresión indicará el pensamiento en el legislador de no imponer mayor pena que la privación de la posesión y administración de sus bienes. Hay inconsecuencia en el Dr. Freitas, enseñando en la nota al art. 67, que la emancipación se opera de pleno derecho por el casamiento, porque el estado del menor en tutela paterna ó extraña, es incompatible con el estado de casado, para venir á incapacitarlo en el art. 70, como si no fuera casado. No se debe extender las consecuencias de la falta de autorización para celebrar el matrimonio, sino á la pérdida de la administración. No hay disposición alguna de nuestro Código que haga suponer el estado de un casado sujeto á la tutela de otra persona.

La negativa á concederles la administración, parece indicar que se refiere al menor varón; porque la mujer casada no tiene la administración de sus bienes; sin embargo, cuando un mayor se casare con una menor que no tenía la autorización requerida ¿se le negará la posesión y administración de los bienes de la mujer? Creo que sí; porque uno de los objetos principales de esa privación, es castigar la desobediencia, y se sustraería á ese castigo, si se le entregaran los bienes. Y no se debe hacer distinción sobre la buena ó mala fe del marido, pues, cualquiera que sea, el castigo es á la menor desobediente.—Comp. FREITAS, art. 70 y su nota y la nota al art. 67.

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

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 187.—Véase todo el Tit. 3, Lib. 7, Rec. de Indias.





uno de los muchos casos en que los actos celebrados contra la prohibición de la ley, quedan firmes y valederos, contra la regla expresada en el art. 18, que los deja sin valor alguno. Así, *el tutor y sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad, no podrán contraer matrimonio con el menor ó la menor que ha tenido ó tuviese aquél bajo su guarda, hasta que fenecida la tutela haya sido aprobada la cuenta de su administración. Si lo hicieran, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor, sin perjuicio de su responsabilidad penal (art. 12).*

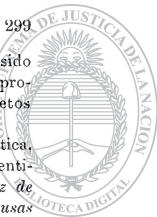
(Art. 12.) Se ha entendido por algunos autores que la expresión *descendientes legítimos* debe limitarse á los hijos del tutor, cambiando fundamentalmente la disposición de la ley, que prohíbe las uniones entre los tutelados ó tuteladas y los descendientes del tutor. Nuestro Código, tomando la disposición del Chileno, art. 116, y del de Freitas, art. 1268, n° 1 y 2. cuyo objeto era prohibir los matrimonios entre el pupilo ó pupila y los descendientes del tutor, tratando de impedir explotaciones indignas, la restringió á los descendientes legítimos que tuvieran bajo su poder, expresándose con las palabras: *que estén bajo su potestad*, para indicar, que tuvieran poder, gobierno, autoridad sobre ellos.

El abuelo que tiene bajo su poder ó potestad á su nieto, como tutor de él, no podrá casarlo con la pupila que también esté bajo su poder. Lo que la ley busca, es que no se haga víctima al pupilo ó pupila de la codicia del tutor, que por interés hacía sus descendientes los puede hacer casar con sus pupilos, probablemente ricos, haciendo valer su influencia y autoridad moral sobre unos y otras; y no se ha expresado este pensamiento, porque para esto no se necesita que sus nietos estén bajo su poder.

No creo que comprenda la prohibición á los descendientes *natura-*

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

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 188.—LL. 11 y 12, Tít. 1, Lib. 10, Nov. Rec.—Conforme con el art. 215 del Cód. Francés y 201 de Nápoles.—En contra, L. 14, Tít. 13, Lib. 4, Cód. Rom., y art. 84, Cód. de Rusia.—Las leyes de Partida guardan silencio sobre la materia.—El art. 223 del Código Francés y el 151 del Sardo, no admiten la autorización general.



Cesará también la prohibición, cuando el tutor haya sido removido ó haya renunciado, siempre que hubiese sido aprobada la cuenta de su administración; pues uno de los objetos del matrimonio puede ser el libertarse de esta obligación.

Con el matrimonio civil ha cesado la jurisdicción eclesiástica, y las causas sobre nulidad, divorcio ó negativa de consentimiento paterno ó del tutor, deben ser resueltas por *el juez de lo civil* (del domicilio de los esposos *quién decidirá de las causas de disenso, en juicio privado y meramente informativo (art. 11).*

les, no porque los padres no tengan patria potestad, sino porque la ley limita claramente la prohibición á los descendientes *legítimos*.

La prohibición debe aplicarse á los curadores, en lo que están conformes los que la limitan á los hijos de los tutores, porque solo sobre ellos tienen patria potestad, y la admiten para los curadores cuando éstos no la tienen. Y lo que convence del error de interpretación, es la l. 59, tit. 2, lib. 23, Dig., citada por el Dr. Velez Sarsfield, como fundamento del artículo: «el senado consulto (dice), que prohíbe al tutor casarse con su pupila ó de darla en matrimonio á su hijo, debe extenderse al nieto del tutor,» y agrega la l. 64, tit. y lib. cit., «pienso que el senado consulto que prohíbe el matrimonio de los tutores ó de sus hijos con sus pupilas, debe ser extendido aun al heredero extraño del tutor, porque la razón que ha dado lugar á esta prohibición, ha sido impedir que los pupilos *puedan ser engañados por aquellos que les deben cuenta de la tutela*». Pensamos que cuando se reforme la ley, debe extenderse la prohibición á los *descendientes de los tutores*, quedando así comprendidos los hijos naturales, que están fuera, con la expresión actual. Es el art. 178 sin variación.—Comp. CÓD. DE CHILE, art. 116. FREITAS, art. 1268 y l. 1. 59 y 64, tit. 2, lib. 23, Dig.

(Art. 11.) La ley de procedimientos determinará la forma en que

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

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 189.—LL. 11 y 14, Tít. 1, Lib. 10. Nov. Rec. y L. 12, Tít. 23, Part. 1.^a—El Cód. Francés, art. 117, y el de Holanda, art. 163, exigen á más la autorización de sus más próximos parientes.



Hay, pues, impedimentos que son permanentes, como el parentesco y que anulan el matrimonio; hay otros que solo lo hacen anulable á solicitud de una de las partes, como en el caso del matrimonio del loco; y por fin otros que, sin anular el matrimonio, tienen el carácter de prohibitivos para impedir que se realice el acto, pero que reconoce su validez, si á pesar de la prohibición se ha celebrado.

CAPÍTULO V

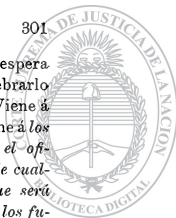
§ 69—DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS Á LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

La ley de 1.º de Abril de 1889 fué reformada por la presente, y comenzó á regir desde el 1.º de Diciembre del mismo año, suprimiendo las formalidades previas, que eran una garantía de seriedad, en un contrato de tanta importancia como el matrimonio.

Los arts. 20 á 25, que trataban de la publicación de los bandos que todos los códigos contienen, fueron suprimidos; así es que, en realidad, no hay diligencias previas, por que el matrimonio puede

debe resolverse cualquier disenso de los padres ó de los tutores, que á nuestro juicio debe ser *sumario*, condición que no ha puesto la ley, habiendo indicado, no obstante, que debía ser *privado* y meramente informativo, refiriéndose únicamente al objeto y á la publicidad, sin calificar el carácter del juicio. Freitas, art. 1265, dice que el juicio compete al juez de huérfanos, informándose *sumariamente* de las causas de oposición.

190. *Se presume que la mujer está autorizada por el marido, si ejerce públicamente alguna profesión ó industria, como directora de un colegio, maestra de escuela, actriz, etc.; y en tales casos se entiende que está autorizada por el marido para todos los actos ó contratos concernientes á su profesión ó industria, si no hubiese reclamación por parte de él, anunciada al público ó judicialmente intimada á quien con ella hubiese de contratar. Se presume también la autorización del marido, en las compras al contado que la mujer hiciese, y en las compras al fido de objetos destinados al consumo ordinario de la familia.*



celebrarse á la presentación de los esposos, sin dar lugar á espera alguna, y así lo supone el art. 40 cuando autoriza á celebrarlo inmediatamente; lo que consideramos un grave defecto. Viene á quedar como diligencia previa la obligación que se impone á los *que pretendan contraer matrimonio, de presentarse ante el oficial público encargado del registro civil, en el domicilio de cualquiera de ellos, y manifestar verbalmente su intención, que será consignada en una acta firmada por el oficial público, por los futuros esposos y por dos testigos; si los futuros esposos no supieren ó no pudieren firmar, firmará á su ruego otra persona (art. 17);*

(Art. 17.) La presentación no es necesario que sea personal, como lo exige Freitas, art. 1281, pues que el apoderado puede hacerlo. Pero ¿hasta qué tiempo puede admitirse el poder? La ley no lo dice, y siguiendo la regla general, de que vale mientras no fuera revocado, podían ocurrir casos raros y originales, como sería, p. e., que habiendo pasado algunos años, el representante casara á su poderdante que hubiera desistido de semejante matrimonio; en ese caso, el matrimonio sería anulable á solicitud del que otorgó el poder.

El oficial público que debe intervenir, puede ser el del domicilio del marido ó el de la mujer, á voluntad de los cónyuges, lo que es un inconveniente, porque la ley no debe dejar librado á la voluntad de los contrayentes, actos tan serios y de tanta responsabilidad.

La declaración de querer contraer matrimonio, sin estar acompañada de ninguna otra formalidad externa, pone en el caso de que ese acto pueda verificarse en diversos lugares y con diversas personas, lo que se hacía difícil con la publicación de los bandos, que se suprimió al corregir la ley. Se ha querido facilitar de tal modo uno de los actos más serios de la vida humana, que se le ha colocado un poco más abajo

191. *No es necesaria la autorización del marido en los pleitos de la mujer contra el marido, ó del marido contra la mujer, ó cuando la mujer es acusada criminalmente, ó cuando hiciere su testamento ó revocare el que hubiese hecho, ni para la administración de bienes que ella se hubiese reservado por el contrato de matrimonio.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 191.—Todos los Códigos antiguos y modernos; el Derecho Romano, como el Derecho Español.



estas formalidades corresponden al acto mismo, en el que, además, se debe expresar: 1º, *los nombres y apellidos de los que quieren casarse*; 2º, *su edad*; 3º, *su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento*; 4º, *su profesión*; 5º, *los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, profesión y domicilio*; 6º, *si antes han sido ó no casados, y en caso afirmativo el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución (art. 18).*

de cualquier otro contrato en cuanto á las formalidades que deben cumplirse para realizarlo, como vamos á verlo en los artículos siguientes.

(**Art. 18.**) El acto debe contener la expresión, no la prueba de lo que afirman los contrayentes, de la edad, nombre y apellido de los que pretenden casarse. ¿Por qué no obligarles á probar con documentos fehacientes, que es exacta su afirmación? Es cierto que tampoco se les exige tales pruebas en los demás contratos, pero al menos se da medio al escribano para demostrar su verdad, recurriendo á la declaración de dos testigos de su conocimiento.

Si el oficial público no conoce á los contrayentes, ni á los testigos, ¿puede rehusar la celebración del matrimonio? Creo que sí, aunque la ley nada dice. Solo exige la historia de la vida de los futuros esposos, sin comprobación alguna y bajo su sola palabra; si dicen que son mayores de edad, aunque sean menores, es necesario creerlo; si afirman que no tienen padres vivos, ó que no los conocen, también debe aceptarse su afirmación, y lo que es más raro, si dicen que uno de ellos fué casado, basta que exprese la causa porque se disolvió el matrimonio, para que se le crea. La única excepción, es cuando se hubiere declarado nulo el matrimonio, en que debe presentar copia de la sentencia ejecutoriada, y la copia auténtica del consentimiento de los

192. *La mujer, el marido y los herederos de ambos, son los únicos que pueden reclamar la nulidad de los actos y obligaciones de la mujer por falta de la licencia del marido.*

193. *Bastará que la mujer sea solamente autorizada por el juez del domicilio, cuando estuviere el marido demente ó en lugar no conocido; en los casos del art. 177, por ser menor el marido ó la mujer, y*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 192.—Cód. Francés, art. 225.—De Nápoles, art. 214.



No hay verdaderas diligencias previas, y esa expresión ha quedado por olvido, refiriéndose á las que existían en la ley anterior y que fueron suprimidas; allí, eran formalidades previas las publicaciones, por que el matrimonio no podía realizarse sin ellas; pero ahora es diferente, desde que *los futuros esposos deberán presentar en el mismo acto: 1º, copia, debidamente legalizada, de la sentencia ejecutoriada que hubiere declarado nulo el matrimonio anterior de uno ó de ambos futuros esposos en su caso; 2º, la declaración auténtica de las personas cuyo consentimiento es exigido por la ley, si no la prestaran verbalmente en ese acto, ó la renuncia supletoria del juez cuando proceda. Los padres, tutores ó curadores, que presten su consentimiento ante el oficial público, firmarán el acta á que se refiere el art. 17; si no supieren ó no pudiesen firmar, lo hará alguno de los testigos á su ruego (art. 19, nº. 1 y 2).* Podría ser considerada como diligencia previa la pre-

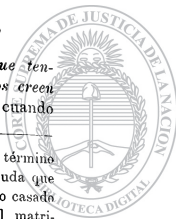
padres ó tutores, cuando deben darla. Si al oficial público le consta lo contrario de lo afirmado, no le queda otro recurso que dar los datos al Ministerio Público para que haga oposición, pero esta misma es imposible, desde que no hay diligencias previas, pues todo tiene lugar en un solo acto. Este es el grave defecto que se nota con la supresión de los artículos que existían en la ley anterior, en donde se establecía la publicación de los bandos como un medio de seriedad y seguridad. Para corregirlo en parte, será necesario que el Jefe del Registro se refiera á las escrituras públicas, en cuanto á las formalidades que deben tener las actas del registro.

(**Art. 19.**) En el momento de la declaración, los futuros esposos deben presentar estos documentos, procediéndose en seguida y en el mismo acto, á la celebración, art. 40; haciendo imposible toda oposi-

se hubiesen casado sin las autorizaciones necesarias; ó en los casos del art. 135, en cuanto á los actos que los menores casados no pueden ejecutar.

194. *Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden suplir la falta de la autorización del marido cuando éste se hallare ausente ó impedido para darla, ó la rehusare sin motivo fundado, y ella fuese necesaria y útil á la mujer ó al matrimonio.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 194.—LL. 13 y 15, Tít. 1, Lib. 10. Nov. Rec.—Cód. Francés, art. 218.—De Nápoles, 207 y siguientes.



sentación de los *dos testigos que, por el conocimiento que tienen de las partes, declaren sobre la identidad y que los creen hábiles para contraer matrimonio (art. 19, n° 3)*; pero cuando

ción desde que solo podía fundarse en la publicación y en el término que se marcaba en la ley anterior. Queda, sin embargo, una duda que autoriza el art. 18, n° 6; comparándolo con el presente. Si ha sido casada (dice), debe manifestar el lugar y la causa de la disolución del matrimonio, mientras este artículo exige la copia de la sentencia en que se haya declarado *nulo el matrimonio anterior*; de modo que si se ha disuelto *por el divorcio* en los países donde éste se reconoce, como no hay nulidad, no debe presentarse la sentencia. Creemos lo contrario, á pesar del sentido restringido de la palabra *nulo*; porque la ley necesita se pruebe la capacidad de los esposos y ella debe ser con arreglo á nuestras leyes, siendo esto una excepción á lo dispuesto en el art. 7, cuando son matrimonios celebrados en nuestro país, que no pueden disolverse sino con arreglo á nuestras leyes. En este sentido, la sentencia autorizando el divorcio para volverse á casar, no será válida si se trata-se de un matrimonio contraído en la Argentina; pero si disuelto el matrimonio en el extranjero, se volvieren á casar fuera de nuestro país, debemos aceptar el hecho consumado, desde que ambos esposos han formado una nueva familia con arreglo á las leyes de su domicilio.— Véase lo dicho en el art. 7.

Si los testigos presentados para demostrar la identidad é idoneidad de los contrayentes no fueran conocidos del oficial público, no podrá exigirles prueba alguna. La ley ha hecho del oficial público una especie de instrumento pasivo, destinado á contar lo que digan los interesados y nada más: es un papel singular, que debe cambiarse, si se quiere evitar el daño que una situación semejante debe ocasionar en el porvenir.

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

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

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 196.—L. 14, Tít. 1, Lib. 10, Nov. Rec.

esa diligencia se hace en el mismo acto no hay, en realidad, diligencia previa.

Los testigos deben ser mayores de edad ó menores emancipados, y no pueden serlo las mujeres, ni los parientes dentro del 4.º grado del oficial público, ni los señalados en el art. 990, á cuya disposición debemos sujetarnos desde que se trata de un

El consentimiento dado por los padres ó tutores, como acto *unilateral*, puede revocarse antes de celebrarse el matrimonio, y entonces se observará lo dispuesto en el art. 24. Muerto el padre que dió el consentimiento, antes de celebrarse el matrimonio, la madre es la que debe prestarlo, porque el hijo está ahora bajo su potestad, y por consiguiente, puede esta revocar el que se hubiere dado. Si estando el padre distante, hubiera dado su consentimiento en una forma auténtica, y llegare la revocación cuando se hubiere celebrado el matrimonio, el hijo no incurriría en la pena de ser privado de la administración de sus bienes; pero no sucedería así, si el menor supiere que ese consentimiento ha sido revocado y contrajere, no obstante, el matrimonio. En caso de ausencia del padre (que debe prestar su consentimiento) sin que se sepa donde se encuentra, si no hay declaración de fallecimiento presunto, la madre puede pedir la autorización supletoria al juez del domicilio.—Cons. DEMOLOMBE, III, n.º 42.

Nuestro Código no fija un término para que se pueda hacer uso del consentimiento paterno. Freitas, art. 1293, establece, que no celebrándose el matrimonio dentro del año subsiguiente al en que se dió la autorización, quedará sin efecto, y deben volverla á pedir. Convenría, en nuestra ley, una disposición semejante.

La idoneidad, sobre que deben declarar los testigos, se refiere á la libertad para contraer el matrimonio y de que no tienen impedimento alguno. Es el art. 169 del Código, con algunas reformas.

197. *Los actos y contratos de la mujer no autorizada por el marido, ó autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligarán solamente sus bienes propios, si no pidiere ella rescisión de la obligación en el primer caso; pero no obligarán el haber social ni los bienes del marido, sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad conyugal ó el marido hubiesen reportado del acto, á no ser que el régimen del matrimonio fuese el de una comunidad universal.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 197.—Cód. de Chile, art. 146.

instrumento público, con la excepción de lo que decimos en la ley del Registro Civil.

CAPÍTULO VI

§ 70.—DE LA OPOSICIÓN. — QUIÉNES PUEDEN HACERLA

La oposición puede fundarse en la existencia de los impedimentos del art. 9, referentes al parentesco de consanguinidad entre ascendientes, descendientes y hermanos, ó al de afinidad en la línea recta, ó al autor voluntario ó cómplice del homicidio de uno de los cónyuges, impedimentos que son permanentes y que anulan el matrimonio.

Pueden también alegarse los impedimentos que solo hacen anulable el matrimonio, como en el caso de no tener la mujer 12 años y el varón 14, ó estar loco uno de los cónyuges, ó ambos; y finalmente, hay otros meramente prohibitivos, como el de los tutores, que no pueden casarse con los menores que tengan bajo su guarda, ó que dependen exclusivamente de la voluntad de los padres, que pueden negarse sin dar razón alguna, cuando el varón es menor de 18 años y la mujer menor de 15, si no tienen el usufructo de sus bienes. En todos estos casos, la oposición estará justificada.

Solo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos en el Código.

La oposición, que no se funde en la existencia de alguno de esos impedimentos, será rechazada sin más trámite (art. 20).

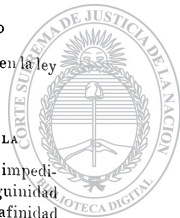
(Art. 20.) Todo el capítulo de la oposición ha quedado casi sin razón de ser, desde que se ha suprimido la publicación de los bandos, mandada hacer por ley anterior, y por casi todos los códigos.

CAPÍTULO VII

DEL DIVORCIO

198. *El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial.*

199. *No puede renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el divorcio al juez competente.*



Cualquier persona puede denunciar la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el art. 9, incurriendo en las responsabilidades del caso cuando la denuncia fuese maliciosa (art. 35).

Si el matrimonio se realiza en el acto de presentarse las partes ante el oficial público, con los dos testigos que declaren sobre la identidad é idoneidad ¿cuándo tendrá lugar la oposición? ¿Se dirá, tal vez, que cuando los padres ó tutores sean llamados para prestar su consentimiento? Pero observaremos que ni los parientes dentro del cuarto grado, ni el Ministerio Público son llamados con ese objeto, ni intervienen absolutamente, y que para hacer oposición, es necesario que sepan ante quién van á casarse, y sobre todo, que van á realizar el matrimonio. En estos casos, que serán raros por la falta de publicación, debe rechazarse la oposición, si no estuviera fundada en alguno de los impedimentos del art. 9, si fuesen los parientes los que se opusieran.

(**Art. 35.**) Los impedimentos del art. 9 son aquellos que interesan al orden público, y la ley no puede ni debe limitar la acción de la denuncia á los parientes de los cónyuges. La persona que sabe que uno de los futuros esposos, ó ambos, son casados, debe estar autorizada para hacer la denuncia é impedir que se cometa un delito, y para que esa facultad pueda ejercerse en beneficio de la comunidad, debe ser defendido contra el daño que puede causar, si la denuncia no fuera exacta; por eso, con razón, la ley lo garante cuando la hubiere hecho de buena fe; y como esta se presume mientras no se pruebe lo contrario, será necesario demostrar la malicia. La denuncia se diferencia de la oposición, en que si el Ministerio Público no acepta esta, no tiene curso: mientras que la oposición sigue todos los trámites y exige resoluciones del tribunal. Cuando la denuncia no ha sido aceptada, como no ha habido costas ni ha sido sostenida por el Ministerio Público, el denun-

200. No hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia del juez competente.

CAPÍTULO VIII

DEL DIVORCIO DE LOS CASADOS ANTE LA IGLESIA CATÓLICA Ó CON AUTORIZACIÓN DE ELLA

201. El conocimiento de las causas de divorcio entre los casados ante la Iglesia Católica ó con autorización de ella, en los matrimonios mixtos, corresponde únicamente á la autoridad eclesiástica.



La denuncia no es la oposición, pues esta es el derecho de intervenir en el juicio, que sólo corresponde á las personas que tienen ó deben tener un interés actual en que el matrimonio no se celebre.

Cualquiera del pueblo tiene interés en que no se cometa un delito que ofende á la sociedad: por esa razón se autoriza la denuncia, que el Ministerio Público rechazará ó aceptará, según los casos; pero *el derecho de hacer oposición á la celebración del matrimonio por razón de los impedimentos establecidos en el art. 9, compete: 1º, al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio (art. 21, nº 1), no sólo por que impide el delito de*

ciante está exento de ellas, pero no de los perjuicios, si fué maliciosa. —Cons. DEMOLOMBE, III, nº 176. VAZEILLE, I, nº 177. DELVINCOURT, I, pág. 209, nº 5. DURANTON, II, nº 206.

(**Art. 21, nº 1.**) El derecho de hacer oposición al matrimonio debe ejercerse en el orden indicado en el art. 21. Se trata de prohibiciones que interesan al orden público, atacando á la sociedad, y cualquiera debería ejercer ese derecho; sin embargo, solo deben intervenir los unos en defecto de los otros, y en el orden establecido, respetando así los derechos reconocidos por la ley, según el interés que cada uno debe tener. En el caso del nº 2, ese derecho se ejerce conjuntamente. ¿Podrá hacerlo el casado solo ante la Iglesia, después de la vigencia del matrimonio civil? No; porque ese matrimonio no es reconocido por la ley; no hay vínculo legal para tener derecho á hacer oposición. Si los domiciliados en la República se han trasladado á otro país para no celebrar el matrimonio civil, como ese matrimonio es válido si lo fué con arreglo á las leyes del lugar donde se contrajo, el cónyuge podrá oponerse al nuevo matrimonio. —Cons. DEMOLOMBE, III, nº 139.

202. Corresponde exclusivamente á los jueces civiles, conocer de todos los efectos civiles del divorcio en relación con la persona de los cónyuges, crianza y educación de los hijos, y de los bienes de la sociedad conyugal.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 201. —Lib. 7, Tít. 19, Part. 4º. —Cód. Sar- do, art. 140. —De Chile, 168. —Goyena, art. 75 de su proyecto, propone que el conocimiento de las causas de divorcio corresponda á los jueces civiles, y destina el largo apéndice nº 1, á demostrar que esto no sería contrario á los cánones de los Concilios de la Iglesia católica. Esta fué materia muy discutida en las comisiones de legislación para redactar el Código Civil de España.

bigamia que se intenta cometer, sino por que se pretende despojarlo de derechos adquiridos por el matrimonio; igual derecho se concede á los *parientes de cualquiera de los futuros esposos, dentro del 4º grado de consanguinidad ó afinidad (art. 21, nº 2)*, así como á los *tutores ó curadores (art. 21, nº 3)*, y al Mi-

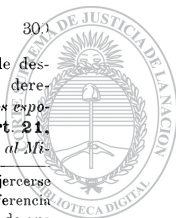
(**Art. 21, nº 2.**) Aquí el derecho de hacer oposición puede ejercerse conjuntamente, por todos los parientes dentro del 4º grado, á diferencia de la legislación francesa, que determina el orden. A pesar de que nuestra ley, por su generalidad, no hace limitaciones, debemos tener en cuenta que siendo los padres de uno y otro cónyuge los que deben prestar el consentimiento, es á ellos á quienes correspondería la oposición en primer lugar, debiendo seguir los parientes más cercanos, y obrando sólo los más remotos en caso de inacción de los primeros. La ley no distingue los parientes legítimos de los naturales, siguiendo la misma vaguedad del art. 144, nº 2, pero como solo son parientes los legítimos, y teniendo presente la disposición de los arts. 365 y 3582, sólo se debe extender á los hijos naturales que tengan padres que los hayan reconocido y que pueden oponerse. No hay armonía en facultar, por el art. 144, á los parientes sin limitación alguna, para demandar la locura y restringirla en este al cuarto grado, agregando los parientes por *afinidad*.

Cuando el impedimento fuera la locura, sería conveniente autorizar la oposición á los mismos que pueden demandarla, armonizando ambas disposiciones.—Cons. DEMOLOMBE III, nº 145, que autoriza á demandar medidas conservatorias, hasta que se juzgue la causa de la demencia.

(**Art. 21, nº 3.**) Los tutores ó curadores están en lugar de los padres, y en este carácter deben prestar su consentimiento al matrimonio; así, pueden hacer oposición antes que los otros parientes, alte-

203. *Admitida la demanda de divorcio por el juez eclesiástico, el juez civil, á instancia de parte, señalará los alimentos que el marido debe prestar á la mujer, y dispondrá que las espensas del juicio de divorcio, sean satisfechas por el marido.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 202 y 203.—Cód. Sardo, art. 141.—Cód. de Chile, art. 168.



nisterio público que deberá deducir oposición, siempre que tenga conocimiento de esos impedimentos (art. 21, n° 4); pero es un

rando el orden establecido por la ley, siendo esta, no una excepción, sino una condición necesaria del poder que ejercen sobre los que están bajo su tutela.

Por esa razón, sería necesario determinar con precisión el orden en que este derecho debe ser ejercido: 1°, el cónyuge; 2°, los padres; 3°, los tutores y curadores; 4°, los parientes dentro del cuarto grado; 5°, el Ministerio Público; y por falta ó inacción de unos, pueden hacerlo los otros. Y no comprendemos á los abuelos de los padres, como en el francés, porque tratándose de menores, éstos entran como tutores. Pero cuando la oposición se hiciera á los mayores, entonces desaparecerían los tutores para dar lugar á los parientes más cercanos de los futuros cónyuges. En estos casos, que serán los más frecuentes, no habrá sino tres categorías de opositores.

(Art. 21, n° 4.) El Ministerio Público, sea que tenga conocimiento personal, sea que se le denuncie por cualquiera del pueblo, puede hacer oposición. Debemos entender por Ministerio Público, al agente fiscal. Interesa vivamente á la sociedad que no se celebren matrimonios con alguno de los impedimentos del art. 9. Cuando los padres ó tutores hubieren autorizado el matrimonio, ¿podrá hacer oposición el Ministerio Público? Creo que sí; pero debe soportar las consecuencias de su acción y ser condenado como malicioso en su denuncia, si no la justificara, porque este no es el caso del art. 34.

Cualquiera del pueblo puede hacer la denuncia del impedimento, en cuyo caso el matrimonio se suspenderá, remitiendo los antecedentes al juez de lo Civil, quien, previa vista al Ministerio Público, le dará curso ó la desestimaré.

Cuando alguno de los denunciados fuera menor de edad, deberá te-

CAPÍTULO IX

DEL DIVORCIO ENTRE LOS CASADOS SIN AUTORIZACIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA

204. *El juez civil conoce de las causas de divorcio entre los casados sin autorización de la Iglesia Católica.*

Las causas de divorcio, en estos matrimonios, son las siguientes:

1ª *Adulterio de la mujer ó del marido;*

2ª *Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro;*

3ª *Ofensas físicas ó malos tratamientos.*

derecho exclusivo de los padres, tutores y curadores quienes podrán, además, deducir oposición por falta de su consentimiento (art. 23).

La oposición debe deducirse en el orden que queda indicado; pero podrán hacerlo los unos en defecto ó por inacción de los otros. *Si la mujer viuda quiere contraer matrimonio, contrariando lo dispuesto en el art. 93, los parientes del marido en grado sucesible tendrán derecho á deducir oposición (art. 22), y*

ner intervención en el juicio el Ministerio de Menores, art. 494.—Comp. art. 21, ley Prov. de matr. civ. Española de 1870.

(Art. 23.) Además de los impedimentos del art. 9, y prohibición del art. 93, los padres, tutores ó curadores podrán alegar su falta de consentimiento, que siendo un requisito esencial, según el art. 19 n° 2, no se puede prescindir de él; pero es un derecho personalísimo que no puede ser alegado por los demás. Cuando no hicieren oposición, el oficial público exigirá siempre la declaración auténtica, si no ha sido dado personalmente (art. 19, n° 2). El Cod. Civ. Alemán, art. 1308, autoriza al tribunal de tutela para decidir de la autorización negada por los padres, y puede suplirla cuando se la ha negado sin causa grave.

(Art. 22.) Este artículo da razón á la crítica hecha en el 144, n° 2 del Código. Los parientes del marido ¿tendrán derecho de alegar los impedimentos del art. 9? No, porque son extraños, y su intervención en este caso, no la tienen en calidad de representantes del marido, sino como sus herederos, y solo con relación á los bienes. Esto no les impedirá que puedan ser denunciante en los términos del art. 35.

La oposición sólo pueden deducirla, fundándose en la prohibición del art. 93. ¿Puede el oficial público negarse á celebrarlo, cuando de

205. *Puesta la acción de divorcio, ó antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez, á instancia de parte, decretar la separación personal de los casados y depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción, determinar el cuidado de los hijos, con arreglo á las disposiciones de este Código, y los alimentos que han de prestarse á la mujer y á los hijos que no quedasen en poder del padre, como también las expensas necesarias á la mujer para el juicio de divorcio.*

206. *Si alguno de los cónyuges fuese menor de edad, no podrá es-*



ese derecho debe extenderse hasta los parientes que concurren con la mujer en la sucesión de su marido, ó á quienes el hijo excluya ó les disminuyere su parte hereditaria, en cuyo caso estarían los ascendientes del muerto, ó el hijo natural reconocido; los demás parientes no tienen interés alguno, desde que la mujer los excluye en la sucesión de su marido.

§ 71.—MODO DE DEDUCIR LA OPOSICIÓN

Hemos dicho que con la supresión de las publicaciones, la oposición venía á quedar reducida á un azar ó á la casualidad: por que ignorándose cuándo debe celebrarse el matrimonio, ó pudiéndose celebrar en el mismo acto en que se presenten los antecedentes, no quedará tiempo para hacerla.

La oposición se hará verbalmente ó por escrito. *Cuando la oposición se deduzca verbalmente, el oficial público levantará acta circunstanciada, que deberá firmar con el oponente y con dos testigos, si este no supiere ó no pudiese firmar. Cuando la oposición se deduzca por escrito, se transcribirá en el libro de actas con las mismas formalidades (art. 27, al fin).*

La oposición puede deducirse desde que se hayan iniciado las

los documentos que se le exhiben constare que la viuda se encuentra dentro de los diez meses de disuelto el primer matrimonio? Creo que sí. Hay una prohibición de la ley, cuya observancia compete al encargado del registro, y no puede á sabiendas, contribuir á la violación de su mandato.

Este impedimento podrá ser alegado por el Ministerio Público.

(Art. 27.) Véase pág. 314.

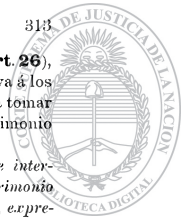
tar en juicio, como demandante ó demandado, sin la asistencia de un curador especial, que para este solo fin elegirá la parte ó nombrará el juez.

207. *Toda clase de prueba será admitida en este juicio, con excepción de la confesión ó juramento de los cónyuges.*

CAPÍTULO X

EFFECTOS DEL DIVORCIO EN TODA CLASE DE MATRIMONIOS

208. *Los esposos que vivan separados durante el juicio de divorcio ó en virtud de la sentencia de divorcio, tienen obligación de guardar-*



diligencias para el matrimonio hasta que este se celebre (art. 26), lo que indica que no puede hacerla antes; pero esto no priva á los parientes, ó á los que tuvieran derecho de oponerse, para tomar las medidas precaucionales á fin de impedir que el matrimonio se celebrase sin su conocimiento.

La oposición debe deducirse ante el oficial público que intervienga en las diligencias previas á la celebración del matrimonio (art. 25). La oposición se hará verbalmente ó por escrito, expresando: 1º, el nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio

(Art. 26.) En este artículo se hace más necesaria la existencia de las diligencias previas que fueron suprimidas, y queda inútil sin ellas, desde que al mismo tiempo y sin interrupción, se puede realizar el matrimonio.

(Art. 25.) Sólo pueden hacer oposición los que concurren al acto del matrimonio, porque habiendo suprimido las proclamas y autorizado á realizarlo en el mismo momento, se hace imposible la oposición. Se debe volver á la publicación, ó reformarse este capítulo de una manera conveniente para hacer posible la oposición.

Los padres pueden (para prevenir que los encargados del registro sean sorprendidos) ocurrir al juez de lo civil de su domicilio, haciéndoles notificar su oposición, para impedir se presenten sus hijos á celebrar el matrimonio.

Las leyes de procedimientos determinarán la forma en que podrá hacerse la oposición como medida preventiva, ya sea autorizando á los encargados del registro para consignarla, ya ocurriendo á los jueces, teniendo presente que de cualquiera manera que celebren estos matrimonios son válidos, si no tuvieran alguno de los impedimentos del art. 9.

se mutuamente fidelidad, y podrá ser criminalmente acusado por el otro el que cometiere adulterio.

209. *Separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio ó residencia donde crea conveniente, aunque sea en país extranjero; pero si tuviese hijos á su cargo, no podrá transportarlos á país extranjero sin licencia del juez del domicilio.*

210. *La mujer podrá ejercer todos los actos de la vida civil, exceptuando el estar en juicio como actora ó demandada sin licencia del marido ó del juez del domicilio.*

del oponente; 2º, el parentesco que lo ligue con alguno de los futuros esposos; 3º, el impedimento en que funda su oposición; 4º, los motivos que tenga para creer que existe el impedimento; 5º, si tiene ó no documentos que prueben la existencia del impedimento y sus referencias (art. 27, n.º 1 á 5). Si el oponente tuviere docu-

(Art. 27.) En la oposición no hay necesidad de hacer constar la verdad de la calidad de la persona que la hace; bastará que se atribuya el parentesco para que el matrimonio se suspenda. Como la denuncia ha debido ser en el acto de celebrarse el matrimonio, porque en la mayoría de los casos no habrá otra oportunidad, es necesario dar todas las facilidades al denunciante.—Véase pág. 312.

Si resultase que el denunciante fuera un pariente que no estuviere dentro del cuarto grado, pero que hubiese indicado uno de los impedimentos del art. 9, y su manera de probarlo, se dará intervención al Ministerio Público para que continúe la oposición.

Puede el denunciante tener motivos absolutamente reservados, sin que tenga medio de probarlos, como sería en el caso de un hijo adulterino cuya paternidad se atribuyese el padre de la niña que pretende casarse con su hermano. ¿Cómo demostrar el parentesco adulterino? Tratándose del padre sería más fácil, siempre que lo reconociera y el hijo aceptare el reconocimiento; no así en caso contrario.

Si los futuros esposos se presentaren como mayores de edad, para salvar el inconveniente de la autorización paterna, cualquiera de los parientes podrán prevenir, por medio de la oposición, al oficial público, indicando el registro donde se encuentra probada la edad, y aunque la ley nada dice á este respecto, ni pone estos hechos entre los casos de oposición, creo que no debe celebrarse el matrimonio; lo mismo sucedería cuando la autorización del padre ó tutor fuesen falsas y se denunciare el hecho al oficial público; estos son delitos que, compro-

211. *Si durante el juicio del divorcio, la conducta del marido hi- ciere temer enajenaciones fraudulentas en perjuicio de la mujer, ó disipación de los bienes del matrimonio, ésta podrá pedir al juez del domicilio que se haga inventario de ellos y se pongan á cargo de otro administrador, ó que el marido dé fianza del importe de los bienes. Dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, en los términos que se prescribirá en el título de la sociedad conyugal.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 211.—L. 5, Tít. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 1, Tít. 9 y L. 8, Tít. 23, Part. 3ª—L. 23, Tít. 11, Part. 4ª.



mentos, debe presentarlos en el mismo acto. Si no los tuviere, expresará el lugar donde existen, y los detallará, si tuviere noticia de ellos (art. 28).

§ 72.—MOTIVOS EN QUE PUEDE FUNDARSE LA OPOSICIÓN

La oposición tiene por objeto impedir la celebración del matrimonio, y sólo puede deducirse por aquellos que están facultados para hacerlo, alegando las causas que la ley determina expresamente.

Los padres, tutores y curadores deben expresar los motivos de

bados, tienen una pena, y el oficial público está en el deber de ponerlos en conocimiento del Ministerio Público. Las leyes de procedimientos determinarán la manera de obrar en estos casos. No exige la firma del acta por el denunciante bajo pena de nulidad, como en el Cód. Francés.

(Art. 28.) Si el impedimento no es de aquellos que puedan demostrarse por documentos, la denuncia no será desechada, sin embargo. Esto lo determinará la ley de procedimientos, supliendo la ley de fondo. Dará, por lo menos, los antecedentes para investigar privadamente los hechos alegados.

Cuando se comprometa el honor y el bienestar de una familia, como sería en los parentescos incestuosos ó adulterinos, no será permitido seguir un juicio de investigación para crear derechos, pero la investigación privada y aun secreta debe hacerse por el juez, para darle el convencimiento de que el parentesco prohibido existe, impidiendo el matrimonio. Así, no sería posible permitir el casamiento entre hermanos que se creen primos, ó cuando el uno es hijo incestuoso ó adulterino y el otro legítimo, creyéndose extraños entre sí.

212. *El cónyuge inocente que no hubiese dado causa al divorcio, podrá revocar las donaciones ó ventajas que en el contrato del matrimonio hubiere hecho ó prometido al otro cónyuge. y que debían tener efecto en vida ó después de su fallecimiento.*

213. *Los hijos menores de cinco años quedarán siempre á cargo de la mujer. Los mayores de esta edad se entregarán al esposo, que á juicio del juez, sea el más á propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido ó por la mujer, preferente derecho á tenerlos.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 213.—L. 3, Tít. 19, Part. 4.ª Lib. 9, Tít.





la oposición; pero los padres estarán exentos de esa obligación, cuando se trate de un hijo varón menor de diez y ocho años, ó menor de quince, excepto el caso en que estén gozando del usufructo de sus bienes (art. 24. 1ª parte).

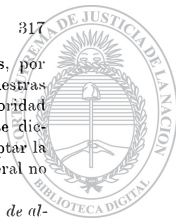
(Art. 24.) Los tutores ó curadores deben expresar siempre la causa de su disenso. Los padres no debían ser obligados, por respeto, á entrar en juicio con los hijos, tratándose de su casamiento, pues repugna suponer que la oposición pudiera hacerse por interés; tal vez se producirá el efecto contrario con la disposición de la ley, pues por delicadeza ó respeto propio, no deducirán oposición, debiendo hacerlo, porque no se les suponga un interés bastardo.

Nos parece poco acertado exigir á los padres las razones de su disenso cuando la mujer sólo tenga doce años y el varón catorce, ó próximamente esta edad, en que podrán librarlos de uniones monstruosas ó fatales, teniendo facultades ilimitadas. En la mayor parte de los casos, no habrá un impedimento legal que alegar, y sin embargo, el matrimonio no dejará de ser menos ridículo ó monstruoso, como si se tratase de un niño de quince años que pretendiese casarse con una mujer de cincuenta, ó vice-versa, de una niña de trece años con un hombre de sesenta, cargado de familia.

El Código, que ha respetado nuestras costumbres, no imponiendo la dote, que es la libertad de la mujer, á fin de no contrariar los sentimientos de desinterés que reconoce en las uniones que se hacen en nuestro país, ha venido á herir el sentimiento paterno, tan desinteresado y noble.

Este precepto no traduce el estado de nuestra sociedad actual, en cuanto supone que en la generalidad de los casos, las oposiciones pueden hacerse por el deseo de conservar el usufructo, forzando á los padres á expresar las razones de su disenso. No conocemos Código alguno que apoye esta doctrina.

47, Lib. 8, Cód. Rom.—Estas leyes, lo mismo que la 3, Tit. 8, Lib. 8, del Fuero Real, limitan á tres años lo que llaman el tiempo de la lactancia. En casi todos los Códigos se niega al esposo que ha dado causa al divorcio, el derecho de tener los hijos. Las leyes los dejan á cargo del cónyuge inocente, tenga ó no aptitud para crearlos y educarlos. Nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno ú otro observarán con sus hijos. He creído que los hijos y el derecho de tenerlos, no puede ser objeto de pena al que diese causa al divorcio: que el mejor bienestar de los hijos debe solo atenderse cuando se trata de la separación personal de los padres.



No creo acertada la obligación respecto de los padres, por que dada la organización de la familia argentina y de nuestras costumbres, es conveniente ponerse del lado de la autoridad paterna, cariñosa, vigilante y desinteresada. Las leyes se dictan para la generalidad de los casos, y no debieran aceptar la intervención judicial, suponiendo un interés que en general no existe.

La oposición sólo puede fundarse: 1º, en la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el art. 9 (art. 24, nº 1): 2º, en enfermedad contagiosa de la persona que pretenda casarse con el menor (art. 24, nº 2), y debe ser de tal naturaleza, que

(Art. 24, nº 1 y 2.) Desaparece la duda que ofrecía el art. 171 nº 1, sobre lo que debía entenderse por impedimento legal, como lo hacíamos notar en la Instituta, nota 32. Los impedimentos que pueden alegarse, son los determinados en el art. 9. La enfermedad contagiosa se ha tomado aquí, como expresión genérica y se refiere á aquellas enfermedades que no solo puede adquirir la misma persona, sino que se transmiten á la prole. Es muy dudoso que la tisis, p. e., se transmita con la generación, y sin embargo, es fácil contagiarla al otro cónyuge cuando no se toman las precauciones debidas, mientras que la sífilis curada puede no transmitirse ni contagiar al otro cónyuge, y sin embargo, influye de una manera cierta sobre la constitución de la familia. En todos estos casos, debe ocurrirse siempre al informe de peritos.

Hay enfermedades contagiosas de existencia momentánea, como son la viruela, difteria, etc., que una vez desaparecidas no impedirán la realización del matrimonio: á esas no se refiere el artículo.—FRETAS, 1266, núms. 1 y 2.

El Cód. Chileno expresa mejor la idea, cuando dice: grave peligro

214. *Si por acusación criminal de alguno de los esposos contra el otro, hubiese condenación á prisión, reclusión ó destierro, ninguno de los hijos de cualquier edad que sea, deberá ir con el que deba cumplir alguna de estas penas.*

215. *El padre y la madre quedarán ambos sujetos á todas las cargas y obligaciones que tienen para con sus hijos, cualquiera de ellos que sea el que hubiese dado causa al divorcio.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 215.—Proyecto de Goyena, art. 83.—La L. 3, Tít. 19, Part. 4ª, y algunos Códigos modernos hacen solo cargar con

cause peligro a la persona ó á la prole; 3º, puede fundarse igualmente la oposición *en su conducta desarreglada ó inmoral* (art. 24, nº 3); 4º, *en que haya sido condenado* (el que pretenda casarse por delito de robo, hurto, estafa, ó cualquiera otro que tenga pena mayor de un año de prisión (art. 24, nº 4); 5º, *falta de medios*

para la salud del menor á quien se niega la licencia, ó de la prole, art. 113, nº 3; porque ese peligro puede existir no sólo por las enfermedades contagiosas, sino por la constitución enfermiza del menor, pues no solo se debe tener en cuenta á las personas que contraen el matrimonio, sino también á la prole, que es la consecuencia.

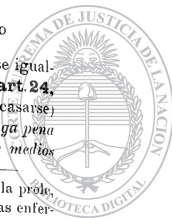
(Art. 24, nº 3.) La expresión es tomada de Freitas, art. 1266, nº 3, y la consideramos incompleta; en efecto, la *conducta desarreglada* es una expresión tan general y vaga, que se debe tomar según las costumbres y el modo de ser de un lugar determinado. Así, puede haber conducta desarreglada en una nación, que no lo sea para otra. La conducta desarreglada vendría á ser todo lo que salga de la norma habitual de las acciones humanas, y tendríamos que volver á condenar la prodigalidad, que hemos suprimido. Ese no es el alcance de la disposición. Creo que el Cód. Chileno da el verdadero sentido, al decir: «vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse»; es dentro de estos puntos capitales que se debe buscar la inteligencia de la *conducta desarreglada* é inmoral de nuestro artículo.

(Art. 24, nº 4.) Aquí, separándose de sus modelos (Cód. de Chile y Freitas), ha disminuido la pena. El primero lleva el impedimento hasta la pena de 4 años de reclusión ó presidio (art. 267, nº 4), y el segundo, de galeras y trabajos forzados, penas infamantes, según la antigua legislación. Nuestro Código hace de una simple querrela ó de

216. *El marido que hubiere dado causa al divorcio, debe contribuir á la subsistencia de la mujer. El juez determinará la cantidad y forma, atendidas las circunstancias de ambos.*

217. *Cualquiera de los esposos que hubiere dado causa al divorcio, tendrá derecho á que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad y no tuviere recursos propios.*

el deber de alimentar y educar á los hijos, al esposo que hubiera dado causa al divorcio.



de subsistencia, ó de aptitud para adquirirlos (art 24, n° 5).

Fuera de los casos enumerados, que deben tomarse como limitativos, se rechazará la oposición que se hiciere fundada en otras causas.

§ 73. — PROCEDIMIENTO—CONSECUENCIAS DE LA OPOSICIÓN

La oposición paraliza la celebración del matrimonio y supone las diligencias previas, que la reforma suprimió erróneamente.

Deducida en forma la oposición, se dará conocimiento de ella á los futuros esposos por el oficial público que deba celebrar el matrimonio (art. 29, 1ª parte), lo que supone el caso improbable de

una estafa de pequeña importancia, que tenga más de un año de prisión, un impedimento para que el matrimonio se realice; en lo que estamos de acuerdo, atendiendo á la exigencia que se hace á los padres de manifestar las razones de su disenso.

(**Art. 24, n° 5.**) El individuo puede ser inepto para adquirir los medios de subsistencia, pero no obstaría esta circunstancia si tuviera bienes. El no tener una profesión ó no trabajar, no sería lo bastante para que el impedimento existiera; la aptitud depende de la capacidad física ó intelectual de la persona; así, Milton era ciego y dictaba su Paraíso Perdido. Un individuo sano y robusto lleva en su naturaleza física la aptitud de adquirir su subsistencia.

El Cód. de Chile, art. 113, n° 6 dice: «no tener ninguno de los esposos *medios actuales* para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio», manera más propia, á nuestro juicio.

(**Art. 29.**) Porque si ellos la aceptan, el matrimonio no se celebrará, y no habrá objeto en pasar los antecedentes al Juez de lo Civil.

218. Si se reconcilian marido y mujer, se restituirá todo al estado que tenía antes del día del divorcio ó de la demanda. La ley presume la reconciliación, cuando el marido cohabita con la mujer después de haber dejado la habitación común.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 218.—L. 8, Tít. 17, Part. 7ª.—Cap. 10, Novela 131.—Código de Holanda, artículo 271.





haberse detenido los futuros cónyuges en las diligencias previas, que no existen, desde que puede celebrarse el acto á la presentación de los esposos y testigos de conocimiento.

Hecha la oposición, *si alguno de los futuros esposos ó ambos, estuviesen conformes en la existencia del impedimento legal, el oficial público lo hará constar en el acta y no celebrará el matrimonio (art. 29. 2ª parte)*, y si el impedimento fuere de los permanentes á que se refieren los núms. 1, 2 y 3, art. 9, no necesitará de nueva oposición, si más tarde volvieren á presentarse solicitando la celebración del matrimonio; pero si alegaren que están en el caso de probar la inexactitud de la afirmación del

En la mayoría de los casos bastará que los padres se opongan, para que los futuros esposos desistan del matrimonio, y si el impedimento es permanente, no podrán celebrarlo en adelante, pero esto no creará el mismo impedimento entre los demás hijos; ni el rechazo de la oposición de uno de los parientes impediría que otro pueda hacerla. El encargado del registro no es juez del mérito de la segunda oposición, como no lo fué de la primera, y la única facultad que tiene es de rechazarla, cuando no se alegare uno de los impedimentos del art. 9. Si la oposición fuera rechazada por esta circunstancia, el mismo oponente no podría volver á alegarla, pues de otra manera la oposición se convertiría en un abuso intolerable, haciendo intervenir sucesivamente á todos los parientes para impedir el matrimonio. Cons. DURANTÓN, II, n° 206, DEMOLOMBE, III, n° 176, MERLIN, *Rep. Vo. Oposición al matrimonio*. n° 4. *Cuestiones*, 2, sobre el art. 176.

Demolombe opina, que el mismo oponente puede presentarse varias veces, desde que la ley no limita su derecho y nos adherimos á ella: de opinión contraria es Zachariæ.

CAPÍTULO XI

DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

219. *El matrimonio válido no se disuelve sino por muerte de uno de los esposos.*

220. *El matrimonio que puede disolverse, según las leyes del país en que se hubiese celebrado, no se disolverá en la República sino en conformidad al artículo anterior.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 219.—LL. 4, Tít. 8, 2 y 5, Tít. 10, Part. 4ª. —Código de Austria, art. 111—Sardo, art. 144.

oponente, que fué aceptada por ellos, el encargado del registro elevará los antecedentes al juez respectivo.

La aceptación del impedimento y su reconocimiento, no les priva de demostrar lo contrario más tarde, y si fuera de los que desaparecen, bastará presentarse nuevamente, probando que las causas han dejado de existir, para que el matrimonio se celebre; pero la declaración deberá hacerla el juez competente. El oficial no puede resolver dificultad alguna, con relación á la oposición, y sólo por una excepción que consideramos peligrosa, se ha establecido que, *si la oposición no se fundase en alguno de los impedimentos legales, el oficial público, ante quien se deduzca, la rechazará de oficio, levantando acta (art. 30).* pero

(Art. 30.) Es el único caso en que el encargado del registro puede rechazar la oposición y proceder á la celebración del matrimonio. Creo que se confiere una facultad que está fuera de su alcance: él debe recibir las denuncias ú oposiciones en la forma que se hicieren, dar conocimiento á los interesados, y si las rechazan, pasarlas al juez de lo civil; si las aceptan, estará concluido el incidente y no celebrará el matrimonio.

El oficial público es un testigo autorizado de los matrimonios y levanta las actas que la ley le indica; no es juez para decidir si una oposición es bien ó mal hecha. Pero como la ley no dice, si se concede ó no recurso para ante el único juez que debe entender en estos asuntos, del rechazo que haga el oficial público, creo que por prudencia no debe proceder á celebrarlo, hasta que no hubiere pasado un término suficiente para suponer la aceptación; porque si el oponente se hubiere presentado reclamando de la resolución, debe suspenderse el acto. La jurisprudencia llenará este vacío, y aconsejaríamos que se tomaran las precauciones necesarias antes de realizar un acto irre-

221. *Compete al juez eclesiástico conocer de la disolución del matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica, ó con autorización de ella.*

222. *Corresponde al juez civil conocer de la disolución del matrimonio celebrado sin autorización de la Iglesia Católica.*

223. *El fallecimiento presunto del cónyuge ausente ó desaparecido no habilita al otro esposo para contraer nuevo matrimonio. Mientras no se pruebe el fallecimiento del cónyuge ausente ó desaparecido, el matrimonio no se reputa disuelto.*



si la decisión fuese apelada, el encargado del registro, por prudencia, deberá suspender el acto, aunque podrá proceder a celebrarlo.

Notificada la oposición, *si los futuros esposos no reconocieran la existencia del impedimento, deberán expresarlo ante el oficial público dentro de los tres días siguientes a la notificación; este levantará acta y remitirá al juez letrado de lo civil copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados, suspendiendo la celebración del matrimonio (art. 31).*

parable; p. e., si el oponente afirma que los contrayentes son menores de edad y que no han solicitado el consentimiento de sus padres o tutores, diciéndose mayores; este no es un impedimento de los comprendidos en el art. 9, y el encargado podría rechazar la oposición como lo indica el artículo; pero no debe proceder a celebrar el matrimonio, máxime, si suponemos que se presentan las partidas de nacimiento donde consta la afirmación. Debe exigir á los interesados que presenten el consentimiento paterno, ó en caso de rechazo de las causas alegadas, pasar los antecedentes al juez de lo Civil. Nuestro Código ha seguido la opinión de Merlin, rechazada por la generalidad de los autores, aunque Marcadé y Demolombe creen que, cuando la oposición es inaceptable, el oficial público podría rechazarla.

(**Art. 31.**) La oposición deberá serles notificada personalmente y con las formalidades de la ley, para que los futuros esposos puedan rechazarla.

No se contará el día de la notificación y el término debe ser fatal. Si la oficina pública hubiera estado cerrada por cualquier circunstancia, deberán hacer constar su rechazo ante cualquier oficial público. Si pasaren los tres días sin reclamación alguna, se considerará como

CAPÍTULO XII

DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

224. *La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse si no en vida de los dos esposos.*

225. *Compete al juez eclesiástico conocer de la nulidad de los casamientos celebrados ante la Iglesia Católica ó con autorización de ella.*

226. *Corresponde al juez civil conocer de todos los efectos civiles de los matrimonios declarados nulos, ó decretar las medidas provisionarias que fuesen necesarias durante el juicio de nulidad, respecto á las personas y á los bienes de los esposos.*

Traídos los antecedentes de la oposición, *los tribunales civiles* (del domicilio de los esposos) *sustanciarán y decidirán en juicio sumario con citación fiscal la oposición deducida, y remitirán copia legalizada de la sentencia al oficial público (art. 32), para que celebre el matrimonio, ó para que lo deje sin efecto.*

Si la sentencia declarase la existencia del impedimento en que se funda la oposición, no podrá celebrarse el matrimonio; tanto en

si hubieren aceptado la verdad de la oposición, y el matrimonio no se realizará; pero esto no impedirá que vuelvan á solicitar la celebración, cuando el impedimento no fuera de los permanentes, como en los casos de locura, menor edad, etc., en que, cesando la causa, puede celebrarse el matrimonio.

(**Art. 32.**) Las decisiones de los tribunales con relación á la oposición, no harán cosa juzgada, cuando se trate de los impedimentos del art. 9, núms. 4, 5 y 7, que son meramente momentáneos y ocasionales, porque el matrimonio puede contraerse entre las mismas personas una vez que haya desaparecido el impedimento; no así en los casos 1, 2, 3 y 6, que son permanentes, aunque la ley pueda hacerlos desaparecer, en cuyo caso, el matrimonio puede celebrarse. Cuando el impedimento alegado fuera la menor edad ó la locura, deberá intervenir en el juicio de oposición el Ministerio Público. El juicio debe ser sumario y privado, y cuando hubiere denuncia sobre parentesco ilícito, el juez debe, además, ordenar que sea secreto para no comprometer el honor de la familia, del mismo modo que en el caso del art. 24. Cualquier resolución que cause gravamen irreparable, podrá ser apelada para ante el superior. Mientras la ley de procedimientos no determine la forma en que se debe seguir el juicio, se observarán aquellas con el que tenga mayor analogía.

227. *Corresponde exclusivamente al juez civil conocer de la nulidad de los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica.*

228. *Las disposiciones de este Código sobre la nulidad de los actos jurídicos, son extensivas á los matrimonios celebrados sin autorización de la Iglesia Católica.*

229. *Las causas de la nulidad de los matrimonios celebrados ante la Iglesia Católica son extensivas á los que se celebrasen sin autorización de ella, con la sola excepción de necesitar de la asistencia del*





uno como en otro caso, el oficial público anotará al margen del acta de oposición la parte dispositiva de la sentencia (art. 33, 2ª parte). El oficial público no procederá á la celebración del ma-

(Art. 33.) La oposición impide la realización del matrimonio haciendo que el encargado del registro deje constancia y eleve los antecedentes al Juez de lo Civil ¿cuál será el juez competente cuando los futuros esposos tengan diverso domicilio? El art. 17 dice, que el matrimonio puede celebrarse por el encargado del registro del domicilio de cualquiera de los esposos; pero se refiere á los de la misma ciudad, tomando la palabra domicilio por habitación. Se comprende que los futuros cónyuges al presentarse al encargado del registro de su domicilio, han querido determinar por ese hecho el juez á que deberán someterse en cualquiera dificultad que ocurriera. Cuando la sentencia que rechazare la oposición quedase firme, el matrimonio se celebrará sin que obste á que puedan volverse á oponer cualquiera de los otros parientes: por eso hemos dicho que se prestaba á grandes abusos, un derecho que puede ejercerse sin limitación; pero como la ley no lo limita, no es permitido restringirlo so pretexto de suprimir los abusos que trae consigo.

Si la sentencia aceptase la oposición, ya hemos dicho que en ciertos casos no produce cosa juzgada, para impedir el matrimonio una vez que haya cesado la causa. Así es que la anotación hecha por el oficial público en el margen del acta, quedará sin efecto, si algún tiempo después se presentaran con la sentencia del juez levantando la interdicción ó con la constancia de la muerte del cónyuge con quien se encontraba casado uno de los futuros esposos, el oficial público en este último caso, no tendrá por bastante la relación que se le hiciese sobre la causa de la disolución del matrimonio anterior, sino que exigirá la prueba de la nulidad ó del fallecimiento en su caso.

párroco, siempre que el matrimonio hubiese sido bendecido por algún sacerdote de la comunión de los esposos.

230. *Si el matrimonio anulado fuese putativo, es decir, contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá hasta el día de la sentencia que lo anule, todos los efectos del matrimonio válido, no solo en relación á la persona y bienes de los mismos cónyuges, sino también en relación á los hijos. En tal caso, la nulidad sólo tendrá los efectos siguientes:*

1º *En cuanto á los cónyuges, cesarán todos los derechos y obliga-*



rimonio mientras que la sentencia que desestime la oposición no haya pasado en autoridad de cosa juzgada (art. 33, 1ª parte). Si la oposición fuera rechazada, su autor, no siendo un ascendiente á el ministerio público, pagará á los futuros esposos una indemnización prudencialmente fijada por los Tribunales que conozcan de ella (art. 34).

El juez que conoce de la oposición, deberá determinar la indemnización que se debe pagar, teniendo en cuenta la

(Art. 34.) El derecho á oponerse puede dar lugar á abusos que solo tienen su correctivo en las condenaciones que sufran los oponentes. El Cód. Civ. Español de 1889, art. 99, autoriza á demandar los daños y perjuicios (sin excepción alguna) de cualquiera de los oponentes: Freitas, art. 1282 sólo exceptúa al Ministerio Público; el Cód. Fran., art. 179, sólo á los ascendientes, y nuestro Código, siguiendo esta doctrina, supone que ni los ascendientes, ni el Ministerio Público deben ser sospechados de mala fe; sin embargo, hemos opinado que este último no estaría exento de los daños y perjuicios en ciertos casos.

Cuando hubieren sido privados de un beneficio pecuniario, p. e., de una donación ó un legado, el oponente debe satisfacerla y además el daño moral. Cuando la denuncia ú oposición no fuere maliciosa y el juez encontrara que ha habido razón para hacerla, aunque no se hubiere probado debidamente, el pariente que la dedujo no puede estar en peor condición que cualquiera del pueblo que no es responsable por la denuncia, sino en caso de ser maliciosa. Es necesario armonizar este artículo con el siguiente, haciendo responsable solo al oponente en caso de mala fe. ¿El oponente estará obligado á pagar las costas aunque no tuviera mala fe? Creoo que no; porque las leyes de procedimientos autorizan á los jueces para libertar de ellas al que fuere vencido, si no hubo mala fe.

ciones que produce el matrimonio. Exceptúase únicamente la obligación recíproca de prestarse alimentos en caso necesario;

2º *En cuanto á los bienes, los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges; pero antes del fallecimiento de uno de ellos, el otro no tendrá derecho á las ventajas ó beneficios que en el contrato de matrimonio se hubiesen hecho al que de ellos sobreviviese;*

3º *En cuanto á los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, serán considerados como legítimos con los derechos y obligaciones de los hijos de un matrimonio legítimo. En cuanto á los hijos natura-*



calidad de la persona, su posición social, la clase de impedimento alegado, y demás circunstancias necesarias para estimar el daño moral que hayan podido recibir. No creo que el Ministerio público esté completamente exento de pagar los perjuicios, cuando se demostrare mala fe ó temeridad de su parte, porque el dolo debe ser siempre castigado.

Si al oficial público le fuese denunciado alguno de los impedimentos del art. 9, no procederá á celebrar el matrimonio, y *hecha en forma la denuncia, el oficial público la remitirá al juez letrado de lo civil, quien dará vista de ella al Ministerio fiscal; éste, dentro de tres días, deducirá oposición ó manifestará que considera infundada la denuncia (art. 36)*, pudiendo los futuros

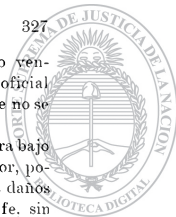
(**Art. 36.**) La denuncia, como la oposición, suspenden la celebración del matrimonio y el oficial público debe levantar el acta como en el caso del art. 31, haciéndola constar y elevando todo al juez correspondiente. El término de tres días dentro de los cuales debe rechazar ó aceptar la denuncia el Ministerio Público, debe ser fatal como en el caso del art. 31 comprendiéndose los días feriados y correrá desde el día siguiente de la notificación.

Si alguno de los futuros esposos fuera menor de edad ó incapaz, como no pueden comparecer en juicio deben ser representados por sus padres, tutores ó curadores y el Ministerio de Menores debe ser parte esencial. Si el Ministerio Fiscal rechazare la denuncia, ¿puede tomarla y formular oposición al Ministerio de Menores? La ley solo confiere ese derecho al fiscal, pero creo que aquel puede seguirlo en determinados casos. Téngase presente que si la denuncia es por falta de consentimiento de los padres, porque se hubieran presentado los futuros cónyuges como mayores, ó por haber falseado la autorización,

les concebidos antes del matrimonio putativo entre el padre y la madre, y nacidos después, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto.

231. *Si hubo buena fe de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio putativo, hasta el día de la sentencia que lo anulare, producirá también los efectos del matrimonio válido, mas solo respecto al esposo*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 230.—L. 1, Tít. 13, Part. 4ª y L. 4, Tít. 6, Lib. 3. R. Zachariæ, § 125. En cuanto á los hijos naturales, en contra: Pothier, *Traité du Mariage*, § 418 y 419, y Cód. de Chile, art. 203.



esposos obtener del juez que la considere tal, por el solo vencimiento del término, sin que se hubiere deducido. El oficial público no procederá á celebrar el matrimonio, hasta que no se haya decidido el incidente sobre la denuncia.

Cuando el padre del menor que desea casarse, estuviera bajo curatela, el curador que desempeña las funciones de tutor, podrá hacer oposición; pero si fuere rechazada, pagará los daños y perjuicios de su propio peculio, en los casos de mala fe. sin que sea bastante para eximirlo el haber procedido á nombre del padre del menor, que está exento de tal pena.

Si el encargado del registro, á pesar de la oposición, celebrare el matrimonio, éste no sería nulo ó anulable por ese solo hecho; el incidente de oposición terminaría, para dar lugar al de nulidad, si el impedimento fuera de los señalados en el artículo 9, núms. 1, 2, 3, 5 y 6; si se refiriese al de los núms. 4 y 7, el matrimonio se anularía á petición de los interesados, en la forma del art. 85.

El oficial público será pasible de las penas estatuidas en los arts. 107 y 108, si hiciere caso omiso de la oposición y celebrase el matrimonio, á no ser en el caso del art. 30.

CAPÍTULO VII

§ 74. — DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Se da tal importancia y es tan esencial á la existencia del matrimonio, que el encargado del registro civil haya unido á á pesar de no estar comprendido en el art. 9, debe suspenderse el matrimonio y pasar los antecedentes al juez respectivo. — Véase artículo 30 y su com.

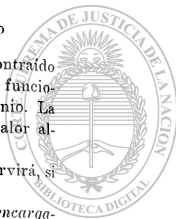
de buena fe y á los hijos, y no respecto al cónyuge de mala fe. La nulidad en este caso, tendrá los efectos siguientes:

1° *El cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos.*

2° *El cónyuge de mala fe no tendrá derecho á ninguna de las ventajas que se le hubiesen hecho en el contrato de matrimonio.*

3° *El cónyuge de mala fe no tendrá patria potestad sobre los hijos.*

232. *Si el matrimonio anulado no fuese putativo, es decir, si fuese*



los futuros esposos en nombre de la ley, que el acto contraído por dos personas de diferente sexo, ante cualquier otro funcionario ó particular, no será considerado como matrimonio. La unión ante un sacerdote católico, p. e., no tendrá valor alguno.

La presencia misma del oficial público de nada servirá, si no los ha unido en nombre de la ley.

El matrimonio debe celebrarse ante el oficial público encargado del registro civil, en su oficina, públicamente, compareciendo personalmente los futuros esposos ó sus apoderados en el caso previsto por el art. 15, en presencia de dos testigos y con las formalidades que la ley prescribe.

Si alguno de los futuros cónyuges, estuviere imposibilitado para concurrir á la oficina, el matrimonio podrá celebrarse en su domicilio (art. 37).

(Art. 37.) Nuestra ley ha decidido una de las cuestiones que dividían á los jurisconsultos, afirmando unos que el matrimonio podía contraerse por poder y negándolo otros; pero no ha legislado los casos que pueden ocurrir fuera de la vida ordinaria y común. No ha señalado p. e., el término por el que el poder debe valer; ni lo que sucedería cuando hubiere sido revocado sin que supiera el apoderado que celebra el matrimonio; ó cuando sabiendo la revocación realizara el acto; ni si puede una mujer representar á un hombre para este caso de manera que sean dos mujeres las que lo celebren.

La ley permite expresamente los matrimonios por poder, pero recomendaremos la mayor circunspección, rehusándolos y dando lugar á una decisión del tribunal, cuando el poder tuviere bastante tiempo para permitir la duda de que haya cambiado de voluntad ó de estado la persona que lo dió. Los presuntos esposos ausentes de su domicilio

contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efectos algunos civiles. Su nulidad tendrá los efectos siguientes:

1° *En cuanto á la persona de los cónyuges, su unión será reputada como un mero concubinato;*

2° *En relación á los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, quedando sin efecto alguno el contrato de matrimonio;*

3° *En cuanto á los hijos, serán considerados como ilegítimos, y en la clase que los pusiera el impedimento que causare la nulidad.*



Si en lugar de la celebración pública, se hiciera privadamente, ó si no concurrieran los testigos, ó faltara cualquiera de las otras formalidades, el matrimonio no se anulará, y se pro-

en la República, ¿podrán dar poder en el extranjero para que se celebre su matrimonio en ella? El artículo autoriza tales actos, desde que el 15 sólo exige la designación de la persona con quien debe contraerse: pero sería extraño que un acto de tal importancia pueda realizarse sin estar presente ninguna de las partes; por esa razón el encargado del registro debe negarse á celebrarlo, y los jueces, supliendo el silencio de la ley, no deberían autorizarlo. El Cód. Civ. Español, que contiene una disposición análoga á la nuestra en el art. 87, exige la presencia del contrayente domiciliado en el lugar donde el juez debe autorizar el casamiento. Puede consultarse á MARCADÉ, I, art. 36. VAZEILLE, I, pág. 68. AUBRY y RAU § 451 bis. DELVINCOURT, I, pág. 68, n° 1. DURANTON, I, n° 287. DUCAUROUX, BONNIER Y ROUSTAING, I, n° 285. DEMANTE I, n° 240, bis I, DEMOLOMBE, III, n° 210. MERLIN, *Rep.* 1^o. *Matrimonio*, Sec. 4, § 1. *Cuestiones* 4. COIN DELISLE, art. 36, n° 5 á 7.

La celebración debe hacerse públicamente ante el encargado del registro, en cualquiera de los domicilios de los futuros esposos y aun fuera de esos domicilios, porque si ha permitido que puedan ausentarse momentáneamente para no someterse á las formalidades impuestas por la ley, y celebrarlo válidamente en cualquiera otra parte, lo podrán hacer en la República ante cualquier encargado de registro.

El oficial público deberá ser el que ha intervenido en las diligencias; pero eso no impedirá que puedan celebrarlo ante otro, desde que presenten los documentos que son necesarios. No creo de importancia esta cuestión, habiéndose suprimido las diligencias previas.

Como lo haremos notar en el art. 84, la ley ha olvidado penar con

233. *Consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que hubiesen tenido ó debido tener, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento que cause la nulidad. No habrá buena fe ni por motivo de ignorancia ó error de derecho ni por motivo de ignorancia ó error de hecho que no sea excusable, á menos que el error fuese ocasionado por dolo.*

234. *El cónyuge de buena fe puede demandar al cónyuge de mala fe y á los terceros que hubiesen provocado el error, por indemnización del perjuicio recibido.*

cederá como lo establece el art. 98; pero el encargado del registro será pasible de pena.

Cuando las diligencias previas existían, habría sido intere-

nulidad el matrimonio contraído ante otro empleado que no sea el encargado del registro, pero debe estar comprendido.

La ley ha facilitado de tal manera la celebración *instantánea* del matrimonio, que bastará á cualquiera de los contrayentes decir que tiene imposibilidad de concurrir á la oficina, para que el oficial público se constituya al domicilio del que se dice impedido; esto establecerá entre nosotros la práctica viciosa, de celebrar el matrimonio de personas de cierta condición social en la casa de cualquiera de ellos.

La supresión de las formalidades ordenadas por la ley no anulará el matrimonio, lo que parecerá raro y extraño; pero se ha facilitado de tal manera y con tanta lijereza que hasta vale el matrimonio *que no se hubiere celebrado!* El art. 98, n° 3, admite demostrar que el matrimonio no inscripto en el registro, ha sido omitido por el oficial público. Esto dará por resultado sancionar y legitimar el concubinato con solo dos testigos. Véase lo que decimos en dicho artículo.

Por mi parte, creo que esos matrimonios no pueden ser válidos, desde que no hay constancia escrita de que se hayan celebrado, y la jurisprudencia se encargará de llenar este grave error, exigiendo los jueces tales pruebas que hagan difícil la demostración de lo que no ha existido. La prueba testimonial se ha proscrito de todo contrato que pase de 200 pesos, y ¿se admitiría para demostrar el matrimonio que no ha sido realizado, ó que habiéndolo verificado no se hubiera registrado? Así es que la omisión de los testigos, ó la falta de autorización del oficial público, etc., que anulan cualquier otro acto, no anulan el matrimonio, quedando este contrato en una posición verdaderamente rara y singular.

235. *En todos los casos de los artículos precedentes, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros, que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges.*

CAPITULO XIII

DE LAS SEGUNDAS Ó ULTERIORES NUPCIAS

236. *La viuda no podrá casarse hasta pasados trescientos días de disuelto ó anulado el matrimonio. Si quedase en cinta podrá solo ha-*





sante estudiar, si el matrimonio podría celebrarse por otro oficial público que el que intervino en ellas; pero estando reducidas al presente á las declaraciones de los futuros cónyuges, y á la presencia de dos testigos, queda en condiciones de que pueda celebrarlo cualquier encargado del registro. No será, pues, causa de nulidad si lo hubiera celebrado el de otro domicilio, pero si no tuviera ese carácter no tendrá valor alguno.

El Cód. Civ. Alemán, art. 1317, dice: que los futuros esposos deben comparecer personal y *simultáneamente* ante el oficial del estado civil y declarar su voluntad de unirse por el matrimonio, y el oficial del estado civil debe estar dispuesto á recibir esta declaración, dando así por concluido el matrimonio, y agrega el art. 1319: concluido el matrimonio, el oficial del estado civil pregunta separada y sucesivamente á cada uno de los novios, en presencia de dos testigos, si quieren unirse en matrimonio, y cuando han respondido afirmativamente, pronuncia que en virtud de la ley quedan en adelante unidos como legítimos esposos.

Según este Código, solo la voluntad de las partes manifestada ante el oficial público que la recibe, basta para que el matrimonio se considere celebrado. El oficial público viene á ser un testigo del acto.

Nuestro Código nada dice, cuando el oficial público, sin serlo, ejerce públicamente sus funciones, y en ese caso, el art. 1319, Cód. Civ. Alemán establece, que será reputado tal, á menos que los futuros esposos supieran que no era tal oficial público.—En nuestro derecho no puede aceptarse tal doctrina, porque la ley guarda silencio, y aunque es justo que los esposos no sean defraudados, cuando lo han celebrado de buena fe, no podemos considerarlo como un oficial público, desde que no tiene semejante carácter. Convendría, no obstante, que cuando la ley se reforme, se agregara una disposición análoga.

cerlo después del alumbramiento. Si antes de este tiempo contrajere matrimonio, pierde los legados y cualquier otra liberalidad ó beneficio que el primer marido le hubiese hecho en su testamento.

237. *El viudo ó viuda que teniendo hijos del precedente matrimonio, pase á ulteriores nupcias, está obligado á reservar á los hijos del*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 236.—Cód. Sardo, art. 145.—Cód. de Austria, arts. 120 y 121.—Cód. Francés, art. 228 y Cód. de Holanda, art. 91. En contra: L. 4, Tít. 2, Lib. 10, Nov. Rec., que revocó la L. 3, Tít. 12. Part. 4ª. En la Iglesia griega sólo se permiten tres matrimonios.



El encargado del registro, puede no tener las condiciones exigidas por la ley, como si no fuera abogado ó escribano; pero esto no invalidará el acto; del mismo modo puede estar suspendido ó destituido, y celebrará válidamente el matrimonio hasta que se le hubiere notificado la suspensión, arts. 981 á 983.

Si el matrimonio se celebra en la oficina, deberán concurrir dos testigos, y cuatro si se celebra en el domicilio de alguno de los cónyuges (art. 38). Si ambos contrayentes se encontrasen ausentes del lugar, el matrimonio podrá celebrarse por medio de apoderados, siempre que uno de los futuros esposos, domiciliados en el lugar donde se realiza, estuviera presente. La ley ha debido exigir, por lo menos, esta condición, porque sería raro un matrimonio en que ninguno de los cónyuges estuviera presente.

En el acto de la celebración del matrimonio el oficial público dará lectura á los futuros esposos, de los arts. 50, 51 y 53 de esta

(**Art. 38.**) Los testigos de que habla el art. 19, n° 3, que deben declarar sobre la identidad é idoneidad de los futuros esposos son los mismos del matrimonio y deben tener todas las condiciones requeridas para las demás escrituras públicas; así es que no podrán ser los parientes dentro del 4° grado del oficial público, ni encontrarse en ninguno de los casos determinados en el art. 990. Recuérdese que el acto autorizado por el encargado del registro es una escritura pública y debe llenarse en cuanto á su forma lo exigido para esta.

El art. 1318 § 2 C. Civ. Alemán, no admite como testigos del matrimonio á los parientes consanguíneos ni afines de los esposos, ni del oficial público. Por nuestro código, no hay tal prohibición; pero como se trata de un instrumento público, debemos atenernos al art. 990.

primer matrimonio, ó á sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes que por testamento ó abintestato hubiese heredado de alguno de ellos, conservando sólo durante su vida el usufructo de dichos bienes.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 237.—L. 7, Tít. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 26, Tít. 13. Part. 5°.—L. 3 y siguientes, Tít. 9, Lib. 5 Cód. Rom.—Cód. Sardo. arts. 146 y 147. En contra: todos los otros Códigos modernos. Las leyes declaraban reservables, á más de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio, todos los demás que hubiese adquirido de su difunto consorte por testa-



ley, recibirá de cada uno de ellos personalmente, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio (art. 39, 1ª parte).

Habiéndose separado nuestro Código del sistema que exige la comparecencia personal de los contrayentes, pues, tratándose del acto más transcendental de la vida, las partes deben encontrarse en aptitud de arrepentirse hasta el último momento, hemos exigido que por lo menos una de ellas esté presente. Algunas de las formalidades que el oficial público hubiere suprimido, no anularán el acto; como si no hiciere la lectura orde-

(Art. 39.) Cada una de estas formalidades debieran llenarse so pena de nulidad, como sucede en todos los códigos. Una escritura pública no es tal, sino se han cumplido las formalidades esenciales. La falta de firma de los contrayentes ¿no dejaría acaso sin el efecto el acto que se quiere probar? Por mi parte creo que se ha cometido un grandísimo error (que debe tratarse de reparar) al autorizar la prueba del matrimonio, de cualquiera manera, haciendo válida una escritura incompleta en su parte sustancial. Todos están obligados á conocer la ley y nadie debe considerarse legítimamente casado sin haber firmado un acta en que así conste. Una vez celebrado el matrimonio civil, si naciere divergencia entre ambos esposos, para consagrarlo por los ministros del culto de alguno de ellos, lo que por otra parte, será en extremo raro, queda concluido el acto, y el marido puede demandar las medidas necesarias, para que la mujer se restituya al hogar, si lo abandonaré.

El encargado del registro debe ser un testigo autorizado, y bastaría que en su presencia se recibieran por esposos para que se considerase válido el matrimonio. Así lo enseña el Cód. Civil Alemán, art. 1317.

238. *Cesa la obligación de la reserva, si al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos de ellos, aun cuando existan sus herederos.*

239. *La viuda que teniendo bajo su potestad hijos menores de edad contrajere segundo matrimonio, debe pedir al juez que les nombre tu-*

mento, donación á otro cualquier título lucrativo. El artículo limita la reserva á solo los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 238. —L. 3, Tit. 9, Lib. 5, Cód. Rom.



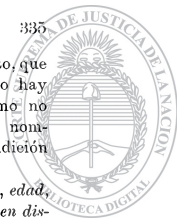
nada, ó no recibiera la declaración simultánea; pero el acto sería nulo, si el oficial público no hubiera recibido personalmente la declaración, ó no los hubiere unido en matrimonio, sino otro de sus dependientes ó particulares; aunque después haya firmado como si realmente hubiera realizado el acto. Esto es lo que resulta de la ley, aunque la verdadera doctrina enseña lo contrario; pues no debería ser esencial la declaración de unirlos en nombre de la ley.

El oficial público no podrá oponerse á que los esposos, después de prestar su consentimiento ante él, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto (art. 39, 2ª parte), ni podrá poner dificultades para la celebración del matrimonio, cuando lo hubieran celebrado ante el ministro ó sacerdote de su religión, contra la prohibición del art. 110, pues que dicho acto no tiene valor legal. El sacerdote será pasible de la pena señalada en el art. 147, Cód. Penal.

Si de las diligencias previas resultara, á juicio del oficial público encargado del registro civil, que los futuros esposos son hábiles para casarse, se procederá inmediatamente á la celebración del matrimonio, de modo que todo conste en una sola acta en la que se consignará además (art. 40): 1º, la declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y la hecha por el oficial público, de que quedan unidos en nombre de la ley (art. 40, nº 1). Estas

(Art. 40, nº 1.) Recuérdese que las diligencias previas han quedado reducidas á la declaración de los futuros esposos, y solo por excepción en los dos casos del art. 19 (nulidad de otro matrimonio y consentimiento para contraerlo) puede hacer que no se realice en el mismo acto. El caso ordinario y general es que se celebre inmediata-

tor. Si no lo hiciere, es responsable con todos sus bienes de los perjuicios que resultaren en adelante á los intereses de sus hijos. La misma obligación y responsabilidad tiene el marido de ella,



dos condiciones son tan esenciales para la validez del acto, que si no se hubieren realizado, el matrimonio sería nulo. No hay matrimonio sin la expresión del consentimiento; así como no existe unión sin la declaración del oficial público que, á nombre de la ley, los declara unidos, aunque esta última condición no debería considerarse como esencial.

En cuanto á consignar en el acta *el nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio de los testigos del acto, si fuesen distintos de los que declarararan sobre la habilidad de los contrayentes (art. 40, n° 3)*, no lo consideramos esencial, y su omisión

mente sin que haya necesidad de probar cosa alguna; ni la fe de bautismo, ni el acta de matrimonio de los padres, ni circunstancia alguna que pruebe al encargado del registro, que las personas son tales como se llaman; basta que dos testigos afirmen la identidad y habilidad de los futuros esposos para que el acto más grave de la vida humana ligando á dos seres de diferente sexo hasta la muerte, se realice válidamente; mientras que la compra ó venta de la más insignificante propiedad raíz necesita mayores cauciones y seguridades.

Los contrayentes se dicen mayores de edad y se presentan con dos testigos, que así lo afirman, y el encargado del registro celebra inmediatamente el matrimonio uniéndolos para toda la vida! Es ni más ni menos que la forma usada en las leyes de partida para tomar concubinas! La ley determina las circunstancias que debe probar el acta del matrimonio; pero se olvida imponer pena de nulidad cuando faltaren aquellas que se consideran esenciales, como la presencia de los dos testigos, por ejemplo, ó la determinación del poder cuando el matrimonio fuera por apoderado.

La supresión de la declaración de los contrayentes y de que se toman por esposos, ó la del oficial público, que los une en nombre de la ley, unularían el acto. El Cód. Civ. Alemán 1318, declara que no es sustancial esta formalidad, pues basta la declaración de los esposos para que se considere concluido el matrimonio.

(**Art. 40, n° 3.**) El objeto es demostrar la identidad de los testigos; pero si por cualquiera causa no se consignaren esos datos no se anulará la escritura, lo contrario sucede en los testamentos. Se encontrará en uno de los casos previstos por el art. 98, n° 2, cuando el registro se hubiera llevado con irregularidad, en que es permitido cualquier medio de prueba para hacerla desaparecer.



no causará la nulidad del acto; bastará que sus firmas aparezcan suscribiendo el acta; pero si no hubiera testigos, el matrimonio puede demostrarse valiéndose de cualquier medio de prueba, arts. 97 y 98.

Se hará la mención del poder, con determinación de la fecha, lugar y escribano ú oficial público ante quien se hubiese otorgado, en caso que el matrimonio se celebre por medio de apoderado, cuyo instrumento habilitante se archivará en la oficina (art. 40, n.º 4); pero cualquier dato que se suprimiera ó se consignara equivocadamente, no anulará el matrimonio, siempre que se pueda demostrar la verdad de lo sucedido.

El acta de matrimonio puede contener, el reconocimiento que los contrayentes hicieron de los hijos naturales, si los tuvieron, que legitimen por su matrimonio (art. 40, n.º 2).

Si de las diligencias previas no resultara probada la habilidad de los contrayentes, ó si se dedujese oposición ó se hiciese denuncia, el oficial público suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad, se rechace la oposición ó se desestime la denuncia, haciéndolo constar, en acta de que dará

(**Art. 40, n.º 4.**) La falta de mención del poder como documento habilitante anula la escritura pública, pero en mi opinión no anularía el matrimonio, siempre que pudiera hacerse constar que ha existido en el momento de celebrarlo. La razón de esta diferencia la encontramos en que la ley ha querido favorecer la validez del matrimonio de tal manera, que ha llegado hasta autorizar prueba por testigos cuando no hay constancia en el registro! La falta de mención del documento habilitante ó la de no haberlo archivado en la oficina, siempre que se pruebe su existencia, no anulará el acto; pero será nulo si no hubiere poder ó si este fuere insuficiente, como en el caso de haberlo dado por cartas, á menos de haberlo consumado en que se consideraría válido por la ratificación.

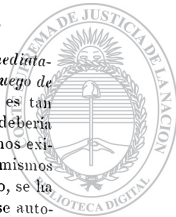
(**Art. 40, n.º 2.**) Si el reconocimiento se hiciera en una acta que fuera nula por falta de las firmas de los interesados, por ejemplo ¿surtiría todos sus efectos respecto de los hijos reconocidos? Creo que no, desde que no hay escritura, por haberse declarado nula, no existe en realidad el reconocimiento; si este es irrevocable, según los términos del art. 332, es porque se ha hecho en una escritura pública válida con las formalidades que le dan fuerza de tal.



copia á los interesados, si la pidieran, para que puedan ocurrir al juez letrado de lo civil (art. 41); en este caso, ó como dice la ley, en el caso del artículo anterior, el acta de la celebración del matrimonio se hará por separado de las diligencias previas, y se hará constar: 1º, la fecha en que el acto tiene lugar; 2º, el nombre y apellido, edad, profesión, domicilio y lugar del nacimiento de los comparecientes; 3º, el nombre y apellido, profesión, domicilio y nacionalidad de sus respectivos padres, si fueran conocidos; 4º, el nombre y apellido del cónyuge premuerto, cuando alguno de los cónyuges ha sido ya casado; 5º, consentimiento de los padres, tutores ó curadores, ó el supletorio del juez en los casos en que es requerido; 6º, la mención de si hubo ó no oposición y de su rechazo; 7º, la declaración de los contrayentes de que se toman por esposos y la hecha por el oficial público de que quedan unidos en nombre de la ley; 8º, el reconocimiento que los contrayentes hicieran de los hijos naturales, si los tuviesen, que legitimen por su matrimonio; 9º, el nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio de los testigos; 10º, la mención del poder, con determinación de la fecha, lugar y escribano ó oficial público ante quien se hubiese otorgado en caso que el matrimonio se celebre por medio de apoderado, cuyo instrumento habilitante se archivará en la oficina (art. 42, n° 10).

(Art. 41.) Como se habrá notado, todo este capítulo se refiere á las diligencias previas, que existían cuando se hacía la publicación de los bandos y que inconsultamente se han suprimido. No es probable que los interesados presenten testigos que no afirmen su capacidad y habilidad, así es que por esta parte será rarísimo el caso en que el acto deba suspenderse; tan raro, como el de oposición por los parientes que no sean los padres y menos aún por el Ministerio Público. En general y dado el sistema adoptado, nadie conocerá el matrimonio sino cuando se haya celebrado; todo concurre á esta especie de clandestinidad.

(Art. 42.) Hay condiciones que son esenciales para la validez del acto, y otras meramente accidentales, que no lo afectan; así, p. e., los nombres de los contrayentes, la declaración de que se toman por esposos, que son esenciales y sin las cuales no tiene valor la escritura. En efecto: ¿cómo valdría un acto que no contuviera el nombre de las



El acta de matrimonio será redactada y firmada inmediatamente por todos los que intercienden en él ó por otros á ruego de los que no pudieren ó no supieren hacerlo (art. 43), y es tan sustancial esta formalidad, que de no llenarla, el acto se debería considerar como si no hubiera tenido lugar, ó por lo menos exigir para la prueba de su existencia la declaración de los mismos testigos que lo presenciaron. En el sistema del código, se ha facilitado de tal manera la prueba del matrimonio, que se autoriza á demostrar su existencia aunque no conste en el registro.

Así como el consentimiento que prestan los esposos no puede estar sometido á término ni condición alguna, la expresión de este consentimiento, que se traduce en la *declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos, no puede someterse á término ni á condición alguna (art. 44)*, y de cualquiera manera que se hubiere prestado, el acto será irrevocable.

personas que se casan? Por el contrario, la edad, profesión, domicilio, etc., de los contrayentes ó de sus padres ó testigos que se exigen como medios de probar la identidad de las personas, son solo circunstancias accidentales que no anulan la escritura, como si no se hubiera hecho mención del consentimiento paterno, en todos estos casos el matrimonio será válido. Hay una deficiencia en la ley, que debe corregirse en el porvenir.

(**Art. 43.**) Esta es otra de las condiciones que deberán considerarse como esenciales. Si celebrado el matrimonio no se hubiere extendido acta alguna, no debiera considerarse como válido, pero el art. 98, n° 3, autoriza á rehacer dicha acta, y por consiguiente no hay formalidad esencial que no caiga bajo esta especie de revalidación posterior, tan extraña como singular.

Firmar *inmediatamente* el acta levantada ó hacerlo dos meses después, no ataca su validez, según nuestra ley. Todas estas formalidades pierden su importancia, desde que pueden demostrarse por cualquier género de prueba.

(**Art. 44.**) Se refiere á la manera de expresar el consentimiento: así, de cualquier modo que manifestaran la voluntad de tomarse por esposos, el acto quedaría concluido, como lo expresa el art. 43. En cuanto á la condición ó reserva que uno de los contrayentes puede hacer, como si la mujer pusiera por condición de que la unión se haría



Quando existían diligencias previas, que necesariamente debían preceder al matrimonio, como las publicaciones, se ordenaba que, *el oficial público procederá á la celebración del matrimonio con prescindencia de todas ó de algunas de las formalidades que deben precederle, cuando se justifique con el certificado de un médico, y donde este no existiere, con el testimonio de dos vecinos, que alguno de los futuros esposos se encuentra en peligro de muerte, y que manifestasen que quieren reconocer hijos naturales.* haciéndolo constar en el acta (art. 46, 1.^a parte). Ahora esa autorización

bendecir por la Iglesia, la inejecución de esa promesa en nada afectará la validez del acto.—Comp. AUBRY y RAU, § 451, *bis* nota 6.

¿Podría dar causa (el no cumplimiento) á pedir el divorcio? Por nuestra ley, no, porque no se reconocen otras causas que las del art. 67.

(Art. 46.) Este artículo viene á demostrar que la supresión de los bandos y demás formalidades, han alterado casi toda la economía de la ley. ¿De qué formalidades prescindirá el oficial público, ni qué justificativos necesita para celebrar inmediatamente el matrimonio? La única que puede detenerlo, es la falta de consentimiento paterno, y esa misma no es esencial, como lo hemos visto.

Este artículo está demás en su primera parte; sólo la segunda conserva importancia, por cuanto autoriza á cualquier *funcionario del orden judicial* para levantar el acta de la celebración. El término demasiado vago de funcionario judicial nos llevará á aceptar que puede hacerlo cualquiera que ejerza *jurisdicción*, por limitada que sea. Podrán levantar el acta, el teniente alcalde, el juez de paz, un juez de 1.^a instancia de cualquier clase, como un miembro del Superior Tribunal de Justicia. Aunque los secretarios y demás empleados sean funcionarios judiciales en la extensión que se dá á la palabra; sin embargo, no se refiere á ellos. Los funcionarios judiciales sólo pueden levantar el acta en artículo de muerte, estando autorizados para hacerlo en una foja volante. ¿A cuántos peligros no dará lugar una autorización semejante? Es cierto que la ley prohíbe la sucesión del cónyuge, si muere de la misma enfermedad dentro de los treinta días, pero queda subsistente el reconocimiento de los hijos.

¿Dentro de qué tiempo debe presentarse dicha acta? Esta es una de las graves omisiones que pondrán en serias dificultades á los encargados del registro. Supóngase que se presenta el acta después que el enfermo in extremis y el funcionario judicial que figuran en ella, como



es inútil, desde que puede celebrarse el matrimonio inmediatamente; lo único que tiene importancia, es que, *cuando hubiere peligro en la demora, el matrimonio, en artículo de muerte, podrá celebrarse ante cualquier funcionario judicial, el cual deberá levantar acta de la celebración haciendo constar las circunstancias mencionadas en los incisos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 y 10 del art. 42, y la remitirá al oficial público encargado del registro civil para que la protocolice (art. 46, 2.ª parte); y en este caso, el acta de la celebración del matrimonio será publicada durante ocho días por medio de avisos fijados en las puertas de la oficina (art. 47), y si hubiese oposición, ó se negase la verdad del hecho, ó la*

celebrando el matrimonio, hubieran fallecido, ¿deberá protocolizarla el encargado del registro? Creo que no, pues será necesario que el juez después del exámen de las firmas, la mandase hacer.

El Cód. Civ. Español, art. 93, inc. 2, da á semejante matrimonio el carácter de condicional, hasta que no se pruebe la soltura y libertad anterior de los contrayentes, y aunque nuestra ley no exige diligencias previas, debería siempre demostrarse (después de celebrado) por dos testigos, la identidad y habilidad de los contrayentes, como lo exige el art. 29, n.º 3. Sería de suma importancia fijar un plazo para la protocolización del acta, y los tribunales deben ser sumamente prudentes antes de ordenarla, si pasara algún tiempo después de fallecido el que contrajo el matrimonio *in artículo mortis*.

Nada se dice respecto de los matrimonios de militares en campaña, y creo que serán válidos los que se celebraran *in artículo mortis*, siempre que constare en los libros del Estado Mayor.

(Art. 47.) Para la publicación de estas actas no debieran bastar los avisos fijados en la oficina del registro civil, sino crearse una oficina central donde se encontrasen reunidas todas estas publicaciones. ¿Quién recorrerá las secciones en busca de publicaciones para hacer oposición?

Los interesados pueden atacar cualquier acta del registro civil, por las causas especiales que se han enunciado. No se ha determinado la manera de proceder, y corresponde á la ley de procedimientos el llenar el vacío. ¿Qué clase de juicio se seguirá? No debe ser sumario, porque pudiendo alegarse prueba sobre la falsedad de los hechos, sólo el procedimiento de los juicios ordinarios permitirá la demostración.

validez del acto, suspenderá la protocolización, remitiendo todos los antecedentes al juez de lo civil, quien decidirá en juicio contradictorio, si la debe ó no protocolar.

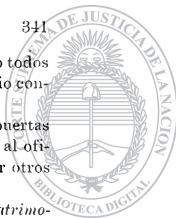
No considero bastante la publicación del acta en las puertas de la oficina, y creo peligrosa la facultad que se dá al oficial público de protocolizar las diligencias practicadas por otros funcionarios, sin formalidades previas.

Todas las actuaciones relativas á la celebración del matrimonio con excepción de lo que disponen los arts. 32 y 36, en lo que se refiere á sustanciar y decidir la oposición, se seguirán ante el oficial público y serán extendidas en libros encuadernados y foliados, sin perjuicio de otras formalidades que establezcan las leyes del Registro Civil (art. 48), y una vez celebrado el matrimonio, el Jefe de la Oficina del Registro Civil, entregará á los esposos copia legalizada del acta de matrimonio (art. 45); dicha copia se expe-

(Art. 48.) Las actas de los matrimonios y todas las diligencias que sean relativas á la celebración, deben constar en los registros, así como las de oposición y de denuncia que impidieren la realización del acto; de todo esto se debe dar copia á los interesados para que sigan el juicio sumario ante el juez de lo civil. Si los libros no estuvieran encuadernados y foliados, ó las actas contuvieran raspaduras ó enmiendas en parte sustancial? Todas estas causas esenciales de nulidad no han sido previstas en la ley, ó más bien dicho, el art. 98, nº 2, las salva admitiendo toda especie de prueba para hacer desaparecer esos defectos capitales. Es un grave error; porque si la ley protege la validez del matrimonio, no debe autorizar que se confunda con el concubinato, dando tantas facilidades para que se demuestre lo que no ha existido. ¿Quién no se creará autorizado para demostrar que ha sido casado, cuando le bastará presentar dos testigos?

¿A cuántos fraudes no se presta una disposición semejante? La organización de la familia legítima, con todas sus consecuencias de parentesco y de herencia, quedan librados á la buena voluntad de dos testigos!

(Art. 45.) Si el encargado del registro entregase copia de una acta que no se hubiera extendido? Esa copia no valdría y estaría en uno de los casos del art. 98, nº 3, sirviendo para rehacer la partida omitida; lo mismo sucedería si la partida se hubiera extendido en una foja volante, y se entregara el original á los esposos; podrían en cualquier tiempo pedir su inscripción con todas las formalidades legales.



dirá en papel común, y tanto esta copia como todas las actuaciones para las que no se exigirá papel sellado, serán gratuitas, sin que funcionário alguno pueda cobrar emolumentos (art. 49).

§ 75.—DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS POR ARGENTINOS EN PAÍS
EXTRANJERO

Nuestra ley, separándose de sus modelos, no ha reglado el matrimonio que los argentinos celebren en el extranjero, dejándolo á la legislación exclusiva del lugar en que lo realizan; y, sin embargo, nadie puede desconocer que si el matrimonio se hubiere celebrado con arreglo á nuestras leyes sería válido, aunque no fuera conforme con las de la nación en que se realizó.

Los militares que se encontraran en país extranjero sirviendo en el ejército de la República, podrían celebrar el matrimonio en casos extremos ante los jefes del Estado Mayor de ese ejército, y se remitiría copia del acto al juez de lo civil del domicilio de uno de los cónyuges para su protocolización, ó podría hacerse en foja volante, como lo autoriza el art. 46, y remitirla con el mismo objeto.

Los militares necesitan siempre licencia del Estado Mayor para celebrar el matrimonio, pues, se exponen á las penas disciplinarias del caso, pero la falta de esa formalidad en nada afecta la validez del acto.

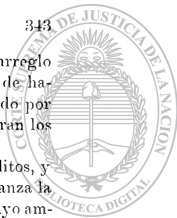
Cuando los futuros esposos son argentinos, domiciliados en la República, deberían estar autorizados á contraer matrimonio

(**Art. 49.**) La copia del acta hace plena fe en juicio y fuera de él como un instrumento público, y por consiguiente, debe ser autorizada por el mismo oficial público; no tendrá valor, si lo fuera por cualquiera de los otros empleados de la oficina.

¿Qué sucederá cuando la copia sea diferente del original? Se deberá dar valor á este; pero si estuviese enmendado en parte principal, los jueces determinarán después de las investigaciones del caso, cuál de ellas debe merecer fe, siendo una cuestión de hecho.

Si el registro se perdiere, ó fuere destruido en parte sustancial, los interesados pueden pedir, y el juez ordenar, que se protocolice la copia, si no estuviere alterada ó corregida en parte principal, como sucede para las demás escrituras públicas.





en el extranjero ante los agentes diplomáticos de ella con arreglo á nuestras leyes; como sucede con la facultad de testar, ó de hacer constar el nacimiento; pero nuestra ley ha abandonado por completo á la jurisdicción de la nación en que se encuentran los argentinos, el determinar las formalidades del acto.

Las naciones siguen con solicitud y cariño á sus súbditos, y en cualquier parte donde se domiciliasen, no sólo les alcanza la protección que les deben, sino también las leyes bajo cuyo amparo celebraron los actos jurídicos, y que sólo han dejado de regirlos cuando son incompatibles con la soberanía de la nación á donde han trasladado su nuevo domicilio.

Así, un matrimonio de individuos domiciliados en la Argentina, celebrado en el extranjero, será válido si lo hubiera sido con arreglo á la ley argentina, aunque no fuera conforme á las leyes del país en que tuvo efecto.

El matrimonio entre franceses, p. e., celebrado en la Argentina no será nulo por falta de publicación de los bandos, pero será necesario hacer la publicación en Francia.

Debemos, pues, hacer notar el error cometido al suprimir las publicaciones, haciendo del matrimonio un contrato vulgar, cuando es el único que liga á los contrayentes durante toda su vida.

CAPÍTULO VIII

EFFECTOS DEL MATRIMONIO CON RELACION Á LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESPOSOS

§ 76.—DE LOS DERECHOS Y DEBERES COMUNES Á LOS ESPOSOS

Los esposos están obligados á guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro á proceder del mismo modo. El que faltare á esta obligación puede ser demandado por el otro por acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal (art. 50).

(**Art. 50.**) Es el art. 184 del Código, con el cambio de algunas palabras en la redacción, que no afectan el sentido del artículo. La fidelidad en el matrimonio es la base en que descansa esta institución



Deben vivir en común y bajo el mismo techo, estando obligados á prestarse alimentos aún en el caso de divorcio, y cualquiera que sea el culpable, si alguno de ellos los necesitase y no pudiera adquirirlos.

Puede suceder que estando separados de bienes, continúen haciendo vida marital, y en ese caso cada uno debe contribuir á los gastos de la vida común, y en la proporción de sus bienes, á los alimentos y educación de los hijos comunes.

Cuando estuvieren separados de común acuerdo y uno de los esposos se hubiera obligado á dar al otro una pensión alimenticia; puede rehusarse á cumplirla si ofreciese restablecer la vida común; el otro tendrá derecho para hacer decretar el divorcio si tuviere causa legítima y obtener judicialmente la pensión.

En cuanto á la mujer, no puede celebrar contrato alguno sin autorización del marido, con excepción de los correspondientes á la administración del bien que se hubiere reservado en el contrato nupcial; pero respecto de las acciones que pueda ejercer por falta de autorización, *la mujer, el marido y los herederos de ambos, son los únicos que pueden reclamar la nulidad de los actos y obligaciones de la mujer por falta de licencia del ma-*

social; y en lo que respecta á la mujer, es tan esencial, que el matrimonio no se puede concebir sin esa fidelidad. Las costumbres sociales han rodeado á la mujer de una gran responsabilidad, que no puede equipararse con la del hombre, por la clase de educación que los pueblos civilizados le dan; por la perturbación que ella produciría introduciendo la incertidumbre respecto á la legitimidad de los hijos, y porque ella es la piedra angular sobre que descansa la familia, y se puede decir con verdad, que una mujer infiel destruye el hogar, mientras que el marido solo puede traer perturbaciones más ó menos profundas.

Debe tenerse presente que el adulterio del hombre no es penado, sino cuando tiene manceba en su casa ó fuera de ella; de manera que sólo en este caso la mujer tendrá acción criminal contra el marido (art. 122, Cód. Pen.), pero siempre tiene la acción civil para demandar el divorcio. La acción es personal, y sólo corresponde al marido ó á la mujer.—Véase FREITAS, art. 1304. CÓD. FRANCÉS, art. 212, y DEMOLOMBE, IV, n° 82.



§ 77. — DE LOS DERECHOS Y DEBERES PARTICULARES DE CADA UNO
DE LOS ESPOSOS

El marido está obligado á vivir en una misma casa con su mujer, á prestarle todos los recursos que le fueren necesarios y á

los casos en que ni el marido ni la mujer hubieren reclamado, sus herederos pueden hacerlo; pero fallecido el marido, los herederos de este no pueden impedir que la mujer confirme el acto en la parte que le corresponde, respondiendo con sus propios bienes.

El derecho de reclamar los actos verificados por la mujer no autorizada, no pasa á sus co-interesados, como sería en una obligación solidaria ó en una fianza: los co-deudores ó co-fiadores no pueden alegar la nulidad de la obligación ni prevalerse de ella, cuando fuere declarada.

Si la mujer hubiera ocultado su capacidad diciéndose soltera, no obstaría para hacer anular el acto, aunque hemos manifestado en nuestro *Tratado de Contratos*, que hay casos en que debiera castigarse el dolo, dando también facultad para anular el acto, al que ha sido engañado.

Si la mujer falleciere viviendo el marido ¿qué derechos tienen los herederos de esta? Si la obligación está confirmada por el marido, ninguno; pero si no lo está ¿pueden impedir que la confirme en la parte que á ella se refiere? La cuestión es dudosa; pero como ha desaparecido la razón que hacía guardar silencio á la mujer ante la autoridad de su marido, nos decidimos por acordar á los herederos un derecho que ella no habría podido ejercer. Se trata, p. e., de la venta de una casa de la mujer hecha por esta, sin la vénia del marido, cuyo valor hubiera duplicado; los herederos han adquirido el derecho de pedir la nulidad por falta de autorización, tomando la parte que les corresponde; el marido puede ratificar esa venta; pero sólo en lo que se relaciona con su propio interés; no puede renunciar lo que es ajeno. Algunos han confundido en este caso la obligación *cumplida* con la *ratificada*. Se trata aquí de obligaciones cumplidas, porque si no lo estuvieren no se cumplen, y se opone la excepción correspondiente, cuando el otro contratante exija su cumplimiento. ¿Pueden los acreedores del marido concursado deducir la nulidad de los actos verificados por la mujer sin su consentimiento? La disposición general del art. 964 parece comprender el caso; pero este artículo es una excepción expresa y por eso dice: que solo el marido, la mujer y los here-

ejercer todos los actos y acciones que á ella correspondan, haciendo los gastos judiciales necesarios, aun en el caso de que fuese acusada criminalmente (art. 51, 1ª parte). El marido debe, pues, protección á su mujer, así como ésta le debe obediencia.

deros de ambos son los *únicos* que pueden ejercer ese derecho, resolviendo la cuestión por la negativa. En contra del artículo: DURANTON, II, n° 511 y sig. TOULLIER, II, n° 661 y VII, n° 766. DEMANTE, I, n° 308, *bis*. AUBRY Y RAU, § 472, n° 7, nota 102. MARCADÉ, al artículo 225. VAZEILLE, II, n° 384. DEMOLOMBE, IV, n° 341 y sig. ZACHARIE § 472, nota 58. Comp. arts. 515, n° 2, 1048, 1059, 1164, 1166, 3122, 3329 y 4031.—Véase nuestra INSTITUTA, nota 34.—FREITAS, art. 1036, n° 2, últ.

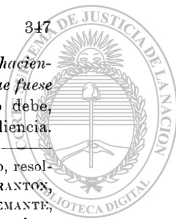
(**Art. 51.**) La obligación de habitar en la misma casa no debe entenderse por la materialidad de estar con la mujer, porque puede vivir ausente durante años, según la clase de asuntos, negándose con razón, á exponer á su familia á los peligros ó privaciones á que pudiera estar sujeto. Queda al criterio del marido, así como á la naturaleza de los negocios á que se entregue, el estar más ó menos tiempo ausente de su mujer y de sus hijos, sin que importe faltar á esta obligación. Será una cuestión de hecho que los jueces determinarán, en los casos de divorcio, la de averiguar cuándo la ausencia importará un abandono, ó cuándo se podrá reputar que ha faltado á este deber. Un marido que, atendiendo á las necesidades de su familia, está ausente durante años, puede dar lugar á una reclamación por parte de la mujer, porque los deberes no se relacionan sólo con las necesidades materiales de la vida, sino también con la dirección moral, y aunque la mujer, por pudor, no debe reclamar el *débito* conyugal, porque sería impropio de su sexo, sin embargo, es uno de los fines del matrimonio.

El marido es el administrador de todos los bienes, con excepción de aquel que la mujer se hubiere reservado, ó de los que le hubieren

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 58.—El contrato hecho por la esposa y no autorizado por el marido, no obliga ni los bienes de la sociedad conyugal, ni los del marido, ni aun los propios de la mujer, si el marido pidiese la nulidad del acto.—Jur. Civ., I, 203, Sér. 1ª.

La nulidad de los actos de la esposa por falta de *venia* marital, sólo puede ser reclamada por los expresamente determinados en la ley; los acreedores ó el Síndico del concurso carecen de personería.—Civ., II, 428, Sér. 5ª.

El derecho de alegar la nulidad en una donación hecha por una señora que se declara viuda, siendo casada, no puede ser ejercido por el donatario que aceptó el acto.—Jur. Civ., VI, 61, Sér. 1ª.





En cuanto á la extensión del poder marital, que no puede ser determinada en sus detalles, queda á la prudencia de los sidos donados con la condición que ella los administre; así es que sólo ejercerá los *actos y acciones* que á la mujer correspondan, cuando no fueren de aquellas que son inherentes á su persona, como el hacer testamento ó revocarlo, demandar la separación de bienes ó demandar al propio marido, etc. Es cierto que la mujer mayor de edad es reputada incapaz; pero es solo respondiendo á la necesidad de una sola autoridad, que ha sido incapacitada; porque una vez viuda, recobra esa capacidad y toma el lugar de su marido con relación á sus hijos; lo mismo que en el caso de interdicción del marido, de quien es curadora legal.

Cuando es acusada criminalmente, y el marido quiere defenderla, ella no podrá impedirlo, haciendo uso del derecho que le acuerda el art. 57, porque sólo lo ejerce cuando no estuviera presente el marido ó no la defendiese.

¿Puede el marido abrir las cartas dirigidas á su mujer, é informarse de su correspondencia? Este derecho ha sido negado por la Corte de Justicia de Luisville (Estados Unidos, año 1867); pero entre nosotros no sería sostenible semejante tesis. El marido, como padre de familia, respecto de sus hijos, es la sola autoridad del hogar, y no podría admitirse que los hijos ó la mujer contestasen ese derecho, sin quebrantar tal autoridad.

Aunque la mujer tenga la administración de ciertos bienes, no puede deducir acciones judiciales sin autorización del marido, porque en los actos de administración no se comprenden las demandas y juicios que puedan comprometer á la sociedad conyugal; sólo en defensa de su propio honor podría hacerlo en las acusaciones criminales. Goyna opina que el marido puede demandar ó responder en juicio sobre cosas de su mujer, aun contra la voluntad de esta; pero creo que debe limitarse este derecho á todo lo que no sea inherente á la persona de la misma mujer, así como en lo que se refiere á la administración que le corresponda. Freitas, art. 1305, n° 2, es de esta opinión, cuando obliga al marido á intentar por la mujer ó *con ella*, las acciones que le correspondieren á esta.—Comp. arts. 1290, y 1294.

Fallos S. C. N.—Aplicación del art. 51—La separación de hecho de los cónyuges por abandono del esposo, no lo exime de la obligación de pasarlos alimentos, aun cuando la esposa no haya entablado demanda de divorcio.—Jur. Civ., IV, 455, Sér 1°.

La prestación de alimentos es ineludible, justificados los extremos que la ley exige.—Jur. Civ., IV, 118, Sér 1°.

tribunales el decidir en las quejas de exceso de esa autoridad, como en los de opresión por parte del marido.

Cuando el marido no viviese con su mujer, ó no la defendiera en los juicios que contra ella se promoviesen; es decir, cuando *el marido faltase á estas obligaciones, la mujer tiene derecho á pedir judicialmente que aquél le dé los alimentos necesarios y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios* (art. 51, 2ª parte).

En el contrato nupcial se reglará la forma de la administración del marido; pero la mujer no podrá reservarse la de todos sus bienes, sino de alguno de los que aportase. *Si no hubiere contrato nupcial, el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio incluso los de la mujer; tanto de los que llevó al matrimonio, como de los que adquiriese después por títulos propios* (art. 52); con excepción de aquellos que le fueran donados ó legados con la expresa condición de que no los administraría el marido.

(Art. 52.) El contrato nupcial solo puede reservar á la mujer la administración de algún bien raíz de los que lleve al matrimonio, art. 1217, nº 2, así es que no puede privarle de todos los bienes, pero puede reservarse el único que tenga.— Véase el comentario á dicho artículo.

Las facultades del marido, respecto á los bienes de su mujer, se relacionan con las que tienen el mandatario general, art. 1880, con la diferencia que el marido puede demandar en juicio á sus deudores y responder á los que intentaren cualquiera acción contra los bienes de su mujer.

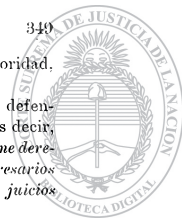
Cuando estudiemos la sociedad conyugal, determinaremos las facul.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art 51.—*Justificadas las prescripciones exigidas por la ley, el esposo debe pagar los alimentos provisorios que el juez conceptúe equitativos.—Jur. Civ., I, 224, Sér. 1ª.

La supresión de la vida conyugal por voluntad del esposo, sin causa justificada, importa el abandono voluntario y malicioso que la ley exige para hacer procedente el divorcio, aun cuando se provea á lo necesario para la subsistencia.—Jur. Civ. XIV. 186, Sér. 4ª.

Mientras no exista separación de bienes, el esposo está obligado judicialmente á proveer á la esposa de fondos para litis expensas.—Jur. Civ., VIII. 499, Sér. 1ª.

El marido, además de los alimentos, debe pagar los muebles que la esposa necesita para su uso, según su condición social.—Jur. Civ., X. 87, Sér. 4ª.





El marido es el jefe de la familia, y de ahí es que *la mujer está obligada á habitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia. Si faltase á esa obligación, el marido puede pedir las medidas judiciales necesarias, y tendrá derecho á negarle alimentos (art. 53, 1ª parte).* El marido puede compelerla á

tades del marido respecto á los bienes de la mujer.—Cód. Francés, arts. 1421, 1428 y 1549. FREITAS, arts. 1300, 1305, 1312 y 1313. Es el 186 del Cód. Civil, sin reforma.

(**Art. 53.**) El domicilio legal de la mujer, es el de su marido, dice el art. 90, n° 9, y para que esto sea efectivo la obliga á habitar con él donde quiera que fije su residencia. ¿Hasta dónde va este derecho? Tendrá obligación de seguirlo hasta en los desiertos, ó en cualquier lugar por lejano que sea? Cuando se discutió el art. 214 del Cód. Francés, cuya idea fundamental contiene el nuestro, se le había agregado esta cláusula: «si el marido quisiera dejar el territorio de la República, no podría obligar á su mujer á seguirlo, á menos que no fuera encargado por el gobierno de una misión que exigiese residencia en el extranjero», parte que fué vivamente rechazada por Napoleón, estableciendo que la obligación de la mujer es general y absoluta. Locré, IV, pág. 393. Pero los jurisconsultos lo han limitado en la doctrina al caso en que ofreciera peligro para su vida, y nuestro Código la acepta siguiendo á Freitas, art. 1306, n° 1. Queda, pues, reducida á una cuestión de hecho que los jueces decidirán, teniendo en vista las circunstancias especiales de cada caso. Si la mujer alegare, p. e., que el clima del país que su marido ha elegido para su domicilio, no le conviene, los jueces no deben aceptar tal excusa, si goza de buena salud, porque eso no sería el *peligro para la vida* de que habla el artículo; pero si se encontrase enferma y si alegare que el viaje podría agravar la enfermedad, se procedería á un informe médico-legal, decidiéndose según el caso.

Hay cuestiones interesantes que nacen de esta obligación.

¿Puede el marido obligar á su mujer á que lo siga aunque no ten-

Fallos de la S. C. N., Aplicación del art. 52.—La separación de hecho de los cónyuges no quita al marido el derecho de la administración legítima de los bienes del matrimonio, aunque sean adquiridos por la mujer durante la separación.—XI, 420.

La mujer sigue el domicilio y fuero del marido.—XXXIV, 297.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap., Aplicación del art. 52—La simple interposición de la demanda no basta para privar al marido de la administración de los bienes de la mujer.—Jur. Civ., VI, 592, Sér. 1ª.

que habite con él, y ocurrir á la justicia solicitando la fuerza pública; pero *los tribunales, con conocimiento de causa pueden eximir á la mujer de esta obligación, cuando de su ejecución resulta peligro para su vida* (art. 53, 2ª parte), ó conceder la fuerza pública para restituirla á su hogar. No se deben emplear estos medios sino cuando se hubieren agotado los demás.

ga residencia fija en parte alguna? ¿Puede obligarla á vivir en un alojamiento que no fuera decente para su clase, ó en una casa donde en su interior pasaran cosas que una mujer decente no puede soportar? La limitación puesta á la facultad del marido, es que haya peligro para la vida de la mujer; pero creo que los jueces no deben limitarse á los términos materiales, y teniendo en cuenta los peligros morales, pueden eximirla de este deber. Creo que no se podría obligarla á seguir á su marido en una vida de vagabundaje, ni hacerla aceptar una casa donde se avergüence de vivir una persona honesta. Todas estas cuestiones son de hecho, y los magistrados, teniendo en cuenta la calidad de las personas, sus condiciones sociales, sus hábitos anteriores, pueden autorizar ó negar el ejercicio de este derecho.

En los casos en que por las leyes políticas de una nación, fuere prohibida la emigración, creemos que no se puede obligar á la mujer á hacerse cómplice de su marido para violar la ley.

La nueva ley ha cambiado con razón la palabra *policial* por la de *judicial*, defecto que hicimos notar en el art. 67. La policía nada tiene que ver en los asuntos que se ventilan en los tribunales, sino es para cumplir las órdenes de los jueces.

¿Puede el marido emplear la fuerza pública, *manu militari*, para hacer restituír su esposa al hogar? ¿De qué medios puede valerse la mujer para hacerse admitir en casa de su marido que no la quiere recibir? Los juriconsultos, y los tribunales á su vez, se han dividido en estas cuestiones. Unos consideran impropio é immoral conducir por la fuerza pública á una mujer que no quiere vivir con su marido y que solo podrá estar en la casa como en una prisión, porque se irá inmediatamente, siendo inútil el escándalo y la vergüenza; de esta opinión son Toullier.—Duverger, I, n° 616, Durantón, II, n° 440. Delvincourt, I, pág. 75, nota 4 y varias decisiones de los tribunales franceses, pero Aubry y Rau, Demolombe y varias decisiones de Cortes Francesas y extranjerías sostienen lo contrario. Nuestro Código parece haberse decidido por esta última opinión, autorizando al marido para pedir las medidas judiciales necesarias. ¿Pero esas medidas pueden ir hasta la fuerza pública, ejerciendo violencias personales? Pienso que no. Si



§ 78.—DE LA AUTORIZACIÓN MARITAL

La mujer no puede estar en juicio, por sí ni por procurador, sin licencia especial del marido, dada por escrito, con excepción de los casos en que el Código presume la autorización del marido ó no la exige, ó sólo exige una autorización general, ó sólo una autorización judicial (art. 54); lo que no importa establecer

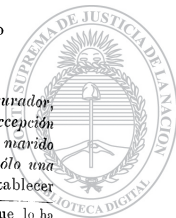
los jueces deben ordenar la restitución al hogar, á la mujer que lo ha abandonado, si deben prestar la fuerza para la ejecución de sus mandatos, ella no debe ir hasta ejercer violencias personales; si á las intimaciones que se le hagan se resistiera á obedecerlas, no creo que deba irse más allá, sin admitir que el hogar se pueda constituir en cárcel ó de prestar la fuerza á cada momento para volverla á la casa.

Puede usarse de la reclusión momentánea de la mujer en un lugar de corrección, cuando la resistencia proviniera de faltas ó delitos contra la fidelidad, y nos autoriza á sostener esta opinión las palabras siguientes: y *tendrá derecho á negarle los alimentos*, indicando así que si las medidas judiciales no han producido los resultados deseados, le negará los alimentos.

El marido no podrá ser obligado por la fuerza pública á recibir en su casa á la mujer, pues la ley no autoriza á emplearla en su contra; pero la mujer podrá demandar el divorcio y los alimentos. Cuando la mujer no quiere restituirse á la casa de su marido. ¿Podrá privarsele de la administración de los bienes que se haya reservado ó que le hubieren sido donados con la condición de administrarlos? La ley no lo autoriza, ni los tribunales pueden usar de este medio coercitivo que le priva de un derecho.

La Ley de Matr. Civil como el Código, carecen de una disposición que consigne la obligación de la mujer de llevar el nombre de familia de su marido, como lo hace el Cód. Civ. Alemán, art. 1355, dejándolo á las costumbres sociales, que ha debido confirmar. En Francia la mujer pierde su nombre de familia y toma el de su marido, llamándose madame tal, del nombre y apellido de su marido. TOULLIER-DUVERGER, XIII, n° 109. MARCADÉ al art. 214, n° 2. COIN-DELISLE, *De la contrainte par corps*, art. 2063, n° 4. VALETTE sobre PROUDHON, I, pág. 453. VAZEILLE, II, n° 291. TROPLONG, *De la contrainte par corps*, n° 258. DEMANTE, I, n° 297, bis III. DURANTON, II, n° 438. Comp. arts. 1217, 1226, 1276, 1295 y 1299.

(Art. 54.) La mujer mayor de edad, hábil para todos los actos de la vida civil, se casa, y por esta sola circunstancia, pierde su capaci-



que sea necesario darla en cada caso, ni impedir que se pueda conferir antes de producirse el hecho que la motiva; bastará que se especialicen los asuntos ó negocios para que se da.

dad: no es porque le falte el suficiente discernimiento, sino porque el matrimonio necesita de una sola autoridad, de una cabeza dirigente, así es que cuando esa razón falta, la mujer recobra su capacidad y tiene patria potestad sobre sus hijos, como si fuera el padre. La autorización que el marido debe prestar es exigida, pues, en interés de su poder marital. Se puede encontrar también, un interés colectivo de la misma familia, y aun un interés personal de la mujer; de ser asistida por la experiencia de su marido.

La autorización para estar en juicio como demandante ó demandada, no es necesaria en cada *caso especial*, como la dan los jueces cuando suplen la autoridad del marido; porque la expresión: «sin licencia especial, dada por escrito» sólo importa la necesidad de dar la autorización, sin suponer ni exigir que el caso se produzca, pues que puede darse con antelación. Así es que la autorización especial, equivale á facultarlo para tal ó cual clase de asuntos, determinándolos en su especialidad, sin que sea necesario individualizarlos.— Comp. MERLIN, Rep. Vº *Autor. Mar.*, Sec. VI, § 2, art. 2.

Quando la autorización, para estar en juicio, se ha dado con antelación, no difiere de la que se da para los demás contratos, en que no necesita que el hecho se haya producido.

¿Puede la mujer demandar la interdicción de su propio marido, sin autorización? El art. 144 la autoriza expresamente, y nuestro Código, al tomar ambas disposiciones del Francés, ha salvado en parte las dificultades que los jurisconsultos hacen notar; pero ha incurrido en el error de autorizarla para hacerlo sin licencia del juez, como lo hice notar en el art. 144, nº 1.

La licencia debe ser especial, y por consiguiente, quedan suprimidas las autorizaciones generales en que el marido abdica, por decirlo así, su obligación de vigilancia y de control; pero esto no impide que pueda darse para negocios determinados, que no se hayan producido aún. No se confunda el poder general en que el marido autoriza á su mujer para representarlo, con la autorización que él debe dar á ésta para actos que ella puede ejecutar en su provecho, necesitando de esa autorización. El poder general puede contener autorizaciones especiales.

Si por el contrato nupcial se hubiera estipulado que la mujer no necesitaria de autorización marital para tales ó cuales asuntos, ó para todo lo concerniente á sus bienes propios, tal cláusula sería nula, no





Cuando el Código presume la autorización, como en los casos en que la mujer ejerce públicamente una profesión, no hay necesidad de una autorización especial, ó cuando no la exige.

sólo por que no es permitida en las convenciones matrimoniales, sino por que el marido no puede despojarse de su poder marital. Del mismo modo, si el marido hubiera dado una autorización general á su mujer, que resultara de un contrato celebrado con un tercero, esa autorización sería revocable. Pero la mujer podrá obrar sin autorización en todo lo relativo á la administración del bien que se hubiere reservado en las convenciones, ó de aquellos que le fueren donados ó legados con la condición de que ella los administraría sin intervención de su marido.--Comp. BAUDRY-LACAUTINERIE, COURTOIS y SURVILLE.— (*Contrato de Matrimonio*, n° 18.

La autorización para estar en juicio, lleva consigo el poder bastante para hacer partición, licitar bienes á cuenta de su haber y concluir el asunto de la manera que lo creyera más conveniente, comprometiendo la cuestión en árbitros, porque la mujer obra por sí y en asuntos propios.

Cuando la mujer se ha constituido denunciante de un crimen sin autorización del marido ¿puede ser condenada en daños y perjuicios, si la denuncia resultase calumniosa? Creo que no, porque la denuncia no ha debido tomarse en consideración, como hecha por un incapaz. — Comp. AUBRY y RAU, § 472, nota 9. DEMOLOMBE, IV, n° 125. DURANTON, II, n° 456, y MERLIN, l. c.

La mujer mayor de edad, divorciada, recobra su capacidad y puede estar en juicio y ejercitar todos los actos de la vida civil, art. 73. Se ha borrado la disposición que la sujetaba á una dependencia irrisoria.

Habiendo desaparecido la razón principal que la incapacitaba, debía recobrar la capacidad perdida en obsequio á la autoridad marital, y la recobra en efecto, pero no completamente, porque necesita de la autorización del juez para enajenar sus inmuebles. ¿Por qué someterla á semejante dependencia, cuando es mayor de edad y no está bajo poder alguno? Creo una inconsecuencia, que es necesario hacer desaparecer en el porvenir.

La autorización para estar en juicio debe ser dada por escrito, es decir, debe ser expresa y no tácita. La intervención del marido en el juicio que sigue la mujer, no bastaría, en general, para suplir la autorización expresa, á menos que no lo hubiera seguido por todos sus trámites hasta la conclusión, en cuyo caso, se podía afirmar con verdad, que es el mismo marido el que ha intervenido; contra lo que sucede en derecho francés, que basta, como dice Marcadé, que el marido consienta.

como en los pleitos contra su marido, ó cuando este estuviere ausente, ó no quisiere darla, en que el juez la suple.

Los jueces no pueden conceder autorizaciones antes que el

¿La mujer mayor necesita autorización para demandar la nulidad de su matrimonio? No, porque es un pleito contra su marido.

¿Podrá pedir judicialmente la declaración del fallecimiento presunto de su marido, sin necesidad de autorización judicial? ¿Será parte el Ministerio de Menores en dicho juicio? Ateniéndose á los términos expresos de la ley, necesitaría de la autorización supletoria del juez, porque no es pleito contra el marido: pero si nos fijamos que es un derecho expreso concedido al cónyuge, no trepidamos en sostener que no tiene necesidad de tal autorización. En cuanto al Ministerio de Menores, es parte en el juicio, porque se trata de un ausente que es reputado incapaz.

En el art. 188 del Código se decía: «la mujer no puede estar en juicio por sí, ni por procurador, sin licencia especial del marido dada por escrito, ó *supliendo esta licencia el juez del domicilio.*» frase que ha sido suprimida y que podría dar á entender, que cuando el marido no quiera dar la autorización, el juez no puede suplirla, lo que no es exacto. El juez no debería autorizar á la mujer contra la voluntad del marido, ni para estar en juicio, ni para celebrar contrato alguno; sin embargo, puede hacerlo según el art. 63 de esta ley.

Si estuvieran separados de hecho, sin voluntad de unirse, la mujer necesita de la separación judicial para recobrar su capacidad.—Comp. arts. 59 y 60 *Matr. Civ.* y 1298, 1302, 1303 y 1306. FREITAS, art. 1306. Cód. DE CHILE, art. 136. GOYENA, art. 62.

La autorización marital es aun necesaria á la mujer, para seguir un juicio que hubiere tenido y siguiera antes de su matrimonio, porque habiendo perdido su capacidad, corresponde solo al marido la dirección y administración. De la misma manera, la necesitaría para cumplir contratos cuya realización estuviera pendiente, ó cuyos efectos se extendieran más allá del contrato mismo.—DURANTÓN, II, n° 437. VAZEILLE, II, n° 302. AUBRY Y RAU, § 272, nota 11. DEMOLOMBE, IV, n° 139. Comp. arts. 1302, 1303 y 1306.

Faltos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 54.—Si el incapaz demandado subsana su incapacidad, el juez debe continuar entendiendo en el juicio, sin que el actor deba ocurrir ante otro á deducir nueva demanda. *Jur. Civ.*, V, 77, Sér. 4°.

Los jueces pueden conceder la venia á la mujer casada, para comparecer en juicio, no obstante la oposición del marido.—*Jur. Civ.*, I, 34, Sér. 3°.



hecho se hubiera producido, y sólo pueden darla en cada caso especial, y esto es lo que ha llevado á pensar á algunos, que los maridos no pueden dar autorizaciones anticipadas.

La autorización para estar en juicio, comprende la de comparecer ante cualquier tribunal y en todos los grados é instancias.

Se presume que la mujer está autorizada por el marido, si ejerce públicamente alguna profesión ó industria, como directora de un colegio, maestra de escuela, actriz, etc.; y en tales casos se entiende que está autorizada por el marido para todos los actos ó contratos concernientes á su profesión ó industria, si no hubiese reclamación por parte de él, anunciada al público ó judicialmente intimada á quien con ella hubiese de contratar (art. 56, 1ª parte).

(Art. 56.) El hecho de ejercer públicamente una industria ó profesión, basta para que la autorización se presuma, porque solo en el caso de una separación de hecho, la mujer puede proceder contra la voluntad de su marido. El marido puede demostrar, no obstante, que no estaba autorizada.

En los casos de presunción legal, se entiende autorizada para todos los actos concernientes á la profesión ú oficio; esta es una autorización *tácita*, diferente de la que debe darse para estar en juicio.

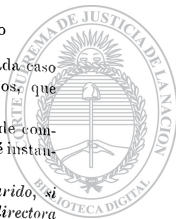
En los contratos que celebran las artistas sin intervención de sus esposos, debieran tener facultades para responder en juicio ó demandar su cumplimiento, sin autorización marital. Es entonces que el juez debe intervenir autorizándolas, aun contra la voluntad del marido, porque la vida que se les permite llevar, las ponen en un pie de perfecta igualdad con las personas capaces.

El marido puede impedirle que realice contratos con determinadas personas, haciéndoles notificar á estas su oposición. No creo que el juez pueda en otros casos autorizarlas contra la voluntad del marido.

Sin licencia ó poder del marido, la mujer no puede celebrar contrato alguno, ni contraer obligaciones, aun cuando ellas recaigan sobre bienes propios.—Jur. Civ., I, 203, Sér. 1ª.

Aun tratándose de un interdicto en el que oponiendo la excepción de falta de personería, se haya entrado al fondo, la sentencia que se diere debe declararse nula, si la acción fuese dirigida solamente contra la esposa.—Jur. Civ., VIII, 537, Sér. 2ª.

Procede la excepción de falta de personería si se demanda á una mujer casada: debe entenderse la acción con el esposo.—Jur. Civ., XI, 77, Sér. 4ª.





Esta presunción se funda únicamente en el silencio del marido ante el hecho público, y para desvirtuarla se necesita una manifestación expresa en contrario.

Se presume también la autorización del marido en las compras al contado que la mujer hiciere (de cualquier objeto muebles, y en las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia (art. 56, 2ª parte), y aunque estas presunciones admiten prueba en contra, sólo podrán darse suponiendo delitos en la mujer.

No es necesaria la autorización del marido en los pleitos entre él y su mujer, ni para defenderse cuando fuese criminalmente

Freitas exceptúa de esta autorización general que la ley supone, á las mujeres que ejercen el comercio, porque se necesita de una autorización expresa para ello.

En las deudas que la mujer hiciera en objetos destinados al consumo, deben considerarse autorizadas: pero en caso de litigio, serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán. En las compras al contado de objetos de lujo, la mujer se presume autorizada para hacerlas. Nuestro Código se ha separado de su modelo en este caso, suprimiendo la última parte del n° 3, art. 1307 de Freitas, en que expresamente se exceptúan las compras al contado de joyas, muebles preciosos ó ropas de lujo. Muy difícil sería al vendedor averiguar en cada caso, si la mujer fué ó no autorizada por su marido; y una mujer que paga los objetos que compra se presume capaz, mientras no se demuestra lo contrario. Se entiende que esas compras se refieren á los muebles.—Comp. FREITAS, art. 1307, n° 1, 2 y 3. Cód. de CHILE, arts. 147 y 150. AUBRY y RAU, 509, n° 4, letra C., POTHIER *Obt.*, n° 574. MERLIN, l. c. TOULIER, XII, n° 261 y sig. DURANTÓN, XIV, n° 250. MARCADÉ, al art. 1420. TROPLONG, II, n° 389. Comp., arts. 918 y 920, 1145.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 56.—El ejercicio del comercio por parte de una mujer casada, hace presumir la autorización del marido, y por consiguiente, su venia, para intervenir en los juicios que tengan por base la industria ejercida.—Jur. Com., III, 383, Sér. 1ª.

El contrato de compra-venta por documento privado, hecho por la mujer casada, necesita para su validez la ratificación del esposo.—Jur. Civ., VIII, 150. Sér. 2ª.

La mujer que ejerce públicamente alguna profesión ó industria, se presume autorizada por el marido, para llevar á cabo todos los actos ó contratos relativos á ella, si no hubiese reclamación por parte de él avisando al público ó judicialmente notificada á quien con ella hubiese de contratar.—Jur. Com., II, 204. Sér. 1ª.

acusada, ni para hacer testamento, ó revocar el que hubiese hecho, ni para administrar los bienes que se hubiese reservado por el contrato de matrimonio (art. 57), ó para los que se le hubieren

(Art. 57.) Cualquiera que sea el pleito que tenga la mujer mayor de edad contra su marido, no tiene necesidad de su autorización para seguirlo. ¿Si fuera menor de edad? ¿Será necesario de la autorización judicial para pedir el divorcio, separación de bienes, nulidad del matrimonio? No lo creo; pero sí se le nombraría curador para que entienda en el asunto.

Cuando fuera acusada criminalmente, solo podrá ejercer el derecho de defenderse, si el marido no lo hiciera.

No puede alegar un derecho personal é inherente á su individualidad, como en el caso de hacer testamento, así es que el marido interviene en estos juicios, y puede transarlos ó arreglarlos como creyere más conveniente á los derechos de su esposa.

La facultad de hacer testamento es tan personal, que no puede ni debe ser coartada, pero sólo en lo que se refiere á la disposición de sus bienes, y no creo que pueda hacer reconocimientos de hijos naturales, habidos antes del matrimonio, introduciendo seres extraños en la familia, alterando la paz del hogar y mancillando su nombre, que es el de su marido y el de sus hijos. En la Instituta, nota 34, habíamos pensado con el Dr. Leguizamón que esta facultad acordada por Freitas en los arts. 1575 y 1308, debía considerarse como incorporada á nuestro Código. Escribíamos al año siguiente de la publicación del Código, y después de ese tiempo, he pensado que el comentador ó el intérprete no tienen facultad para crear disposiciones que no existen y en que se comprometen tan graves intereses. Aunque esta opinión ha sido apoyada por los Dres. Segovia, al art. 191, y Llerena, 191 y 326, no la mantenemos al presente, por las siguientes razones.

El artículo ha sido objeto de dos sucesivas reformas en la ley del matrimonio civil, y á pesar de las observaciones uniformes que se habían hecho, ha permanecido sin alteración; quiere decir, que el legislador no ha creído que se debe dar esa facultad á la mujer casada. ¿Por qué se la daríamos nosotros? Reconocer hijos naturales, sólo podría hacerlo, ó en la partida de nacimiento, cuando el hijo fué inscripto en el registro, siendo soltera, ó en presencia del oficial público en el momento de contraer matrimonio, siendo soltera igualmente, y *para legítimar* los hijos habidos antes de su matrimonio, hasta dos meses después de celebrado el casamiento, pudiendo hacerlo ante el juez del lugar, ó en escritura pública; en estos casos el reconocimiento es para





donado ó legado con la condición de que ella los administre; pero la administración no comprende la facultad de estar en juicio civil ó criminal por razón de tales bienes.

legitimar el hijo ó hijos que tuvo con el que es su marido, y en que los dos deben concurrir para que la legitimación tenga efecto (arts. 317 y 318), no para reconocer los hijos naturales que tuvo antes de su matrimonio, y cuya circunstancia, tal vez su marido ignoraba. Cuántas perturbaciones no traería una facultad semejante! Véase lo que decimos en el art. 326. Aquí no se puede aplicar la regla de derecho constitucional, de que todo lo que no está prohibido está permitido: porque la mujer, como incapaz, sólo puede ejercer aquellos actos que expresamente le sean concedidos.

Con relación á la administración del bien que se hubiera reservado ó de los que le fueren donados con la condición de que ella los administre, no tendrá más facultades que las correspondientes á un mero administrador, y no podrá demandar en juicio lo que se le deba ni pedir en juicio la ejecución de los contratos que hubiere celebrado, sin la expresa autorización del marido. La mujer, en estos casos, se presume autorizada sólo para los actos de administración.

En cuanto á los frutos ó productos de las cosas cuya administración se reservó, cualquiera que sea su valor, la mujer puede disponer libremente; pero si quisiera adquirir bienes raíces necesitaría la autorización, y este es uno de los casos en que el juez puede darla contra la voluntad del marido.

Debe tenerse presente, que las facultades concedidas á la mujer casada para proceder sin autorización del marido, forman una excepción al principio general de que está sometida en todo á su autoridad: así es que la interpretación debe ser restrictiva, limitándose á los casos expresamente exceptuados.—Véase FREITAS, art. 1308. Comp. LOCRÉ IV, pág. 523, n° 64. MERLIN, *Rep.* 1° cit. *Sec.* III, n° 18. VAZELLE, II, n° 311. DELVINCOURT, I, pág. 322. DEMOLOMBE, IV, n° 126. AUBRY y RAU, § 472, notas 13 á 16. Comp. arts. 1117, 1226, 1276, 1292 y 1393.

El Cód. Civ. Alemán, arts. 1406 y 1407, es más liberal con la mujer casada, al sacarla en parte de esta sumisión á que la somete nuestra legislación. Así, p. e., según ese código, la mujer no necesita del consentimiento del marido para la repudiación ó aceptación de una herencia ó legado, para la renuncia á la reserva, lo mismo que para la confección del inventario de una herencia que haya recibido; tampoco necesita autorización para rehusar un contrato ó una donación, ni para



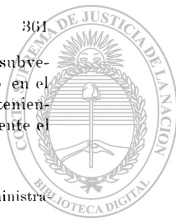
La mujer por el hecho de casarse queda sujeta al poder de su marido, así es que *tampoco puede, sin licencia ó poder del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior* (aunque lo hubiera hecho sin autorización), *ni adquirir bienes ó acciones por título oneroso ó lucrativo, ni enajenar ni obligar sus bienes, ni contraer obligación alguna, ni remitir obligación á su favor (art. 55)*; porque la ley, al someter á la mujer á la au-

ejecutar un acto jurídico con relación á su marido, ni para continuar un proceso pendiente á la conclusión del matrimonio, ni para hacer valer en juicio, contra el marido, un derecho que forme parte de los bienes aportados al matrimonio, ni para hacer valer contra tercero, los derechos que hicieran parte de ese aporte, cuando el marido ha dispuesto de ellos sin consentimiento de la mujer, ni finalmente, para hacer valer en juicio un derecho de oposición contra una ejecución forzada.

Ya es tiempo que nuestra legislación, dándose cuenta del adelanto intelectual de la mujer, la liberte en parte de la perpétua tutela á que la ha sujetado, y que reduzca el poder marital á todo aquello que sea de absoluta necesidad para la dirección de los negocios de la comunidad. Las leyes deben seguir á las sociedades en su perpétua transformación, y así como ha seguido á la mujer en su desenvolvimiento, elevándola á la categoría de compañera del hombre, debe concederle ahora estos derechos que en nada alteran ni atacan al poder marital, y que reconocen un hecho que no se puede negar, la capacidad intelectual de la mujer en estos tiempos, que es igual ó muy poco inferior á la del hombre, tomando la masa social y separando las clases elevadas que son la minoría.

(**Art. 55.**) No se debe confundir la *licencia ó autorización* con el poder *especial ó general*, que el marido puede dar á su mujer, sin restricción alguna. La autorización se refiere á los actos que la mujer puede ejecutar por sí, y en que sólo necesita ser completada por su marido; mientras que el poder es para representar á éste. Así, la mujer mayor de edad puede vender una propiedad suya con la autorización de su marido, mientras que éste no podría hacerlo, sin un poder

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 57.—Sobre los bienes propios de la esposa, el juez no puede conferir autorización á ésta para constituir hipoteca, aun cuando haya sido admitida la demanda de separación y privado el marido de administrarlos.—Jur. Civ., VIII, pág. 193, Sér. 1^a.



toridad marital imponiendo al marido la obligación de subvenir á las necesidades de la familia. lo ha hecho no tanto en el interés de la misma mujer, cuya debilidad protege, sino teniendo en cuenta que es el jefe de la familia, y por consiguiente el guardian de sus intereses.

especial de ella. La mujer no puede ejercitar los actos de administración que corresponden á su marido, sin un poder de éste.

La autorización solo puede ser para determinados asuntos, como en el art. 56, porque el marido no puede resignar su autoridad marital, sin herir leyes de orden público; mientras que puede dar poder general á su mujer, comprendiendo todas las especialidades.

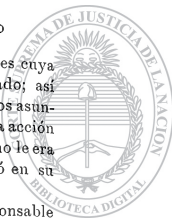
El art. 1281 hace esta diferencia, autorizando al marido para dar poder general ó especial á su mujer, en cuyo caso debe ser expreso y por escrito, mientras que la autorización puede ser tácita (con excepción de la para estar en juicio) como si la mujer vende una casa de su propiedad, sin observación por parte del marido que está presente, y firma la escritura con ella.

En un poder general podrán comprenderse todas las especialidades que exige la ley, y la mujer obligará á su marido procediendo dentro de los límites del poder.

El artículo se refiere á los actos lícitos como causa generadora de las obligaciones; porque en los demás, la responsabilidad personal de la mujer se impone como una necesidad social de un orden superior, así, p. e., en los delitos ó cuasi delitos. En los cuasi contratos, como en la gestión de negocios, la mujer no puede encargarse de negocios ajenos, y si lo hiciera, tendría derecho para repetir lo que hubiere gastado, si se convirtió en provecho del dueño de la cosa: pero no en caso contrario.

Para desistir de un contrato anterior no le bastaría el poder que tuvo para celebrarlo; pero si tenía poder general para vender y comprar, p. e., podrá desistir de la venta ó de la compra.

La adquisición de bienes por título lucrativo, tampoco le es permitida á la mujer sin autorización, porque no debe aceptar donaciones, que podrían herir la honra ó dignidad del marido, pero como esto no debe perjudicar á su mujer, sin razón alguna, esta puede hacerse dar la venia supletoria del juez contra la voluntad del marido: entonces el juez escuchará á ambos y decidirá según los casos. Son cuestiones de hecho, en que los jueces deben tener en cuenta las razones del marido, en cuanto se refieran á su buen nombre y reputación; pero cuan-



La autorización marital es extraña á las obligaciones cuya validez no está subordinada á la capacidad del obligado; así sucederá en la gestión de negocios, en que la mujer, cuyos asuntos hayan sido útilmente administrados, está sometida á la acción *negotiorum gestor*; pero si ha recibido un pago de lo que no le era debido, debe responder sólo de aquello que se convirtió en su provecho.

La mujer que comete un delito ó cuasi-delito es responsable con su peculio.

§ 79.—CUÁNDO LA AUTORIZACIÓN DEL MARIDO DEBE SER REEMPLAZADA POR LA DEL JUEZ

El marido es libre de negar la autorización á la mujer para celebrar cualquier contrato; pero como esa negativa puede perjudicar sus intereses, tiene derecho para ocurrir á la justicia y hacerse autorizar contra la voluntad del marido, obligando entonces sus propios bienes.

La autorización judicial reemplaza, generalmente la que el marido debería dar en su caso, y por eso se dice, que *bastará que la mujer sea solamente autorizada por el juez del domicilio, cuando estuviese el marido loco ó en lugar no conocido, en los ca-*

do la donación fuere con cargos, creo que solo el marido debe intervenir en su aceptación ó rechazo.

El art. 63 no especifica los casos en que el juez pueda autorizar á la mujer, contrariando la voluntad del marido; pero no es de suponer que el Código, celoso defensor de la autoridad marital, creara un poder extraño que rompería la confianza en la dirección del marido. El juez sería superior al marido y su intervención produciría fatales resultados en los asuntos domésticos.

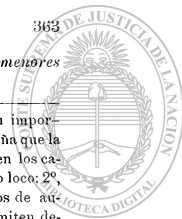
La mujer tampoco puede contraer obligación alguna, sin autorización; pero los contratos que hubiere verificado serán válidos, si el marido los ratificare. La misma mujer no podría renunciar á la obligación sin la autorización, porque una vez contraída, queda al criterio del marido el aprobarla ó pedir su nulidad.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 217. Cód. DE CHILE, art. 137. GOYENA, art. 63. AUBRY y RAU, § 472, nota 5. MERLIN, Rep. Vº. *Autor. Mar.*, Sec. 2. DEMOLOMBE, IV, núms. 113 á 117. Comp. 515, 1276, 1281, 1302, 1307, 2289, 3334, 3847.

del art. 135 del Código, en cuanto á los actos que los menores casados no pueden ejecutar (art. 59).

(Art. 59.) Es el art. 193 del Código con una supresión importante. Freitas, art. 1310, con esa claridad que le distingue, enseña que la autorización debe ser dada por el juez del *domicilio conyugal* en los casos siguientes: 1º, cuando la mujer fuere curadora de su marido loco; 2º, en los casos de ausencia en lugar no conocido; 3º, en los casos de ausencia en lugar conocido, tratándose de negocios que no admiten demora; 4º, cuando el marido ó la mujer fuere menor y se hubiere casado sin la autorización necesaria; 5º, en lo que se refiere á los actos que los menores casados no pueden ejecutar.

El juez debe ser el del domicilio de los esposos y no el de la mujer, como lo enseñan algunos. En efecto, la declaración de incapacidad en el primer caso, debe ser pedida ante el juez del domicilio del marido, y como el curador no puede sustraerse á la jurisdicción del juez de la curaduría cambiando de domicilio, á él siempre deberán ocurrir para demandar la autorización. Declarada la ausencia y puesta la mujer (arts. 110 y 112) en posesión provisoria de los bienes, como sus derechos se limitan á los de una mera administración, necesitará la autorización del juez que dió la posesión, para los casos que no sean de administración.

Quando la ausencia fuere en lugar no conocido, 2º caso, si no ha transcurrido el tiempo para hacerla declarar con calidad de provisoria y hubiere de comparecer en juicio ó celebrar un acto necesario, podrá ser autorizado por el juez del domicilio del marido, que es el conyugal: así es que deben distinguirse estas dos ausencias. Hay una tercera ausencia, cuando el marido estuviera en lugar conocido y hubiere urgencia en que la mujer ejecute un acto, como en el caso de una expropiación por causa de utilidad pública de un bien de ella, ó la intervención en una testamentaria en que debe estar representada, etc., entonces puede ser autorizada, aunque algunos opinan lo contrario: ¿pues no hay razón para no suplir una autorización que necesariamente debe darse. Esto hace ver que no sólo hay ausencia con presunción de fallecimiento, según nuestro Código, sino también esa ausencia que equivale á no estar presente en un lugar dado. El n° 4 ha sido suprimido. ¿Implica esa supresión reconocer que el menor casado sin el consentimiento de sus padres ó tutores no salga de la patria potestad como algunos autores argentinos lo sostienen? Creo que no, y las razones expuestas en el art. 131 me parecen suficientes. El art. 193 del Código comprendía expresamente los casos del art. 177 (que es el art. 13 del





Los Tribunales, con conocimiento de causa, pueden suplir la autorización del marido, cuando éste se hallase ausente ó impedido para darla, y en los casos especiales previstos por el Código (art. 60).

Matr. Civ.) por ser menor el marido ó la mujer y se hubieren casado sin las autorizaciones necesarias. La autoridad marital excluye cualquier otra.

En la demencia notoria no declarada judicialmente, porque nadie la hubiera solicitado, como sucede con frecuencia entre nosotros, en que todavía no ha entrado en nuestras costumbres el hacerla declarar judicialmente, la mujer debería ocurrir al juez para que la autorice, pero ha decidido lo contrario en el art. 144, como lo hice notar. Algunos creen que en los casos de locura notoria, pero no declarada, el marido loco, puede prestar su autorización á la mujer para celebrar cualquier contrato. No participo de esa opinión: porque siendo notoria la locura, los que contrataron con la mujer autorizada, sabían que el marido no podía consentir, y como contrataron con un incapaz, este puede atacar el acto. Es cierto que respecto de terceros, toda persona mayor de edad se reputa capaz, mientras no se le haya incapacitado: pero esto se refiere á las personas que no son conocidas públicamente como locas: así es que pensamos que el acto sería anulable aun cuando el tercero ignorase la locura. Cuando la mujer es curadora de su marido no necesitará autorización judicial para administrar sus propios bienes, pero sí para constituir derechos reales sobre inmuebles.—Cons. LOCRÉ, IV, pág. 524, n° 68. DELVINCOURT, I, pág. 183. TOULLIER, II, n° 653. DURANTON, II, n° 505. VAZELLE, II, n° 349. DEMOLOMBE, III, n° 221. Comp. arts. 1276 y 1282 y art. 60 matr. civ.

(Art. 60.) Es el art. 194 del Código con una supresión importante. Los tribunales suplirán la autorización marital: 1°, cuando el marido se hallare ausente; 2°, cuando estuviere impedido de darla; 3°, en los casos especiales previstos por el Código. No es necesario que la ausencia sea declarada, porque como se dijo en el artículo anterior que el marido podía encontrarse ausente en lugar no conocido, y el juez, demostrada esa circunstancia, autorizaría á la mujer si lo creyere conveniente; y no podríamos admitir que fuera un caso de ausencia declarada, porque deberíamos esperar á que se cumplan los plazos de tres y

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 59.—La esposa no puede intervenir sin poder en forma, en las demandas contra el marido.—Jur. Com., t. IX, pág. 171, Sér. 2°.



En principio general, la autorización solo puede concederla el marido; pero á fin de salvaguardar los derechos de ambos cónyuges, se ha establecido que, *los actos y contratos de la mujer*

seis años para hacerlo. El segundo, comprende los casos en que el marido estuviera interdicto teniendo imposibilidad legal para prestar la autorización, y el último, por su generalidad, abraza todos los casos previstos por el Código, como si el marido es menor de edad (art. 135) ó si la mujer es menor y el marido mayor (art. 1249); ó cuando la mujer mayor de edad estuviera divorciada y quisiera enajenar ó gravar sus bienes propios (art. 1302), ó cuando el marido estuviere condenado á presidio (art. 63, n° 2, Cód. Penal) y finalmente cuando el marido le negase la autorización y la mujer la solicitare del juez, en los casos de los artículos anteriores á que se refiere el art. 63.

En este artículo se cambió la expresión de: *ó la rehusare sin motivo fundado, y ella fuere necesaria y útil á la mujer ó al matrimonio*, sustituyéndola con la de: *y en los casos especiales previstos por este Código*, quedando así comprendidos todos los que he determinado.

Las fuentes del artículo han sido el art. 143 Cód. Chileno y el art. 1311 de Freitas que contienen el caso de que la autorización fuera negada por el marido.

En el artículo anterior hemos visto, que la misma facultad se concedía al juez del domicilio, mientras que en este se habla de los tribunales; lo que quiere decir, que cualquiera que fuera el juez ó tribunal ante quien se encontrase radicada una causa en que la mujer deba intervenir, está facultado para autorizarla. De otra manera se consideraría como una repetición inútil. El error, á nuestro juicio, de la existencia de estos dos artículos proviene de que el 193 fué tomado del 1310 de Freitas, que contiene una disposición diversa en el 1311, de la que trae nuestro Código. La disposición del 194, tomada á su vez del 143 del Chileno que no contiene la del 193 tomada de Freitas: de ahí esa repetición que la ley de matrimonio civil ha consignado al copiarla de ambos.—Cons. TOULLIER, II, n° 651. DURANTON, II, n° 506. DEMOLOMBE, IV, n° 214. MARCADE, al art. 222. AUBRY Y RAU, § 472, nota 37 y sig. DELVINCOURT, I, pág. 164. Comp. arts. 3334 y 3847.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 60.—Los jueces pueden conceder la vénia á la mujer casada, para comparecer en juicio, no obstante la oposición del marido.—Jur. Civ. I, 31, Sér. 3°.

Los jueces pueden habilitar á la esposa, siempre que el marido se niegue á ello sin causa justificada.—Jur. Civ., IV, 513, Sér. 3°.



no autorizada por el marido, ó autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligarán solamente sus bienes propios, si no se pidiere su rescisión en el primer caso; pero no obligarán el haber social ni los bienes del marido sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad conyugal ó el marido hubiesen reportado del acto (art 63). Se ha querido dejar así, cierta libertad

(**Art. 63.**) Este artículo fué reformado suprimiendo la última parte del 197 del Código. Y los modelos, que han sido el Cód. de Chile, art. 146, y Freitas, art. 1314, se refieren únicamente á la autorización que el juez puede dar á la mujer contra la voluntad del marido.

En lo que respecta á esta autorización, el Cód. Franc. determina cómo debe procederse. Es una de las cuestiones más graves el hacer intervenir al juez en el interior de la familia, promoviendo en cierto modo la discordia; y si la mujer debe ser defendida contra las arbitrariedades probables del marido, puede facultársele para autorizarla, determinando cuándo le sería permitido. Debían ser casos excepcionales, como dicen Aubry y Rau, § 472, nota 38, en los cuales la justicia está llamada á ejercer, en lugar del marido, el derecho de autorización. ¿Quien entre nosotros no reconocería el perfecto derecho del marido, para oponerse á que su mujer fuera comerciante? Y sin embargo, por la legislación francesa, que prohija la idea de suplir la autoridad del marido por la del juez, es admitido por todos los autores. Véase Pardessus, *Dev. Com.*, I, n° 63. Marcadé, al art. 220. Demolombe, IV, n° 218. Aubry y Rau, § 472, nota 31. Demante, I, n° 302; pero entre nosotros no se podría sostener semejante tesis, porque se trata de actos y contratos celebrados por la mujer, autorizada por el juez, no de ejercer profesiones que alterarían su manera de vivir, lanzándola en una vía completamente extraña. Freitas, art. 1314, no ha entrado en estas ideas, porque sólo habla de suplir la autorización marital, no de contrariarla.

Entre nosotros, los jueces pueden no sólo sustituir la autorización del marido cuando está ausente, ó imposibilitado, sino aun contrariar expresamente su voluntad, lo que es muy grave. ¿Para qué sirven entonces los arts. 54, 55, 59 y 60, que se ocupan de una manera tan prolija en determinar cómo se debe suplir la autorización marital? ¿Para qué demostrar que el marido se encuentra ausente en lugar no conocido, cuando se tiene al juez que suple la autorización del marido presente que no quiere darla? Nuestra opinión es que semejante autorización judicial, no responde á nuestra actual organización de la



á la mujer cargándola con las responsabilidades inherentes al acto ejecutado.

En los casos de ausencia declarada, es necesario la autorización judicial para cualquier acto que no sea de la administración, pero se podrá dar igualmente por el juez, cuando se ignorase el lugar donde reside el marido, y aun en el de simple ausencia, sabiendo donde está, si el caso fuere urgente.

En estos casos no hay aprobación tácita del marido, y su silencio y la no reclamación de la mujer, importará que sólo obliga los bienes de esta, ó hasta la concurrencia del beneficio obtenido por él.

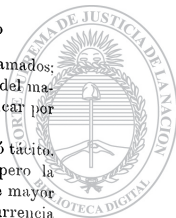
Se entiende, que se habla de la mujer mayor de edad, porque la menor solo responderá por el beneficio recibido.

§ 80.—DE LAS CONDICIONES Á QUE SE ENCUENTRA SUBORDINADA
LA VALIDEZ DE LA AUTORIZACIÓN MARITAL

La autorización marital no es una condición esencial de validez de los actos ejecutados por la mujer mayor edad, desde familia y desconoce nuestras costumbres más arraigadas de unión, de respeto y cariño por el jefe de la familia, y de la notoria sumisión de la mujer, que vá hasta el sacrificio de sí misma por conservar la paz del hogar.

Un hombre como el Dr. Velez, que ha suprimido la dote en las condiciones que las tienen los pueblos europeos, reconociendo que alteraría nuestras costumbres introduciendo un interés pecuniario que hasta ahora no existe, no ha podido poner en la mano de los jueces una autoridad que introduciría la discordia en el hogar. Pensamos que los jueces deben ser excesivamente prudentes, antes de contrariar la autoridad marital que tutela la familia. Sólo en casos muy excepcionales, escuchando al marido, pueden contrariar su autoridad.

Queda á las leyes de procedimientos el determinar los casos en que los jueces deben ejercer esa autoridad, que el artículo les confiere de una manera general y vaga. Los autores de la ley de matrimonio civil que suprimieron la última parte del art. 197, porque entre nosotros no tenemos la *comunidad universal* en el matrimonio, no se fijaron que Freitas sólo en ese caso autorizaba al juez á *suplir* la autoridad marital, sin atreverse á contrariarla: suprimieron uno de los casos, sin el correlativo de la autorización, lo que ha sido un error.



que se consideran válidos hasta que no fueren reclamados; solo es exigida como una manifestación de la voluntad del marido, aprobando los actos que la mujer no puede practicar por sí sola.

El consentimiento ó autorización puede ser expreso ó tácito. El expreso puede darse por escrito ó verbalmente, pero la prueba testimonial no debe admitirse en los contratos de mayor valor de 200 \$. El tácito es el que resulta de la concurrencia del marido al acto mismo, y no admite prueba en contra, desde que haya intervenido en el acto.

El consentimiento puede manifestarse por documento simple, aunque se trate de un acto que la mujer deba celebrar en escritura pública; porque la autorización marital no es un poder que da el marido á la mujer para ejecutar el acto, sino su consentimiento como forma necesaria para completar su capacidad.

Como el marido tiene completa libertad de autorizar á su mujer para que ejerza una profesión ó industria, y ejecutar todos los actos relativos á ellas quiere decir, que *el marido puede revocar á su arbitrio la autorización que hubiera concedido á su mujer; pero la revocación no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de tercero (art. 61)*; es decir, que no sólo serán válidos todos

(**Art. 61.**) Cuando el marido ha dado autorización para celebrar un acto ó una série de actos, como sucede cuando la mujer ejerce una profesión ó industria, puede revocarla á su arbitrio; pero no alterará los efectos que hayan producido ni los que estuvieren pendientes. Y en los mismos casos en que la mujer puede hacerse autorizar judicialmente contra la voluntad del marido, podrá pedir al juez la autorización que el marido le haya retirado. Pero ¿qué sucederá si contra la voluntad del marido ha celebrado el acto jurídico y se presentare al juez pidiendo la ratificación? Son cuestiones de hecho, que se resolverán según las circunstancias de cada caso; teniendo presente la premura con que el acto ha debido ejecutarse. En general, se debe decidir que sólo el marido puede ratificar los actos de la mujer; pero así como la ley ha juzgado conveniente oponer en ciertos casos á la voluntad arbitraria del marido la voluntad ilustrada é imparcial del juez, así debe oponerla á la ratificación rehusada injustamente, impidiendo la reclamación.



los actos ejecutados durante la autorización, sino también aquellos cuyos efectos estuvieran pendientes, y que vinieran á realizarse cuando la autorización fué retirada.

La autorización especial no importa establecer la necesidad de darla antes que el hecho se hubiera producido, ni que deba darse separadamente, pues, basta que la clase de actos sean especificados ó determinados. Así, una autorización dada para estar en juicio, bastará para que pueda comparecer en las demandas que se le interpusieran por actos en que ella tiene responsabilidad personal; lo mismo sería para que estuviera en juicio en los asuntos que fué autorizada á ejecutar ó en la profesión que puede ejercer.

Quando la mujer hubiere celebrado actos jurídicos ó contratos sin autorización, *el marido puede ratificar general ó especialmente los actos, para los cuales no hubiere autorizado á su mujer. La ratificación puede ser tácita por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia* (art. 62), y no es neces-

Quando los terceros con quienes contrata la mujer casada, conocían la revocación de la autorización, el acto no producirá efecto, si el marido lo reclama: pero ellos no podrán alegar la nulidad. La ratificación del acto verificado por la mujer no autorizada, no puede ser reclamada por los terceros, á diferencia de los casos del art. 1065 en que tratándose de actos que pueden ser reclamados por los demás interesados, estos podrían intervenir oponiéndose á la confirmación. Así, una venta nula hecha por una persona caída posteriormente en falencia, no puede ser ratificada contra los intereses de los acreedores que tienen derecho para oponerse: pero en los actos verificados por la mujer no autorizada en su propio nombre, sólo el marido, ella y los herederos de ambos pueden reclamarlos, así es que la ratificación del marido ó de la mujer no pueden ser controlados por los intereses de los terceros. — Véase FREITAS, 1312. Cód. de Chile, art. 141. Comp. arts. 1065, 1304, 1866 y 1867. Es el art. 195 del Código sin alteración.

(Art. 62.) La ratificación puede ser general, cuando la mujer hubiere realizado una serie de actos, como los determinados en el art. 56. No creo, como algunos, de que no haya casos en que baste una autorización general; porque cuando la mujer ejerce la medicina, p. e., con consentimiento de su marido, está autorizada para todos los actos que á su profesión se refieran. No se debe confundir la *confirmación*, que



rio que haya figurado personalmente en los actos ejecutados, bastará que resulte de una manera indudable la voluntad de aprobarlos.

tiene por objeto reparar el vicio de que adolece un acto, con la *ratificación*, por la cual una persona aprueba los actos de otra, hechos en su nombre sin su autorización. Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 1509.

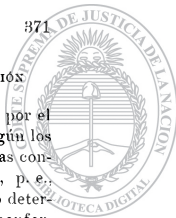
Es necesario hacer una distinción esencial, entre la ratificación de los actos ejecutados por la mujer en su propio nombre é interés, y en los que puede ejecutar á nombre de su marido. En el primer caso, la aprobación del marido es más bien una confirmación que una ratificación, porque hace desaparecer el vicio de que adolecía el acto; pero el Código le da nombre de ratificación para indicar que bastará la aprobación general del marido, sin necesidad de someter cada uno de esos actos á las formas especiales de la confirmación. De ahí que se admita la ratificación tácita, mientras que la confirmación tácita sólo resulta de la ejecución voluntaria del acto.

La ratificación de los actos ejecutados por la mujer á nombre del marido, sin su autorización, se equiparará á los que ejecutare un tercero en el mismo caso; y en esa ratificación pueden intervenir los acreedores perjudicados para impedirla ó anularla, si se refiere á actos á título gratuito; mientras que la ratificación de los actos propios de la mujer, es un derecho personal del marido, y nadie puede oponerse á que la realice.

El Cód. de Chile, art. 142, así como el nuestro, hablan de ratificación general, pero no de confirmación, aunque en el fondo exista.

La ratificación tácita puede hacerse, ya sea ejecutando el marido el acto á que su mujer se obligó sin su consentimiento, ó manifestándolo de un modo que no deje duda de su aquiescencia. Son cuestiones de hecho que los jueces deben resolver, cuando por fallecimiento ó incapacidad del marido, la mujer ó sus herederos quisieren atacar el acto. El Dr. Freitas, art. 1313, no obstante de hacer la diferencia entre la ratificación y la confirmación, sujeta aquella á las mismas formas que ésta.

Téngase siempre presente, que la mujer mayor de edad puede celebrar contratos y contraer obligaciones, sin consentimiento de su marido, y que serán válidos mientras no fueran atacados. Véase el art. 63, que es el 197 del Código. Comp. arts. 140 y 142 Cód. de Chile, y art. 1313, de Freitas. La ratificación no hace retrotraer los efectos del acto, que ya se han producido; la retroacción se aplicaría en las obligaciones condicionales en que el acto se encuentra suspenso, pero



§ 81.—DE LA EXTENSIÓN Y EFECTOS DE LA AUTORIZACIÓN

Cuando la mujer ha sido autorizada por el marido, ó por el juez en su caso, esa autorización deberá ser apreciada según los términos y objetos para que fué dada, y se extenderá á las consecuencias necesarias del asunto que lo motivó. Así, p. e., cuando se ha dado autorización para litigar en un asunto determinado, debe comprenderse que está autorizada para conformarse con la sentencia que se diera en su contra, y con más razón para ejecutar la sentencia dada en su favor. En la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho, que los jueces decidirán, interpretando la voluntad del marido.

El marido puede revocar á su arbitrio la autorización que dió á su mujer, y aun en los casos en que el juez la hubiera dado por su ausencia ó incapacidad, una vez que hayan cesado esas causas; pero no puede revocar la autorización judicial dada contra su voluntad. La revocación no perjudica á los terceros que hubieren adquirido derechos.

En cuanto á los efectos de la autorización, es necesario considerarlos respecto de la mujer y del marido separadamente: porque la autorización solo importa completar la capacidad personal de la mujer para realizar el acto, sin que el marido tome responsabilidad alguna con sus bienes propios, ni con los de la sociedad, sino en cuanto al provecho obtenido. La regla del derecho romano, de que una cosa es vender y otra dar su consentimiento al vendedor, tiene su perfecta aplicación en este caso. El marido no se obliga por el hecho de dar su consentimiento á la mujer que lo necesita. Hay casos en que responderá de los actos verificados por la mujer con su consentimiento, y es cuando tenga un interés idéntico al de ella; otros en que aun sin la autorización estaría obligado, como sucedería en la acción de *in rem verso*, por el provecho obtenido.

no en uno ejecutado y que es válido, mientras no se le ataque. Muerta la mujer, el derecho que tiene el marido para ratificar el acto, sufre una limitación, no puede perjudicar á los herederos de ella, como lo dijimos en el art. 58; porque no se renuncia á un derecho que pertenece á otros.



El defecto de la autorización marital, ó la del juez en su caso, hace anulable el acto; pero será válido si no es reclamado por el marido, la mujer á los herederos de ambos.

Como la mujer no puede estar en juicio sin permiso escrito del marido, resultará que las notificaciones, contestaciones y demás diligencias del juicio serán nulas, si el marido no ha tenido intervención; así, la sentencia dada contra la mujer podrá ser atacada por este defecto, pero no podrá serlo por la otra parte cuando hubiere sido favorable á esta.

La falta de autorización marital solo hace anulable el acto, y por consiguiente el marido puede confirmarlo sin que la mujer, ni los acreedores de este puedan oponerse alegando que les es perjudicial; pero si la mujer hubiere fallecido, sus herederos pueden oponerse á la ratificación en la parte que corresponda á esta, porque como el marido solo completa la capacidad de la mujer y no compromete sus bienes propios ni los de la sociedad conyugal, debe dejar en libertad á los herederos que usen de sus derechos, defendiendo los intereses que pueden considerar comprometidos por la ratificación del acto ejecutado por la mujer.

CAPÍTULO IX

§ 82.—DEL DIVORCIO

El divorcio que el Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial (art. 64).

(Art. 64.) La ley de matrimonio civil que ha ido hasta desconocer el matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica, se ha detenido ante una reforma tan fundamental como el divorcio, que disuelve el vínculo matrimonial. No voy á escribir en favor de esta tésis, porque saldría del programa que me he trazado; pero haré notar solamente que una gran parte de las naciones civilizadas, como Francia, Inglaterra y Alemania, lo han incorporado en su legislación, sin que se hayan notado alteraciones de ninguna clase. Hay una inconsecuencia, en mi opinión, en considerar al matrimonio como un contrato y atribuirle los efectos de los cánones que no nos rigen. El *vínculo* es un resto del pasado régimen. No hay contrato que pueda abrazar toda la dura-



En esta parte el legislador argentino no se ha atrevido á reconocer un hecho que la mayoría de los pueblos civilizados han aceptado como cierto, y es que el matrimonio como contrato puede disolverse por causas serias, dejando á cada uno de los cónyuges en libertad para formarse una nueva familia. Nuestra ley ha vencido la primera dificultad, para detenerse en la mitad de las reformas.

El matrimonio civil, que es uno de tantos contratos, aunque el más importante de la vida, porque influye poderosamente sobre los destinos del individuo y de la sociedad, no reconoce á la iglesia el poder de unir y desunir; y sin embargo, cediendo á su influencia secular ha desconocido el derecho de la potestad civil para disolver el vínculo matrimonial, quedando hasta ahora como una cosa sagrada que no se atreve á tocar.

El divorcio en la verdadera extensión de la palabra, autorizando á los cónyuges para volverse á casar, es una necesidad, que la avanzada civilización impondrá como una consecuencia ineludible; mientras ese momento llega para nosotros, que hemos roto con el dogma, dejándolo á la conciencia, al interior de nuestro ser, digamos que el matrimonio no es como los demás contratos que pueden disolverse, y que *no hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia de juez competente (art. 66)*, y que *no*

ción de la vida humana, y en cualquiera es permitido á una de las partes el no cumplirlo, pagando los perjuicios que ocasione la falta en que incurre.

Creo que esta es una de las reformas que se imponen como una necesidad, en armonía con nuestra civilización.—Véase FREITAS, art. 379. Es el art. 198 del Código.

(**Art. 66.**) El consentimiento mutuo de los esposos no puede dar causa al divorcio, lo que da á entender, que ninguno de los cónyuges puede aceptar como ciertas las causales alegadas, y que hay necesidad de demostrarlas, pues de otro modo bastaría la voluntad

Faltos de la Cóm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 64.—La separación voluntaria de los cónyuges no altera las facultades de administrador de los bienes propios de la esposa, con las que la ley ha investido al marido.—Jur. Civ., VI. 49. Sér. 4°.

puede renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el divorcio al juez competente (art. 65); es decir, que cualquier renuncia se tendrá como si no hubiera existido; porque nadie puede violar la prohibición de la ley.

El divorcio que nuestra ley reconoce es exactamente el de

para que el juez decretara el divorcio. Hay necesidad de prueba y sentencia, para que cause efectos legales la separación. Aunque estén separados de hecho sin voluntad de unirse, la mujer continuará siendo incapaz para todos los actos de la vida civil; el marido ejercerá la patria potestad sobre sus hijos, aunque los tenga su mujer; en una palabra, continúa *legalmente* siendo el jefe de la familia.

Cuando el marido hubiere sido condenado á presidio, en que se suspende la patria potestad, y no tiene la administración de sus bienes (art. 63 Cód. Pen.), la mujer recobra su capacidad y lo reemplaza, como en los casos ordinarios de imposibilidad; pero no hay divorcio, sino se encuentra en alguno de los casos del art. 67.

Con relación á la sucesión, los cónyuges separados de hecho sin voluntad de unirse, se considerarán como extraños.—Véase FREITAS, art. 1380. Cód. FRANCÉS, art. 307. GOYENA, art. 77. Cód. DE CHILE, art. 168.

(**Art. 65.**) Las convenciones nupciales no pueden tener otros objetos que los señalados en el art. 1217. Así es que cualquier facultad que se confiera á la mujer, ya sea autorizándola para que administre todos sus bienes ó el concederle vénia general ó autorización para todos los asuntos, ó convenir que no se pedirá separación de bienes será de ningún efecto. Las convenciones nupciales, están pues, en la categoría de las leyes de orden público, que los particulares no pueden alterar.—Véase FREITAS, 1378. Comp. 1218, 1219, 1291 y 1292. Es el art. 198 del Código.

El art. 1432 Cód. Civ. Alemán ha introducido una gran reforma que responde á una necesidad de estos tiempos. Autoriza á la mujer para disolver ó modificar el contrato de matrimonio, cambiando el régimen de los bienes. Nuestro Código, art. 1219, temiendo la influencia del marido sobre la mujer, ha declarado inalterable las convenciones nupciales, y prohibido bajo pena de nulidad cualquier contrato entre los esposos después del matrimonio. Es una reforma que merece ser estudiada, y que no pone en peligro los bienes de la mujer. Pueden verse los arts. 1368, 1440, 1523 y 1526. Cód. Civ. Alemán.



la Iglesia Católica, y solo se ha cambiado el juez que debe conocer de él.

Se debe tener presente que la separación de bienes puede traer el divorcio, aunque no está consignada como causa: porque no se concibe la separación con los efectos de los arts. 1299 á 1302 sin que el divorcio sea su consecuencia.

§ 83.—DE LAS CAUSAS QUE PUEDEN MOTIVAR EL DIVORCIO
PRUEBAS DE LOS HECHOS

Las causas del divorcio son las siguientes:

1º *Adulterio de la mujer ó del marido* (art. 67, nº 1). poniendo en un pie de perfecta igualdad á ambos cónyuges, lo que es inconveniente é impropio, como lo reconocen casi todos los códigos, y la naturaleza del hecho mismo lo demuestra.

2º *Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal ó como cómplice* (art. 67, nº 2).

(Art. 67, nº 1.) Es necesario tener presente que el adulterio en el hombre no es considerado como delito, según el Cód. Penal, art. 123, si no cuando tiene manceba en su casa, ó fuera de ella: pero esto no obsta para que la mujer pueda demandar el divorcio, aun fuera de estos casos: ambas legislaciones debieran armonizarse. ¿Es necesario la prueba? ¿Bastará que uno ó ambos se reconozcan culpables? No, porque es la única prueba que no se admite. El cónyuge culpable tendrá que someterse á las consecuencias que nacen de una sentencia dada en su contra, como el no heredar á su cónyuge (art. 3574), dar los alimentos, perder la patria potestad, etc.

Haremos notar que el Cód. Franc., art. 230, y Freitas, art. 1386, que han servido de modelos, sólo autorizan el divorcio por el adulterio del marido, cuando tuviere concubina; el Cód. Español, art. 103, sólo cuando del adulterio del marido resultare escándalo público ó menosprecio de la mujer; en este sentido debe completarse en el porvenir nuestra disposición.—Comp. FREITAS, art. 1386. Cód. CIV. ESPAÑOL, art. 105, nº 1. Cód. CIV. ALEMÁN, arts. 1441 y 1565.

(Art. 67, nº 2.) Este inciso excluye el adulterio como causa de divorcio, cuando el demandante ha consentido en el hecho punible, ó ha participado de él. Fue suprimido en el Cód. Francés porque se suponía, con alguna razón, que uno de los esposos no quisiera presentar esta



3° *La provocación de uno de los cónyuges al otro á cometer adulterio ú otros delitos (art. 67, n° 3).*

4° *La sevicia (art. 67, n° 4).*

causa legítima, «sin correr algunas veces el riesgo de llevar á su cónyuge al cadalso», y se prefirió comprenderla en la palabra *exceso* del art. 231. Véase Locré, V, pág. 103, 183 y 262. La crítica jurídica no puede menos de aceptar una razón de tanto peso: ¿qué mujer se atreverá á acusar al padre de sus hijos, de un delito que puede llevarlo á presidio? Por lo menos habrá cierta repugnancia en constituirse acusadora de su marido para obtener el divorcio. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro es un delito, y ninguno de ellos debe ser obligado á ser denunciante ó acusador para obtener el divorcio. La disposición está apoyada por el Cód. LUISIANA, art. 136, FREITAS, art. 1386, n° 2, y reproducida por el Cód. Civ. ALEMÁN, art. 1566, pero no la tienen la mayor parte de los Códigos.

(Art. 67, n° 3.) La ley provisional de Matrimonio Civil para España, art. 85, considera como causa de divorcio no sólo la propuesta del marido para prostituir á la mujer, sino la tentativa, aunque no mediare propuesta, y creo que nuestro artículo ha comprendido en la palabra provocación, cualquier tentativa con el objeto de cometer un delito. Entendiendo rectamente la expresión de *otros delitos*, de que se vale el inciso, debemos comprender no sólo los que atacan el pudor de la mujer, sino á cualquier otro que se intentare cometer. Esta disposición, en su última parte, no está apoyada por Freitas. El Cód. Civ. Español no la contiene, pero el Cód. Civ. Alemán, art. 1568, autoriza á pedir la separación por una conducta deshonrosa ó inmoral de uno de los cónyuges: correspondiendo á esta, la condena á reclusión, el rehusar el débito conyugal y la enfermedad contagiosa y culpable.

(Art. 67, n° 4.) La sevicia comprende los malos tratamientos materiales. El Cód. Civ. Español, art. 105, dice que no es necesario que el marido trate á su mujer con excesiva crueldad, como lo indica la misma palabra *sevicia* en su significado común y legal. Este inciso es sobrea-bundante, pues el n° 6, autoriza á pedir el divorcio aunque los malos

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 67, n° 3.—Al divorcio lo hace inevitable los repetidos escándalos en el hogar, y las injurias á la esposa, á quien se manifiesta desprecio, y el esposo culpable debe abonar todas las costas del juicio.—Jur. Civ. IV, 569, 86r.



5° *Las injurias graves; para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse* (art. 67, n° 5).

6° *Los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida cónyugal* (art. 67, n° 6).

7° *El abandono voluntario y malicioso* (art. 67, n° 7), de cualquiera de los cónyuges.

tratamientos no fueren graves. Freitas, art. 1386, n° 3, trae esta causal, porque no contiene una disposición como la del n° 6.

(Art. 67, n° 5.) Las injurias en general no comprenden los malos tratamientos de hecho, sino los insultos ó señales de desprecio.

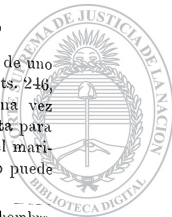
Los jueces deben tener en consideración la calidad de las personas, su educación, costumbres, posición social, etc., antes de decidir sobre estas cuestiones que rompen, casi para siempre, el porvenir de una familia, y en cada caso apreciarán las causas alegadas con un criterio sereno y elevado. Son cuestiones de hecho que quedan libradas á su prudencia y discreción. La injuria grave no debe confundirse con los malos tratamientos materiales, de que habla el n° 6: porque en la injuria es necesario la gravedad del insulto, y en el mal tratamiento basta su continuidad, aunque sea leve. Freitas, art. 1386, n° 4, exige que las injurias sean graves y repetidas, y los jueces deben tener presente esta circunstancia, para no autorizar el divorcio sino en esos casos.

(Art. 67, n° 6.) Esta es una reforma de grande importancia, porque reconoce uno de esos estados que no se deben autorizar en una familia. Un lugar donde todo es disgusto, en que el marido se porte con grosería olvidando sus deberes y dando mal ejemplo á sus hijos por las continuas reyertas con su mujer, es más bien un foco de mal ejemplo, que la ley debe evitar. Es una disposición adelantada que no contienen los Códigos modernos.

(Art. 67, n° 7.) ¿Qué se debe entender por abandono voluntario y malicioso? El abandono será involuntario cuando uno de los cónyuges no pueda, por cualquier causa ajena á su voluntad, volver al domi-

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 67, n° 5.— Las injurias graves y el abandono debidamente justificado, hacen procedente el divorcio.—Jur. Civ., V, 126, Sér. 4°.





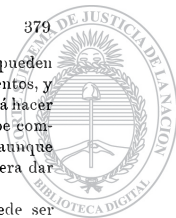
En cuanto al desconocimiento que el marido hiciera de uno de sus hijos, usando del derecho que le acuerdan los arts. 246, 253 y 254, aunque supone el adulterio de la mujer, una vez probado que no es hijo del marido, no autorizaría á esta para pedir la separación, si fuera rechazada la pretensión del marido. Ha usado de un derecho perfecto, y la mujer no puede reprocharle.

cilio conyugal; pero no se reputará abandono cuando el hombre, por la naturaleza de sus negocios tenga que permanecer en otra parte, desde donde provea á las necesidades de su familia. ¿Pero si ambos cónyuges se han separado voluntariamente? ¿Cuál de ellos podrá alegar el abandono? Es necesario que haya un juicio, una demanda de reintegración al domicilio conyugal y una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que lo ordene. El cónyuge que no quiera volver al hogar dará causa al divorcio. ¿Pero en qué tiempo deberá hacerse esa reintegración? El Cód. Civ. Alemán, art. 1567, que trae esta causal de divorcio, dice: hay abandono malicioso, cuando el esposo después de un juicio que lo condena á la reintegración del domicilio conyugal, y que ha adquirido la autoridad de la cosa juzgada, se rehusa durante un año á conformarse con él contra la voluntad del otro cónyuge, que pide el divorcio; cuando maliciosamente y contra la voluntad del otro, uno de los esposos se ha alejado durante un año de la casa conyugal y que las condiciones necesarias para la intimación pública han existido contra él después de un año.

Se pueden tomar, según los casos, como reglas de criterio estas disposiciones, hasta que la ley de procedimientos, venga á llenar el vacío.

Para reputarse el abandono como causa de divorcio, es necesario que el cónyuge que lo pide, ofrezca reintegrar el domicilio conyugal. ¿Podrá pedirlo el que ha abandonado el hogar? Creo que no; sería poner en su mano la causa de divorcio, cuando el inocente no reclama la separación.

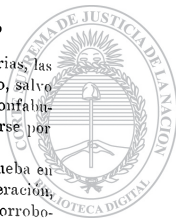
A las causales enunciadas se ha debido agregar la disposición del art. 232 del Cód. Francés: la condenación de uno de los esposos á una pena infamante, que el Código Español consigna en el art. 105, n° 6, bajo estas frases: «la condena del cónyuge á cadena ó reclusión perpétua.» agregando en el n° 5 esta causal: «el conato del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos ó prostituir á sus hijas y la convivencia de su corrupción ó prostitución». Causal que está comprendida en el art. 2°. Véase art. 204 del Código.



Las injurias, se dividen en verbales y de hecho; estas pueden estar comprendidas en la sevicia y en los malos tratamientos, y nuestro Código se refiere sólo á las verbales, que tienden á hacer despreciable á la persona. En la injuria de hecho no debe comprenderse la contaminación de una enfermedad secreta, aunque según las circunstancias de que fuera acompañada pudiera dar causa al divorcio.

La prueba de los hechos alegados en la demanda puede ser dada por todos los medios, y aun traerse como demostración los hechos posteriores á la demanda, que vinieran á apoyarla, corroborando lo afirmado en ella; así es que *toda clase de prueba será admitida en este juicio, con excepción de la confesión ó juramento de los cónyuges (art. 70).*

(**Art. 70.**) La prueba de los hechos alegados en la demanda de divorcio debe darse en juicio, para que la sentencia pueda ser pronunciada, y es una excepción á los principios generales que rijen las pruebas: porque la confesión que es la principal y más importante, no se admite en este juicio. No se debe, sin embargo, tomar en un sentido absoluto esta exclusión que privaría al juicio de uno de los elementos más importantes de convicción. Lo que la ley ha querido expresar, es que la sola confesión no basta para declarar el divorcio, porque entonces se contraría el principio, de que no hay divorcio por mutuo consentimiento; pero no desechar la confesión como un medio confirmativo; así, las heridas ó los golpes inferidos á la mujer, probados por un reconocimiento médico, con la confesión del marido, p. e., serían bastante prueba para el juez. Son cuestiones de hecho que quedan libradas á la apreciación de los magistrados, teniendo presente que estos pequeños dramas del hogar casi no tienen testigos, porque se desenvuelven en lo más íntimo de la familia. Desechar absolutamente la confesión sería un gravísimo error. Todos los autores franceses, comentando el art. 307, están contentes en aceptar, que la confesión por sí sola no prueba la verdad de los hechos alegados; pero que debe ser tomada en consideración cuando es corroborada por otros indicios ó elementos de convicción, y Toullier, II, n° 759, fundado en el art. 870 del Código de Procedimientos va hasta sostener, que debe admitirse la confesión en el divorcio, rechazándose en la separación de bienes, argumento que entre nosotros no tiene valor, porque el art. 70 expresamente exceptúa la confesión como medio único de prueba.-- Véase LOCRÉ, V. pág. 280, n° 32. DEMOLOMBE, IV, n° 474. DURAN-



Pueden servir de prueba para demostrar las injurias, las cartas privadas dirigidas por uno de los cónyuges al otro, salvo al juez el derecho de desecharlas, cuando resultare una confabulación entre ambos, porque entonces podrían divorciarse por mutuo consentimiento.

La confesión del demandado no hace por sí sola prueba en el juicio de divorcio; pero deberá ser tomada en consideración, cuando hubiera hechos ó indicios vehementes que la corroboren y den al juez elementos necesarios de convicción. Tampoco será tomado en consideración el juramento decisorio sobre los hechos alegados. Hay interés en que se demuestre la verdad, para impedir la confabulación entre los esposos.

§ 84. — DE LOS QUE PUEDEN PEDIR EL DIVORCIO Y CAUSAS QUE EXTINGUEN LA DEMANDA

El derecho de demandar el divorcio solo corresponde á los esposos: *y se extingue la acción de divorcio y cesan los efectos del divorcio ya declarado, cuando los cónyuges sehan reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción ó motivaron el divorcio (art. 71, 1ª parte).*

TON, II, n° 602. MARCADÉ, al art. 306. n° 4. VAZEILLE, II, n° 564. AUBRY Y RAU, § 491, notas 40 y 41. MERLIN, *Cuestiones* 1° *Adulterio*, § 10, n° 3. DEMANTE, II, n° 8, *bis*.

El modelo de nuestro Código, es Freitas que dice en el art. 1394: «toda clase de pruebas serán admitidas en estas acciones; pero la confesión ó juramento de los cónyuges *no será suficiente* para que el divorcio sea decretado». La confesión, dice la Corte de Casación Francesa, puede ser tomada en consideración, particularmente cuando no es *voluntaria* y que se induce de hechos constantes, cuyo carácter y consecuencias corresponde determinar á los jueces. — SIREY, 1806, 1, 97. Es el art. 207 del Código, sin reforma.

(**Art. 71.**) Es el art. 218 del Código con alguna variación. La reconciliación deja sin valor la demanda de divorcio y los efectos provisionarios que el juez hubiere declarado: equivale á un desistimiento, pero tendrá que demostrarse la reconciliación, si fuere impugnada.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 70.—La declaración de los parientes, dependientes y domésticos de los esposos, es admisible en los juicios de divorcio.—Jur. Civ., V, 126, Sér. 4ª.

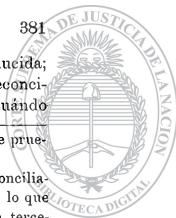
La reconciliación de los esposos extingue la acción deducida; pero como depende de los hechos que demuestren esa reconciliación, queda á la apreciación del magistrado el decidir cuándo

La cohabitación que hace presumir la reconciliación, admite prueba en contra.

Cuando el divorcio ha sido declarado por sentencia, la reconciliación hace cesar *ipso facto* los efectos que había producido en lo que se relaciona con los mismos cónyuges, sin que se perjudique á terceros. Todo vuelve al estado anterior, en lo que se refiere á las relaciones personales de los esposos; así, las convenciones matrimoniales vienen á ser las mismas, las donaciones que se habían hecho continúan como si no hubiera existido divorcio. Las donaciones revocadas expresamente en virtud del divorcio, no necesitan de volverse á confirmar, como lo enseñan algunos, siguiendo á Aubry y Rau, Demolombe y otros; porque nuestro Código contiene una disposición expresa que no se encuentra en el francés. En nuestro derecho cesan los efectos del divorcio y vuelven las cosas al estado que antes tenían; mientras que en el francés se extingue sólo la acción de divorcio. En comprobación de esta doctrina viene el art. 1304 que, una vez hecha la separación judicial de bienes por escritura pública, queda sin efecto por la sola reconciliación. La reconciliación no hace cesar la condena á una pena infamante que se hubiere pronunciado contra uno de ellos ó contra ambos por otras causas que no fueran la de adulterio, que es la única que se puede perdonar. La acción privada puede renunciarse por cualquiera de los esposos; pero cuando se acusa al otro cónyuge de un crimen en que debe intervenir el Ministerio Público, ó se ha pronunciado sentencia firme, la reconciliación no podría dejar sin efecto la sentencia.—AUBRY Y RAU, § 495 y 496, nota 5., DEMOLOMBE, IV, n° 538., VAZELLE, I, n° 558.

¿Cuándo puede alegarse la reconciliación? ¿En qué tiempo deben deducirse las causas de la separación? ¿Hay lugar á prescripción entre los esposos, con relación á los hechos que dan lugar á pedir la separación? La vida común constituye una presunción de reconciliación; pero si se demostrase que los cónyuges, después de haberse presentado al tribunal, hubieran abandonado el asunto, por no aumentar el escándalo, arreglando una separación privada en el hogar, no se podría alegar la reconciliación, que se funda en el perdón de la ofensa, compartiendo el mismo lecho.

La ley no determina el tiempo en que se pueda pedir la separación, fundándose en los hechos que la motivan; así es que si los espo-





se debe considerar como tal. Si es cierto que *la ley presume la reconciliación, cuando el marido cohabita con la mujer, después de haber dejado la habitación común (art. 71, 2ª parte)*; también lo es, que esa presunción admite prueba en contra; cambia solamente la posición de las partes. Así, el embarazo de la mujer, después de haberse restituído al hogar, probaría la reconciliación, á di-

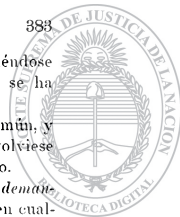
sos, después de cometidos los hechos, se hubieren separado sin deducir demanda, en cualquier tiempo podrían hacerlo. No hay lugar á prescripción, como lo sostienen varios autores franceses, confundiendo la acusación del delito, con la causa de la separación.

El delito cometido por el marido puede estar prescripto, de modo que no pueda ser acusado; pero eso no impide que se pueda alegar el mismo hecho como causal de separación. La prescripción de las demás acciones entre los cónyuges no tiene lugar, aunque estén separados, según el art. 3969. Demolombe, IV, 400, apoya esta doctrina contra la opinión de Toullier, II, 762, que sostiene, que el silencio de los esposos durante un año, autorizaría á los tribunales para rechazar la demanda de divorcio, y contra Zachariæ, que enseña que sólo la excepción trentenaria podría autorizar el rechazo.

La ley guarda silencio sobre si pueden volverse á alegar las mismas causas que ocasionaron el divorcio después de la reconciliación, habiendo creído expresar todo el pensamiento con decir: que las cosas *se restituyen al estado anterior á la demanda*, manera imperfecta, pues los efectos del divorcio cesarán sin que en realidad puedan volver las cosas al estado en que antes estaban, porque han pasado hechos que no se pueden borrar y que se reconocen como existentes, habiendo modificado el primitivo estado.

El art. 273 del Cód. Francés autoriza á volver sobre la reconciliación alegando una nueva causa, á la cual se pueden unir las antiguas, y creemos que sin peligro se puede seguir esta doctrina: porque si uno de los esposos ha perdonado, en la esperanza de que no se volverán á repetir los hechos, en cualquier tiempo que éstos vuelvan á ejecutarse, podrá alegar los anteriores.—Comp. Cód. de Chile, art. 178. Cód. Francés, art. 272 á 274. Aubry y Rau, § 495 y 496. Freitas, art. 1393, n° 2. Demolombe, IV, n° 402 y sig.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 71.—Para decretarse el divorcio no basta la conformidad de los esposos: debe justificarse plenamente la existencia de los hechos en que se funda la acción.—Jur. Civ., VI, 134, Sér. 3ª.



ferencia de lo que sucede en derecho francés, que no habiéndose indicado los hechos que constituyen la reconciliación, se ha dejado al arbitrio de los jueces el determinarla.

Cohabitar en el sentido de la ley es hacer vida común, y cualquiera de ellos que hubiere abandonado al otro, y volviese á unirse y hacer vida común, se tendría por reconciliado.

La reconciliación restituye todo al estado anterior á la demanda de divorcio (art. 71, 3ª parte), y puede ser alegada en cualquier estado del juicio. Los hechos que prueben esa reconciliación pueden demostrarse como los demás, por todo género de prueba, y la confesión en este caso será una de las más importantes, así como las cartas misivas del cónyuge demandante. La aproximación sexual, aunque fuere momentánea, probaría el perdón; pero la cohabitación accidental, establecería una leve presunción, que se desvanecería por cualquiera prueba en contrario, que demostrase que no hubo la intención de reconciliarse. La reconciliación no alterará los hechos producidos durante la separación.

No se puede rechazar la demanda de divorcio, alegando la compensación de las mismas faltas ó de otras semejantes cometidas por el mismo demandante; pero servirán para que los jueces aprecien la gravedad de los hechos alegados en la demanda, y aun la rechacen, según las circunstancias, por no ser bastantes.

§ 85. — MANERA DE PROCEDER EN LAS DEMANDAS DE DIVORCIO

El procedimiento en los juicios es de competencia de las provincias federadas, á quienes se ha reservado el derecho de legislarlo, habiendo cometido el error de separarse del principio, que busca la unidad de legislación en una misma nación.

Si las jurisdicciones locales no deben alterarse, dejando á cada provincia su autonomía, eso no habría impedido que se hubiera procedido como se hizo con relación á los códigos generales, cuya aplicación é interpretación se dejó exclusivamente á los estados federados, sin que hubiera recurso alguno. Y esta unidad de legislación en el procedimiento era tanto más necesaria, cuanto que hay puntos de contacto entre las leyes de



forma y de fondo en que se confunden, no siendo posible decidir si una misma disposición pertenece al fondo ó á la forma, como sucede con la que manda, que *puesta la acción de divorcio, ó antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez, á instancia de la parte, decretar la separación personal de los casados (art. 68, 1ª parte)* atribuyendo al juez facultades que las leyes

(**Art. 68.**) Es el art. 205, Cód. Civ. sin variación. Cuando la mujer hubiere huido de la casa con algún otro, el marido puede pedir la detención de esta en una casa de corrección, aún antes de entablar la demanda de divorcio; pero si por cualquiera causa que no toque á su honor y delicadeza lo hubiere abandonado, no se la debe depositar forzándola á abandonar el que hubiere elegido, desde que nada haga sospechar sobre su fidelidad y honestidad; como si abandonó la casa porque le fuera insoportable el vivir allí. Si el marido alegase alguna causa que hiciera temer algún peligro para su honra, el juez ordenará el depósito, si después de oír á la mujer, creyese justificado esos temores.

Se debe proceder sumariamente y con extrema prudencia, sin dejar de oír á la mujer para evitar cualquier medida que pudiera herir su decoro.

Puesta la demanda, el juez decretará la separación personal de los esposos, y si es deducida por la mujer inocente, esta podrá elegir la casa que mejor le convenga, á menos que el marido la acusare á su vez y pidiera el depósito en casa honesta.

La mujer no puede elegir para vivir una casa fuera de la jurisdicción del juez que conoce en el juicio, que será el del domicilio del marido en el momento en que se deduce la demanda. Estas medidas son provisorias. El juez determinará con quién deben quedar con los hijos, y si ambos fuesen culpables de algún delito, los depositarán en casa honesta; acordará los alimentos que deben prestarse á la mujer, si no tuviere bienes propios, así como á los hijos que quedaren con ella.

Para fijar los alimentos, el juez debe tener presente la condición y posición de las personas, los bienes de fortuna del marido y todas aquellas circunstancias que puedan hacerle formar un juicio acertado. Procederá en juicio sumario é informativo, oyendo á las partes.

En el juicio sobre alimentos, la sentencia se ejecutará no obstante la apelación, y por eso mismo los jueces deben ser más circunspectos antes de dictarla. Si el marido viviera de su trabajo personal ó de alguna profesión, los alimentos que se acuerden á la mujer y á sus



de forma pueden negarle, y que, sin embargo, son esenciales a la misma ley de fondo, que no puede guardar silencio sobre el fin y objetos de la acción, y los medios para que sea eficaz.

El juez puede ordenar igualmente, en caso de urgencia, *el depósito de la mujer (acusada) en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción (art. 68, 2ª parte)*, pero si la mujer fuera la demandante y el marido no la acusare á su vez, no podrá ser molestada. Si la mujer al entablar la demanda hubiera abandonado el domicilio conyugal, temiendo los malos tratamientos del marido, el juez á solicitud de este, si hubiere peligro, puede ordenar el depósito en casa honesta, si lo creyere conveniente.

Cuando el juez autorizase á la mujer para dejar el domicilio conyugal, ó confirmase el abandono que esta hubiere hecho, ella podrá hacerse entregar los efectos de su uso personal, como las

hijos, así como las espensas deben ser en proporción de lo que ganare: si fuera empleado público ó militar convendrá embargar la parte del sueldo que se crea conveniente, autorizando á la mujer para recibirlo. Todas estas medidas corresponden á las leyes de procedimientos.

Cuando hubiere hijos menores de cinco años, deberán ir con la mujer. ¿Aún en el caso de ser acusada de adulterio? Creo que no, fundándome en la reforma que se hizo del art. 213, que decía: *siempre* quedarán á cargo de la madre, suprimiéndose el adverbio siempre en el art. 76 de la ley de Matr. Civ. para indicar que es facultativo del juez. Y no puede ser de otra manera; si la mujer casada vive con otro, no debe tener á sus hijos, á menos que estuvieran en la lactancia. Todas estas medidas son provisorias y no tienen grande importancia. —FREITAS, art. 1388. CÓD. DE CHILE, art. 168. Véase arts. 3575 y 3576.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 68.—No basta la separación de hecho para justificar una demanda de alimentos de la esposa contra el marido, en juicio sumario.—Jur. Civ. III, 575, Sér. 1ª.

Justificado el matrimonio y el caudal del esposo, procede la fijación de alimentos y litis espensas.—Jur. Civ., XIV, 300, Sér. 4ª.

Procede la designación de la casa paterna para depósito de la esposa, en los casos de divorcio.—Jur. Civ., XI, 207, Sér. 4ª.

Es potestativo del juzgado la designación de depositario de la esposa en la separación provisoria.—Jur. Civ., XII, 333, Sér. 4ª.

Los honorarios devengados por el abogado y procurador de la esposa en el juicio de divorcio, son á cargo del marido.—Jur. Civ., I, 203, Sér. 5ª.



ropas y otras cosas semejantes. El juez no podrá obligar al marido á abandonar la casa habitación para dejársela á la mujer, como sucede en derecho francés, en que los jueces tienen facultades más amplias.

Si la mujer abandonara sin causa justificada la casa de familia señalada por el juez, el marido puede rehusarse á darle los alimentos que provisionalmente se le hubieren señalado, sin perjuicio de obligarla á volver á ella.

Durante el juicio, el juez puede *determinar* (provisionalmente sobre cuál de los esposos debe quedar) *el cuidado de los hijos con arreglo á las disposiciones del Código*, (teniendo presente lo dispuesto en los arts. 76 y 77), *y los alimentos que han de prestarse á la mujer y á los hijos que no quedasen en poder del padre, como también las expensas necesarias á la mujer para el juicio de divorcio (art. 68, 3ª parte).*

La demanda de divorcio deberá fundarse en alguna de las causas determinadas en el art. 67; pero el juez no puede rechazar de oficio la querella, aunque no estuviera fundada. *Si alguno de los cónyuges fuese menor de edad, no podrá estar en juicio, como demandante ó demandado, sin la asistencia de un curador especial, que para este solo fin elegirá la parte, y en su defecto nombrará el juez (art 69),* de manera que el juicio será decla-

(**Art. 69.**) El marido es menor de edad. ¿Tendrá que pedir autorización judicial para estar en juicio demandando el divorcio? Creo que no; porque el artículo haciendo una excepción al 135, n° 7, sólo le exige el nombramiento de curador dándole el derecho para designarlo; y si acurrimos á la fuente, que es el art. 1391 de Freitas, veremos que nuestro Código ha suprimido la frase: *sin expresa autorización del juez de huérfanos*; lo que indica la intención clara de no exigir esa autorización. No sería un derecho inherente á su persona como debe ser el de pedir el divorcio, si pusiéramos en la mano del juez la facultad de conceder ó negar la autorización.

Nombrado el curador, ¿éste debe proceder sin intervención del menor? No, por que se trata de una acción personalísima en que el demandante debe ser completado ó asistido solamente del curador. ¿Cuáles serán las facultades de éste cuando se encuentre en oposición con el menor? Es cuestión que corresponde á la ley de procedimientos; pero en caso de silencio de esta, el curador no tendría otro medio que

rado nulo, y lo que se decidiere no tendrá valor contra el menor que no ha sido legalmente representado. La parte capaz podrá alegar la nulidad, porque se trata del procedimiento, que es ley de orden público.

CAPÍTULO X

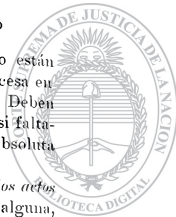
§ 86.—DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

Decretada definitivamente la separación, los esposos vienen á considerarse como extraños en sus relaciones personales, aunque subsisten las incapacidades para contratar entre sí, porque continúan reputándose una misma persona; así, *separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio ó residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero; pero, si tuviese hijos á su cargo, no podrá transportarlos fuera del país sin licencia del juez del domicilio (art. 72), de*

renunciar su puesto. La personería del menor es tan necesaria que está en su mano el hacer cesar el juicio por la reconciliación con su mujer. ¿Debe intervenir en el juicio el Ministerio de Menores? Me decido por la afirmativa, porque los arts. 59 y 494 son terminantes y no admiten excepción. Si la mujer fuera impúber, p. e., de 13 años de edad, ¿podrá nombrar ella su curador? La ley no hace excepción, y aunque la reputa *incapaz absolutamente*, la ha juzgado *relativamente* capaz para el matrimonio. El sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, no podrá demandar el divorcio, desde que no puede manifestar su voluntad. Estas son las incongruencias de admitir matrimonios entre personas absolutamente incapaces. — Comp. FREITAS, art. 1391.

(**Art. 72.**) Separados judicialmente y roto el poder marital, la mujer mayor de edad recobra por completo su capacidad, que el matrimonio le hizo perder. La disposición del art. 73, que es el 210 del Código, consagra la verdadera doctrina, suprimiendo las prohibiciones contenidas en la anterior legislación, limitándola sólo á no enajenar sus bienes inmuebles, art. 1302. No creemos acertada la prohibición (sin sanción) de no poder llevar los hijos al extranjero; porque desde que los jueces han considerado capaz de educarlos, al cónyuge á quien se los confiaron, deben darle completa libertad, como la tienen los padres antes del divorcio, y esta observación adquiere mayor peso, cuan-





donde se deduce esta consecuencia: que los esposos no están obligados á prestarse asistencia personal, y el marido cesa en las obligaciones de dar á la mujer los recursos necesarios. Deben guardarse la fidelidad pudiendo acusarse de adulterio si faltaren á este deber, así como exigirse alimentos en caso de absoluta necesidad.

Si la mujer fuese mayor de edad, podrá ejercer todos los actos de la vida civil (art. 73, 1ª parte), sin intervención alguna,

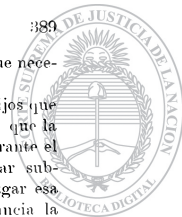
do es el padre el que los tiene en su poder. La prohibición de no sacarlos del territorio no tiene significado, si no hay una sanción penal que haga efectivo el mandato. Véase FREITAS, art. 1398, nº 2. Es el art. 209 del Cód. Comp. arts. 1302 y 1306.

(**Art. 73.**) Es el art. 210 con una reforma importante, pues la mujer mayor de edad recobra su capacidad y ejerce todos los actos de la vida civil. En lo que se refiere á los bienes de la sociedad conyugal, el marido continuará con su administración, si no ha dado causa al divorcio (art. 1306), porque la mujer no podrá pedir la separación de ellos; en lo que encontramos un gravísimo inconveniente, por la dificultad de reglar las relaciones de derecho entre marido y mujer. Mantenerla sujeta y dependiente del marido en lo que se relaciona con los bienes de la sociedad, es una especie de pena que se impone por haber dado causa al divorcio; no acepto la doctrina, aunque esté apoyada por la gran autoridad de Freitas, art. 1401, y debe reformarse en el porvenir.

El divorcio deja en libertad á los cónyuges para cambiar de domicilio, y esta libertad se encontraría restringida para la mujer que debe vivir de lo que le produzcan sus bienes. ¿Y cómo se obliga al marido á continuar con una sociedad que no existe? En realidad tendrá que pedir la separación para hacer cesar toda participación con la mujer, en las ganancias que pueda obtener. Me coloco en la hipótesis de que el marido sea inocente, porque entonces él puede no demandar la separación de bienes, resultando una posición violenta para la mujer.

Cuando la mujer sea la inocente y no pidiera la separación, no creo que se pueda obligar al marido á continuar con una administración que no debe querer. El divorcio rompe toda relación entre el marido y la mujer, y la ley estará en la verdad reconociendo los hechos tales como pasan.

Si la mujer ó el marido, ó los dos fueren menores de edad, como la emancipación ha producido su efecto, ambos estarán autorizados para



excepto, cuando trate de enajenar los bienes raíces en que necesita la autorización judicial.

Aunque la ley guarda silencio, con relación á los hijos que la mujer tuviera durante el divorcio, debemos decir, que la presunción del art. 245 (de que los hijos concebidos durante el matrimonio tienen por padre al marido), debe continuar subsistiendo, mientras el marido no lo reclame; y para juzgar esa reclamación se tomará como un antecedente de importancia la separación y la ausencia de reconciliación. Convendría que nuestra ley fuera completada en esta parte por una disposición semejante á la de la ley francesa de 6 de Diciembre de 1850, en que basta la negativa del marido, para que la presunción deje de existir, y corresponda á la mujer ó sus herederos el demostrar la aproximación sexual.

Cuando el divorcio hubiese sido pronunciado por causa de adulterio, el Ministerio Público no tiene derecho á pedir la pena contra los culpables, si el marido no lo hace; el ofendido es el único que puede acusar (art. 124 Cód. Penal); él mismo puede en cualquier tiempo remitir la pena (art. 125), lo que no creo propio; porque si la sociedad no debe intervenir en las investigaciones del adulterio respetando el hogar que debe estar amurallado, cuando cualquiera de ellos lo ha hecho público por la acusación y su declaración por sentencia, debía castigarlo á

ejercer los actos de la vida civil con las limitaciones del art. 135. Ninguno de ellos vuelve á la patria potestad en que estaban y resultará una posición curiosa para la menor de catorce años y mayor de doce, ó para el sordo-mudo que no puede darse á entender por escrito. Dos incapaces con *incapacidad absoluta*, manejándose por sí mismos, sin que tengan voluntad!

Respecto á los bienes propios de la mujer, que hubiere dado causa al divorcio, no creo que pueda continuar el marido con su administración, aunque lo contrario parecería deducirse del art. 1306. —Comp. FREITAS, art. 1398, n.º 4.

Fallos de la Cta. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 73. — Si con arreglo á las disposiciones de la ley Argentina, el divorcio no disuelve el vínculo, la madrastra, existiendo la madre, es un extraño para el causante de la sucesión, cualquiera que fueran las leyes que hubiesen autorizado el doble matrimonio. —Jur. Civ., III, 5, Sér. 3.º



petición del representante de la acción pública, por que entonces daña á la sociedad, cuyas costumbres pervierte y ultraja.

Cualquiera de los cónyuges que fuese menor de edad. quedará sujeto á las disposiciones del Código, relativas á los menores emancipados (art. 73, 2ª parte), y podrán ejecutar todos los actos, con excepción de los señalados en los arts. 134 y 135 en que necesitan autorización judicial.

La separación por el divorcio, no ataca el poder paterno que la ley confiere á los esposos sucesivamente, sobre la persona ó bienes de sus hijos; porque pueden ejercerlo separadamente según lo haya decidido el tribunal, encargando á cada uno de ellos del cuidado de los que se dejaren en su poder. La mujer aún menor de edad, ejerce en estos casos plena potestad sobre aquellos cuyo cuidado se le hubiere confiado; lo que demuestra que no habria razón para privarle de la patria potestad sobre los hijos del primer lecho, cuando enviudare de su segundo marido.

Las reglas á que los jueces deben sujetarse en caso de divorcio para la entrega de los hijos, son las siguientes: 1º *Los hijos menores de cinco años quedarán á cargo de la madre (art. 76, 1ª parte)*: esta regla no es absoluta, porque puede haber casos

(**Art. 73.**) Véase pág. 388.

(**Art. 76.**) Es el art. 213 del Código, con una reforma muy importante, habiendo suprimido el adverbio *siempre*, que entregaba en todos los casos á la madre el derecho de tener á sus hijos hasta los cinco años. Esa supresión indica que puede llegar el caso en que no suceda tal cosa. La mujer que abandona el hogar por seguir á un amante, no debe llevar á sus hijos que han salido de la lactancia: pues si no están en el caso de recibir mal ejemplo por su corta edad, hay cierta repugnancia en confiarlos á una madre semejante. El juez puede, según los casos, acordar que sean tenidos por el marido.

¿Conserva el marido separado, la patria potestad sobre los hijos que no tiene bajo su poder? Bastará plantear la cuestión para resolverla por la negativa; pero como algunos enseñan lo contrario, creo necesario fundar esta opinión.

El divorcio hace cesar el poder del marido, y si la mujer ha sido elegida por el juez para tener en su poder á los hijos, quiere decir que se encuentra en uno de los casos en que se suspende la patria potestad del marido, como sucede en la incapacidad. Si la reconciliación viene,

en que no deban ir con la madre, como si fuera condenada á presidio por algún delito. 2º, *Los mayores de cinco años, se entregarán al exoso que, á juicio del juez, sea el más apropiado para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido ó por la mujer preferente derecho á tenerlos (art. 76, 2ª parte);* pero esta facultad tan grande que se confía al juez, sin que sea asistido por un consejo de familia, debe ser ejercida con extremada prudencia; porque sale de las ordinarias de juzgar. 3º, Pueden ser pri-

así como el poder marital se restablece, la patria potestad renace: por esa razón hemos dicho que sólo se suspendía.

No se puede suponer que la mujer tenga la guarda de sus hijos y el marido patria potestad sobre ellos; la resolución del juez al privarle de los hijos no tendría, en ese caso, efecto alguno. No se debe confundir la patria potestad con el derecho que conserva siempre el padre de ocurrir á la justicia, cuando la madre hiciera un uso abusivo de la misión que se le ha confiado. Varias Cortes Francesas han decidido en favor de este derecho que nada tiene de común con la patria potestad. —Véase AUBRY y RAU, § 494, nota 14.

Con relación á los bienes, nos decidimos por la opinión de los que sostienen, que el usufructo de los bienes de los hijos termina para el cónyuge que no los tiene en su poder; esta decisión es contraria á la admitida en la jurisprudencia francesa, porque allí la separación de cuerpos produce otros efectos, y porque una de las razones principales en derecho francés es que si se admitiera ese efecto, la reconciliación vendría á ser casi imposible, pues no borra como en el nuestro todo el pasado, si no que lo deja subsistente. El marido que tiene á sus hijos en su poder, por que el juez se los ha confiado, no tiene que dar á su mujer sino los alimentos. caso no tuviera como sostenerse, de ninguna manera le comunicará lo que recibiera del usufructo de sus hijos; lo mismo debe suceder con la mujer respecto de los bienes que administre. El divorcio separa toda relación entre marido y mujer, no dejando sino aquellas que son de absoluta necesidad, como una consecuencia del vínculo que subsiste. Comp. DEMOLOMBE, IV, 509 y sig., DURANTON, II, 634., DUVERGER sobre TOULLIER, I, 1064. VAZEILLE, II, 589. MARCADÉ, al art. 311.

Respecto á la educación de los hijos, los jueces pueden confiarla aún al culpable, si reconocen que sería más conveniente para ellos. En estos casos debería intervenir el consejo de familia para decidir á quien le compete. El juez no debe tener más misión que la de juzgar.





vados ambos cónyuges de la patria potestad, y en ese caso entra la tutela legítima; porque se trata de menores que no están bajo potestad alguna. 4º, *Si, por acusación criminal de alguno de los esposos contra el otro, hubiese condenación á prisión, reclusión ó destierro, ninguno de los hijos, de cualquier edad que sea, podrá ir con el que deba cumplir alguna de estas penas, sin consentimiento del otro cónyuge (art. 77).*

¿Están obligados á guardarse fidelidad? Sí, pero debe tenerse presente que no se impedirá el adulterio del hombre; porque no teniendo pena sino cuando mantiene concubina (art. 163 del Cód. de Pen.) no habrá medio de reprimirlo.—Comp. FREITAS, art. 1550, n° 3. GOYENA, art. 82. Cód. DE CHILE art. 224, l. 9, tit. 47, lib. 8, Cód. ROM.

(**Art. 77.**) Es el art. 214 del Código con una reforma importante. Por la legislación actual se permite al cónyuge culpable, que sufre una pena el que lleve á sus hijos si el otro lo consiente, y por más extraña que parezca la reforma, tiene su explicación en la pena de destierro, como lo observamos en la INSTITUTA, nota 38.

Debe tenerse presente, que la pena impuesta á uno de los esposos puede no ser de aquellas que la sociedad considera infamantes, como

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 76.—*Decretado el divorcio, los hijos menores de cinco años deben quedar en poder de la madre, designando el juez cuál de los dos cónyuges debe tener á los mayores sin que ninguno de los esposos pueda alegar preferencia.—Jur. Civ., X, 184, Sér. 1ª.

Es facultativo del juzgado la designación de los hijos que deben tener consigo los esposos.—Jur. Civ., III, 137, Sér. 5ª.

Cuando los cónyuges se hayan separados ilegalmente, el juez puede depositar los hijos menores en poder de un tercero.—Jur. Civ., V, 462, Sér. 1ª.

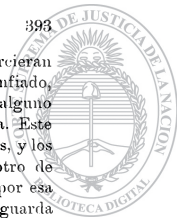
El padre en ejercicio de la patria potestad es el único que tiene derecho á tener consigo los hijos con preferencia á la esposa, el juez sólo puede elegir en caso de divorcio.—Jur. Civ., VII, 370, Sér. 1ª.

Es facultativo de los jueces la designación del padre que debe tener los hijos después de declarado el divorcio.—Jur. Civ., XI, 323, Sér. 3ª.

La disposición de la ley que concede á los jueces la facultad para designar después del divorcio, cuál de los padres debe tenerlos en su poder á los hijos, hace inútil toda transacción que sobre este punto hayan celebrado los cónyuges.—Jur. Civ. V, 579, Sér. 2ª.

Esta es una facultad que los jueces deben ejercer con extrema prudencia, y no deben mezclarse en las convenciones que los esposos hicieran, sino cuando hubiera verdadero peligro en que los hijos vayan con algunos de los padres.—(N. del A.)

Decretado el divorcio, el juez puede entregar los hijos al cónyuge que justifique mayor idoneidad.—Jur. Civ., I, 68, Sér. 3ª.



Cuando ambos esposos, separados por el divorcio, ejercieran la patria potestad sobre los hijos que se les hubieren confiado, tienen derecho para ocurrir á la justicia, en caso de que alguno de ellos hiciera un uso abusivo de la facultad conferida. Este derecho de vigilancia es ejercido en beneficio de los hijos, y los jueces que han confiado el cuidado de estos á uno y otro de los cónyuges, pueden quitárselos por causa justificada; por esa razón las decisiones de los tribunales, con relación á la guarda de los hijos, no hacen cosa juzgada y pueden alterarse según las circunstancias.

El divorcio no trae necesariamente la separación de bienes, lo que es un error de doctrina y una falta de armonía entre las disposiciones del Código, pues sólo acuerda el derecho de pedir la separación al cónyuge inocente. Esto no se concilia, ni con la capacidad reconocida á la mujer, ni con la libertad de ambos cónyuges, que vienen á quedar como extraños, pues cesan en sus relaciones personales. Así es que no considero bien inspirada la disposición que establece, que *dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, con arreglo á lo dispuesto en el título de la «So-*

sería la condena por duelo, ó por defender su honor ó dignidad excediéndose en la defensa; sobre todo nadie debe intervenir en el interior del hogar, cuando hay armonía entre los esposos, para turbar la autoridad que ejercen sobre sus hijos, á menos que estos sufran un perjuicio evidente, como sucedería en el caso de malos tratamientos ó de corrupción.

Si la pena fuera de presidio, que lleva consigo la suspensión de la patria potestad (art. 63, n° 2, Cód. Pen.), ni aún consintiendo el otro cónyuge, puede permitirsele que lleve sus hijos á la prisión, á no ser en el caso excepcional de ser la mujer que cría á sus hijos. Pero los jueces no deben de intervenir de oficio en estos casos, sino á requisición del Ministerio Público. Cuando los dos esposos fueren condenados á presidio, el juez nombrará tutor á los hijos, pues la patria potestad está en suspenso hasta que la pena se cumpla; así como deberá nombrarse un administrador á los bienes, pues están privados de su administración.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 77.—Mientras no exista contra la esposa pena de reclusión ó de destierro, los hijos menores de cinco años deben estar en su poder.—Jur. Civ., I, 45, 86r. 4°.



ciudad *Conyugal*» (art. 74. 2ª parte), en que solo se concede este derecho al cónyuge inocente; si él no la demanda continuará la comunidad de bienes.

(Art. 74.) Entre las medidas provisorias que la mujer puede pedir en caso de divorcio, se encuentra la de privar al marido de la administración de los bienes, ú obligarlo á dar fianza, pero no se debe atender á la exposición de la mujer, sin escuchar las explicaciones que diere el marido, teniendo en cuenta que la administración es uno de los principales derechos de este, y que no puede ser privado por la simple queja de la mujer.

En todos estos casos debe procederse con suma prudencia en juicio meramente informativo, y sólo cuando el juez note algún peligro, podrá acceder á la solicitud teniendo presente la conducta anterior del marido.

En cuanto á la causal de *disipación* que se autoriza por el artículo, debemos recordar que la *prodigalidad* está rechazada por nuestra legislación, que respetando la libertad de disponer no ha querido limitarla de una manera arbitraria; porque no hay una base cierta de criterio para decidir desde donde comienza y donde termina.

En la *disipación* de los bienes del matrimonio, que son los adquiridos por el trabajo del hombre, en la generalidad de los casos, no se puede establecer regla alguna y sería sumamente peligroso limitar la facultad del marido, volviendo á los tiempos en que se declaraba pródigos á los que gastaban lo que ganaban, sin guardar para los malos tiempos.

Se comprende que la mujer pueda y tenga derecho de defenderse contra las enajenaciones fraudulentas de su marido, pero no debe permitírsele que pueda controlar el empleo que este hace de un capital que, si bien pertenece á ambos, ha sido adquirido por su esfuerzo propio en la mayor parte de los casos.

Creo un error haber introducido la disipación, como causal para privar al marido de la administración de los bienes del matrimonio. Freitas, 1388, n° 4, no autoriza la privación de la administración por causa de disipación, lo que apoya nuestra crítica.

Una vez pronunciada la sentencia de divorcio, la unión conyugal ha concluido, y así como la separación de los esposos en sus relaciones personales es un hecho, así debía serlo en lo que respecta á los bienes, y consideramos un error también de doctrina, autorizar únicamente al cónyuge inocente para pedir la separación.

La fianza que el marido debe dar, la apreciará el juez, y podrá ser



Con relación á terceros, la cesación de la sociedad conyugal sólo tendrá efecto desde la sentencia firme; pero respecto de la capacidad de la mujer, esta será considerada como capaz desde que se declaró el divorcio; por consiguiente las enajenaciones hechas por el marido durante la comunidad son perfectamente válidas.

Desde la sentencia firme, el *cónyuge inocente que no hubiese dado causa al divorcio, podrá revocar las donaciones ó ventajas que por el contrato del matrimonio hubiere hecho ó prometido al otro cónyuge, sea que hubiesen de tener efecto en vida ó después de su fallecimiento (art. 75)*, y no podrá ser privado de esas ventajas por el cónyuge culpable.

sustituida por hipotecas, si el marido tiene bienes propios. En general, bastará un inventario de todos los bienes para prevenir cualquier fraude, porque no se le debe privar de disponer de lo que legítimamente le pertenece.—Comp. con los arts. 1295 y 1306, con los que deben estar en armonía.—FREITAS, art. 1388, n° 4. CONS. AUBRY y RAU, § 509, nota 3. POTHIER, *Matr.*, n° 470. TROPLONG, *Matr.*, II, 858.

Es necesario no confundir dos casos diversos, que tienen su legislación propia por nuestro Código: el de mala administración del marido, en que la mujer puede pedir siempre la separación de bienes, aunque fuera la culpable, y el de divorcio, en que no puede demandarla cuando lo fuera. He criticado esta diversidad de casos, que sólo deben reducirse á uno solo, cuando hay divorcio, pues, creo que este debe hacer cesar toda relación entre marido y mujer.

(**Art. 75.**) Nuestro artículo difiere del 299 del Francés, conduciéndonos á resoluciones diversas; el nuestro pone en la mano del

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 74.—La desaparición de hecho de los cónyuges no quita al marido el derecho de la administración legítima de los bienes del matrimonio, aunque sean adquiridos por la mujer durante la separación.—XI, 420.

Fallos de la C. m. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 74.—La sentencia que resuelve la demanda haciendo lugar al divorcio, por causas imputables á ambos cónyuges, autoriza á cualquiera de ellos para demandar la separación de bienes.—Jur. Civ., VI, 390, Sér. 1°.

Entablada la demanda de separación de bienes, la esposa tiene derecho para pedir el embargo preventivo de los bienes comunes, pero sólo en la parte que basten á responder de los propios.—Jur. Civ., VI, 592, Sér. 1°.

La petición de separación de bienes por el cónyuge inocente, procede después de consentida la demanda de divorcio.—Jur. Civ., VIII, 359, Sér. 1°.

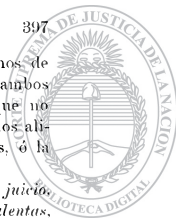


Otras legislaciones, conformándose con la naturaleza de los hechos producidos, dan por anuladas esas convenciones desde que se produce el divorcio, sin hacer distinción alguna, y sin cónyuge inocente, la facultad de revocar las donaciones que se habieren hecho ó prometido por el contrato de matrimonio; mientras que por el Francés quedan revocadas por la declaración del divorcio; de ahí esa otra diferencia que hicimos notar en nuestro art. 71 con el 272 del Francés, *extinguendo* este solo la acción del divorcio; mientras que el nuestro vuelve las cosas al estado anterior, como si no hubiera tenido lugar. Así, las donaciones que quedaron revocadas por el divorcio, necesitan confirmarse nuevamente en el derecho francés; mientras que en el nuestro necesitan revocarse *expresamente*, y cuando la reconciliación ha tenido lugar, todo vuelve al estado anterior, sin necesidad de actos expresos. Es necesario darse bien cuenta de estas diferencias, que algunos autores no han tenido presente.

Por nuestro derecho las donaciones deben revocarse expresamente, porque la ley no las da por revocadas; hay más, el cónyuge culpable no puede hacerlo; la expresión de *podrá revocar* las donaciones indican una facultad que se puede ejercer, no un efecto del divorcio; no equivalían á las de *perderá* todas las ventajas de que se sirve el francés.

Es una cuestión muy debatida en derecho francés, la de saber si la revocación de las donaciones que se operan por el divorcio, perjudica á los terceros adquirentes; los que sostienen la afirmativa, sólo admiten la excepción en lo que se refiere á la revocación por causa de ingratitud expresamente exceptuada en el art. 958, que es nuestro 1866, doctrina confirmada por una sentencia de la Corte de Casación de 30 de Agosto de 1865; pero Demolombe y Demante sostienen que ella debe extenderse á todos los casos.

Por nuestro derecho la revocación debe ser expresa, y cuando ha tenido lugar rige la excepción del art. 1866. El principio general es que la condición resolutoria, una vez cumplida, opera la revocación de la obligación restituyendo las cosas al estado anterior; pero es necesario averiguar si la donación ó la promesa fué hecha bajo la condición resolutoria de que el matrimonio se realizaría, ó de que no hubiere divorcio. Nosotros debemos distinguir: si la donación es de inmuebles, y se hizo bajo cargas que estaban determinadas en el título mismo (art. 1885), la revocación de la donación anula las enajenaciones; si es de muebles, también se anula, si el adquirente conocía las cargas impuestas, art. 1856. En general, las donaciones por causa de matrimonio son irrevoca-



que sea necesario hacer revocación expresa. Y si tratamos de investigar la voluntad de los esposos, encontraremos que ambos desearían dar por terminada toda relación de derecho que no tuviera por objeto una necesidad suprema, como la de los alimentos ó las obligaciones comunes respecto de los hijos, ó la fidelidad que se deben guardar.

Si al entablar la demanda de divorcio *ó si durante el juicio la conducta del marido hiciere temer enajenaciones fraudulentas, ó disipación de los bienes del matrimonio, la mujer podrá pedir al juez de la causa que se haga inventario de ellos y se pongan á cargo de otro administrador, ó que el marido dé fianza del importe de los bienes (art. 74, 1ª parte)*; pero se debe justificar sumariamente estos extremos, pues sin prueba alguna no se deberá privar al marido de una facultad conferida por la ley. Son medidas de conservación, que se deben tomar con suma prudencia.

El divorcio en nada altera la relación de los padres para con los hijos, así es que *el padre y la madre quedarán sujetos á todos los cargos y obligaciones que tienen para con sus hijos, cualquiera que sea el que hubiere dado causa al divorcio (art. 78)*, con ex-

bles, á menos que fueran condicionales y la condición no se cumpliera. art. 1240, esto en lo que se refiere á las donaciones realizadas: en lo que se relaciona con las promesas para después del fallecimiento, no puede haber dificultades: los cónyuges no tienen sino derechos condicionales y sólo pueden enajenar bajo esa condición. art. 1217, n° 4 y art. 1233.

La revocación de las donaciones perjudicará á los terceros adquirentes, cuando se hubieren hecho bajo condición resolutoria, si el adquirente la conocía: se exceptúa el caso de revocación por causa de ingratitud. Puede verse sobre esta importante cuestión el alegato del procurador general Dufin contra la doctrina consagrada por la Corte de Casación. DALLOZ, *Rec. 1845. I. 227*.

Es el art. 212 del Código. Freitas, art. 1401, n° 3, agrega: «compréndese en esta disposición la dote constituida ó prometida á la mujer por el marido, si este fuera el cónyuge inocente».

(**Art. 74.**) Véase pág. 394.

(**Art. 78.**) Es el art. 215 del Código. El divorcio suspende la patria potestad, porque el juez, al confiar los hijos á la mujer, p. e., priva al padre de su autoridad: pero al imponerles las mismas obliga-



cepción de los que se refieren á la educación, que sólo pesarán sobre el que los tenga en su poder por decisión judicial.

Con respecto á los esposos entre sí, no conservan relación alguna personal; pero cuando *el marido hubiese dado causa al divorcio debe contribuir á la subsistencia de la mujer, si ella no tuviera medios propios suficientes. El juez determinará la cantidad y forma, atendidas las circunstancias de ambos (art. 79),* en que se deben proporcionar los alimentos.

ciones explicando en la nota el Dr. Velez Sarsfield, que algunos códigos reducen las cargas del esposo que hubiere dado causa al divorcio, á la de alimentar y educar á los hijos, viene en cierto modo á fijar esas obligaciones que parecían vagas é interminadas. Sólo tienen las cargas, no los derechos, y las soportarán aun en el caso de no tenerlos bajo su potestad. Esta obligación comprende, la de velar por la educación de los hijos, y ocurrir á la autoridad en los casos en que esta se descuidara. Si ambos cónyuges fueran culpables y el juez tuviera motivos fundados de malos ejemplos, puede privarlos de la patria potestad, haciendo uso de su autoridad, art. 309., Goyena, art. 83 de donde ha sido tomado el nuestro, dice comentándolo: «la pérdida de la patria potestad es una pena, y por la pena pueden perderse derechos, nunca dispensarse obligaciones: subsistirá pues, las de los padres para con sus hijos inocentes». Y así se debe entender.

Cuando los hijos no estuvieran en poder de los padres, el juez debe distribuir entre estos, según el haber de cada uno, la manera cómo deben contribuir á sus alimentos y educación: porque si ordinariamente es el hombre el que debe darlos, hay muchos casos en que la mujer posee fortuna y no el marido, entonces sobre ella debe pesar esa obligación. —Comp. CÓD. DE CHILE, art. 160. Comp. arts. 271, 309 y 1300. En contra FREITAS, art. 1398, n° 2.

(**Art. 79.**) Es el art. 216 del Código con una modificación importante. Por la nueva ley, el marido culpable no contribuye á la subsistencia de la mujer, cuando esta tiene medios propios de subsistencia. Los jueces deben conocer en juicio informativo de estas controversias, determinando según el haber y facultades de cada uno, lo que se juzgue bastante para la mujer con arreglo á su estado y condición, atendiendo á los medios del marido.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 78.—Los alimentos de los hijos legítimos, después de efectuado el divorcio debe pesar proporcionalmente sobre ambos cónyuges.—Jur. Civ. III, 151, Sér. 1ª.

Cualquiera de los esposos que hubiere dado causa al divorcio, tendrá derecho á que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad (art. 80); lo que quiere decir, que la obligación mutua de los alimentos no cesa aún después del divorcio, y que el cónyuge culpable puede pedirlos, á menos de vivir en adulterio.

CAPÍTULO XI

§ 87.—DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

La ley civil ha limitado los efectos del divorcio á la sepa-

Por regla general, el marido culpable debe dar los alimentos; pero cuando no tiene como darlos, ó cuando la mujer tiene bienes ó una profesión para vivir honestamente debe cesar la obligación.—Cód. DE CHILE, art. 174. FREITAS, art. 1398, n° 2. Comp. arts. 370, 800, n° 2, 1300 y 2308.

La ley debía fijar de antemano un límite á la facultad del juez, para señalar los alimentos, diciendo, p. e., no puede exceder de un cuarto ó de un tercio de la renta del marido, como lo hace el Cód. Francés, art. 301. Es muy peligroso dejar á la voluntad de los jueces esa determinación sin limitar la facultad.

(Art. 80.) Es el art. 217 del Código, y ha venido á decidir la cuestión controvertida en el derecho francés al aplicar el art. 301. Por nuestro derecho, el vínculo matrimonial no se rompe sino por la muerte, y es una necesidad acordar al cónyuge indigente, aunque sea culpable, aquello que ha menester para su subsistencia. Apoyan el artículo TOULLIER, II, 780. DEMOLOMBE, IV, n° 501. DURANTON, II, n° 633. DEMANTE, II, n° 30.

Aubry y Rau, § 494, nota 6, citan muchas decisiones de Cortes Francesas, que si bien no admiten la aplicación del art. 301, reconocen al cónyuge culpable el derecho de pedir una pensión en virtud del art. 212, Cód. Francés. Entre nosotros no hay duda alguna, y los alimentos deben limitarse á lo preciso para su subsistencia, tomando esta palabra como equivalente de alimentos; en lo que se diferencia del artículo anterior.—Cód. DE CHILE, art. 175 y 176. FREITAS, art. 1399.

Faltos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 80.—No basta la separación de hecho para justificar una demanda de alimentos de la esposa contra el marido, en juicio sumario.—Jur. Civ., IV, 51.

La esposa culpable del divorcio, sólo puede exigir los alimentos necesarios, justificando su absoluta carencia y la imposibilidad física de ganárselos.—Jur. Civ., IV, 529.





raciún personal, y por consiguiente *el matrimonio válido* (contraído en la República) *no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos* (art. 81); impidiendo de esa manera que los que se equivocaron una vez, puedan cumplir uno de los fines sociales de mayor importancia, volviendo á formarse una familia.

La civilización romperá está intransigencia del catolicismo, como la ha rota en Francia, sin perturbaciones sociales de ninguna especie; y así como hemos dejado de lado el sacramento para atender al contrato, del mismo modo desaparecerá el vínculo.

Y se ha ido en el camino de la indisolubilidad hasta establecer, que *el fallecimiento presunto del cónyuge ausente ó desaparecido, no habilita al otro esposo para contraer nuevo matrimonio, y que mientras no se pruebe el fallecimiento del cónyuge ausente ó desaparecido, el matrimonio no se reputa disuelto* (art. 83);

(Art. 81.) Es el art. 219 del Código y la ley de matrimonio civil se ha detenido ante la gran cuestión del divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y deja libres á los esposos. Las tres naciones más adelantadas lo han admitido, y más tarde ó más temprano tendremos que llegar á resolver esta cuestión transcendental. Hemos dado el primer paso, quitando al matrimonio el carácter de sacramento y reduciéndolo á un contrato; el segundo no es cuestión sino de tiempo y de oportunidad. Por lo pronto el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges, y esta debe ser real; porque el fallecimiento presuntivo no rompe el vínculo.—Comp. Cód. AUSTRIA, art. 111. SARDO, art. 144 y ACBRY Y RAR, § 473, nota 1.

(Art. 83.) Al discutirse los arts. 139 y 147 del Cód. Francés se hizo notar la falta de consecuencia en prohibir un nuevo matrimonio, en los casos de ausencia declarada, y en suponer en seguida un nuevo matrimonio, á lo que respondió Tronchet con la máxima del abogado general Gilbert de Voisins: la incertidumbre de la muerte de uno de los esposos no debe ser jamás suficiente para contraer un nuevo matrimonio; pero no debe bastar tampoco, para turbar un matrimonio contraído. Nuestra ley contenía análogas disposiciones en los arts. 88 y 92, pero al reformarla se suprimió el segundo artículo, de manera que se dejó en la duda la validez del matrimonio contraído por segunda vez. Supongamos, que por error se ha presentado una partida de defunción, que no es la del ausente con presunción de fallecimiento. ¿En

cuando para todos los demás efectos se le reputa fallecido. La ley anterior consignaba una disposición previsorá que ha sido suprimida; reconocía como válido el matrimonio celebrado en

qué condiciones queda ese segundo matrimonio? ¿Quién y cómo puede atacarse su validez? Los hijos se reputarían adulterinos desde que el primer matrimonio no está disuelto; y sin embargo, nadie se atrevería á sostener semejante teoría tan contraria á los principios de justicia y de equidad. Como decía Thibaut «no es necesario que la ley, previniendo la posibilidad de tales matrimonios, parezca autorizarlos abiertamente; ella no debe presentar sino un remedio para el caso que pueda suceder». Y eso es lo que hacía el art. 92, que era el mismo 139 del Francés suprimido inconsultamente. Comp. LOCRE, IV, pág. 101 y 102, nota 43. DEMOLOMBE, II, n.º 260. AUBRY Y RAU, § 151, nota 1.

El proyecto de Cód. Civ. Alemán, art. 1234, consignaba una teoría que nos parece más de acuerdo con los principios: «cuando la muerte de uno de los esposos ha sido *declarada judicialmente*, se presume que el esposo no ha sobrevivido al momento de la declaración, aun en lo que concierne al matrimonio. Si el juicio de la declaración de fallecimiento es atacado, el otro esposo no puede contraer un nuevo matrimonio antes de la decisión del proceso». Ese artículo ha sido reformado por el 1348 del Cód. Civ. Alemán, sancionado para 1900, declarando disuelto el primer matrimonio, á menos que los dos esposos hayan sabido que el declarado fallecido vivía». Cuando uno de los cónyuges hubiera procedido de mala fe, falseando la partida de defunción del ausente, el otro no podría atacar la validez del matrimonio diciéndose engañado, á menos de probar que el ausente existe cuando hace la reclamación.

Los herederos del ausente deberían tener derecho para deducir la nulidad del matrimonio probando la existencia de aquel. ¿Podrían hacerlo si el ausente, conociendo el segundo matrimonio, no lo reclamase? La cuestión es de gran dificultad; porque se encuentran en colisión dos derechos igualmente respetables: el del ausente que puede tener interés en no reclamar el matrimonio, como sucedería si hubiera contraído otro, y el de los hijos ó herederos que no deben permitir que se continúe en una unión adulterina, procreando hijos que vienen á disminuir sus derechos. Nos decidimos por el derecho de los herederos que está más en armonía con las leyes de orden moral y social, que no permiten las uniones adulterinas: si dejáramos á la voluntad de los cónyuges, ellos podrían casarse nuevamente, y con no reconocerse en el primer matrimonio como marido y mujer, habrían formado una nueva familia.



esas condiciones contra la prohibición de la ley, y sólo autorizaba para atacarlo, demostrando la existencia del declarado fallido.

Se pueden suscitar graves cuestiones á consecuencia de la extensión que podría darse al principio de la indisolubilidad en nuestro país de los matrimonios disueltos en el extranjero: pero nuestra ley, reformando las disposiciones anteriores del Código Civil, ha venido á limitar la indisolubilidad á los matrimonios celebrados en la Argentina. Reconoce el hecho consumado en el extranjero con arreglo á las leyes de su domicilio en el momento de realizar el acto; pero sin autorizar su celebración en la Argentina, cuyas leyes violaría. Así, el matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiese celebrado, no se disolverá en la Argentina sino de conformidad al art. 81, porque el derecho que pudo ejercerse en el país de la celebración, no acompaña á los individuos en el nuestro. Pero si un matrimonio contraído en la República ha sido disuelto en el extranjero, con arreglo á las leyes del domicilio de los contrayentes, contrariando las de nuestro país que no admiten la disolución, esos individuos no podrán volverse á casar en la Argentina, que no los considera libres sino por la muerte ó por la anulación, según las causas del art. 9; no obstante, si se han vuelto á casar con arreglo á las leyes de su domicilio, debemos reconocer el hecho consumado, pues sería un error condenarlos en nombre de una intransigencia religiosa, que impide cumplir su destino social, á seres que se han conformado con las leyes de su domicilio actual. Y nosotros nada tendríamos

Nuestra ley de matrimonio civil facilita extraordinariamente estas uniones. Sobre todo, la bigamia es un delito y la sociedad no debe permanecer impasible ante estos hechos. Y nos confirma en esta opinión el art. 81 que da acción al cónyuge inocente y á los que pudieron oponerse para demandar la nulidad; pero creo que se debe limitar este derecho á los que tienen un interés actual en los bienes, porque si bastara para oponerse al matrimonio, el interés de impedir que se realice un acto punible, no sería lo mismo una vez que se ha celebrado, en que el derecho para atacarlo debería residir sólo en aquellos que tienen un interés en la sucesión. —Cons. art. 102. Cód. Civ. ESPAÑOL.



mos que ver con la constitución de la familia en país extranjero, sino en los casos en que vinieran al nuestro á solicitar los efectos civiles que atribuimos á los matrimonios válidos: por eso exigimos que sean contraidos sin los impedimentos del art. 9. En cuantos á los bienes que posean en la República, en caso de tener hijos argentinos, véase lo dicho en el art. 10, tit. prel.

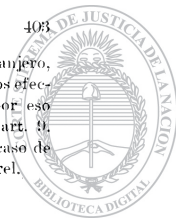
CAPÍTULO XII

§ 88.—DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Es absolutamente nulo el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1, 2, 3, 5, y 6 del art. 9, y su nulidad puede ser demandada por el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento y por los que hubieran podido oponerse á la celebración del matrimonio (art. 84).

(**Art. 84.**) *Es absolutamente nulo;* es decir que el juez puede declararlo de oficio según los términos del art. 1047, cuando aparece *manifiesta* la nulidad en el acto mismo? Creo que sí, no porque el juez pueda intervenir de oficio en tales casos, sino cuando se alegaren derechos provenientes de esos matrimonios. Suponiendo que constase de los documentos exhibidos que uno de los cónyuges era casado, el juez, de oficio no puede declarar esta nulidad; pero si en cualquier acto, alegando derechos que nacen de este matrimonio (que nadie contradice) se presentase uno de los esposos, el juez, de oficio puede negar los derechos que se atribuyen, declarando que no es tal matrimonio. Los impedimentos del art. 9, núms. 1, 2, 3, 5 y 6, son de tal naturaleza que interesan al orden social y pueden ser alegados por el Ministerio Público. Con excepción del n° 6, cuya redacción hemos observado como impropia é incorrecta, los demás incisos están de acuerdo con los principios.

El haber sido autor voluntario de la muerte de uno de los cónyuges, no debía considerarse como un impedimento absoluto, porque el homicidio puede tener diversos móviles y lo que la ley prohíbe es que se cometa el homicidio con el objeto de casarse. Un hombre penetra en una casa con el objeto de robar, es sorprendido por el dueño, quien lo mata en defensa propia; no lo conoce, no sabe si es soltero ó casado; otra hipótesis: un hombre casado mata en duelo á otro por cuestiones que nada tienen que ver con las mujeres de ambos; anulado el tiempo queda viudo; en ambos casos no ha conocido la mujer, ni por consi-





Rechazamos en los arts. 1047 y 1048 la clasificación de nulidad *absoluta* y *relativa*, que corresponden más á la doctrina que á la legislación, como lo reconocen los autores, sustituyéndola por la más jurídica de actos *nulos* y *anulables*, conformándonos con las doctrinas del mismo Código.

La nulidad *absoluta* sólo expresa la idea de que cualquier persona interesada puede demandarla, porque el acto se reputa como no existente, y aun los jueces la declaran de oficio cuando resultare manifiesta: mientras que la *relativa* sólo puede ser deducida por determinadas personas. No toca, pues, al fondo mismo de la acción, sino á la manera de ejercerla, y de esta confusión que generalmente se hace, resulta la impropiedad de los términos del art. 84. en que siendo el acto absolutamente nulo, parece limitar la demanda de nulidad al cónyuge que ignoró el impedimento, cuando puede deducirla aun el que lo conocía: porque bien puede hacer declarar nulo el matrimonio el que se encontraba casado, ó que conocía el impedimento, como si fuera padre ó hermano del cónyuge que lo ignoraba. Si la nulidad es absoluta debería deducirla todo el que tuviera un interés en hacerla declarar.

Es anulable el matrimonio: 1º, cuando fuese celebrado con el

guiente ha tenido la intención de casarse, ni la muerte ha sido un crimen. ¿Por qué no podría casarse con la mujer de aquel á quien mató? Se pueden extremar más las hipótesis, suponiendo que ni uno ni otro cónyuge conocían que el muerto hubiera sido el marido de la viuda que contrae nuevo matrimonio. Cualquiera de los parientes y aun el Ministerio-Público ¿podrían anular semejante matrimonio? Nos resistimos á creer que los jueces pudieran aplicar la ley con un rigor tan extremo ciñéndose á la materialidad de sus términos, que se deben respetar cuando son claros, pero no cuando ofrezcan la menor duda.

La nulidad que lleva consigo un matrimonio contraído por el cónyuge de la persona ausente con presunción de fallecimiento, art. 83, no puede ser comprendida entre estas sino cuando se demostrase la existencia del ausente, porque entonces entraría á formar parte del n.º 5, desde que el matrimonio anterior subsiste: pero no serían admitidos á accionar alegando sólo el hecho de la ausencia.—Comp. art. 101, Cód. Civ. ESPAÑOL, Cód. Civ. ALEMÁN, arts. 1310, 1323 á 1328, no contiene la causa del inciso 6, art. 9º.

impedimento establecido en el inc. 4 del art. 9. (es decir por la mujer menor de 12 años y el varón menor de 14). La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación habrían podido oponerse á la celebración del matrimonio (art. 85, nº 1, 1ª parte), habiéndose corregido la in-

(Art. 85, nº 1.) El acto es sólo anulable cuando debía ser nulo, desde que uno ó ambos cónyuges no han podido manifestar su consentimiento. Si uno de los cónyuges fuere sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, su tutor ó curador deducirá la demanda de nulidad. Los cónyuges menores de 14 años no pueden deducirla, porque no son capaces de manifestar su consentimiento, y cuando el artículo los faculta para hacerlo, comete un error suponiéndoles voluntad, por lo que debemos restringirlo á la manifestación de no querer continuar en la unión, para que sus padres ó tutores puedan reclamarla.

La demanda de nulidad pueden deducirla los representantes del incapaz, aun contra la voluntad de este. Los que pueden pedir la nulidad son los representantes que tenía el menor al celebrar el acto, por que sólo ellos pudieron oponerse á su realización.

La acción cesa: 1º, cuando el incapaz ó incapaces han llegado á la edad legal; 2º, cuando la mujer ha concebido, cualquiera que sea la edad.

La edad legal en el primer caso, es tener la mujer 12 años y el varón 14, lo que considero un error de doctrina respecto de la mujer que no ha podido consentir; habría sido más conforme con los principios reconocidos por el Código, hacer cesar el derecho de demandar la nulidad á los 14 años para ambos. Creo más acertada la disposición del Código Español, art. 83, nº 1, que considera como *ipso facto* y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado á la pubertad *hubiesen vivido juntos* sin haber reclamado en juicio contra su validez,» distinguiendo así los casos en que hubieran vivido separados de hecho, de aquellos en que han continuado en la vida común.

Cuando antes de llegar á la edad legal, hubieran estado separados de hecho, sin voluntad de unirse, ya que es necesario suponerles una voluntad, pierden el derecho de reclamar la nulidad, protegiéndose así una unión que la ley ha favorecido por todos los medios, y decidiéndose por su validez.

En cuanto á la segunda hipótesis, la expresión es ambigua; pero debemos referirla al caso en que la mujer menor de 12 años hubiera





congruencia de la ley anterior, que los declaraba *absolutamente* nulos, para reconocer en seguida que la nulidad era *relativa*, porque no podían deducirla sino ciertas personas.

Los verdaderos principios exigen que tales matrimonios sean nulos desde que no ha intervenido el consentimiento; nulidad confirmable por el hecho de no reclamarse en tiempo; pero una cosa es la confirmación tácita de un acto nulo y otra el derecho que habría para prestar la autoridad de la ley protegiendo actos reprobados. Los jueces no deben permanecer impasibles ante violaciones claras y terminantes. El matrimonio no reclamado de una niña de 10 años, en que su marido pide á la autoridad la reintegración al hogar, no puede ser considerado válido, por el hecho de no haberlo reclamado, y el juez no debe prestar esa autoridad.

No podrá demandarse la nulidad después que el cónyuge ó los cónyuges incapaces hubieren llegado á la edad legal, ni, cualquiera que fuese la edad, cuando la esposa hubiese concebido (art. 85, nº 1. 2ª parte), confirmándose así por el ministerio de la ley actos que eran nulos en su comienzo, desde que no hubo consentimiento; pero esta confirmación necesaria para proteger el fruto de una unión anulable, no autoriza para sostener que el acto fué contraído con pleno consentimiento, cuando es evidente que el impúber no pudo consentir. Por lo demás, la disposición tiene algo de odiosa, porque entrega la infancia desvalida á la explotación y avidez de hombres sin conciencia ni delicadeza.

No se puede equiparar al matrimonio del loco, porque pudo ser hecho en lúcidos intervalos, en que habría consentimiento; no obstante, que nuestra opinión es que no debería hacerlo válidamente aun en esos intervalos. Así, *cuando fuese celebrado el matrimonio con el impedimento establecido en el inc. 7 del art. 9,* (es decir, en caso de locura), *la nulidad puede ser demandada*

concebido, porque de otra manera autorizaríamos una monstruosidad, como sería el caso de un matrimonio de un menor de 14 años con una mujer de 30 años que pretendiese haber concebido por obra de su marido, cosa que puede suponerse desde que se dice: cualquiera que fuese la edad.

por los que hubieren podido oponerse al matrimonio (art. 85, n° 2, 1ª parte), es decir, los padres, tutores ó curadores, los parientes dentro del cuarto grado y el Ministerio Público; y aún creo que el juez no debe prestar su autoridad cuando la nulidad fuera manifiesta, como si en el acto exhibido constase la declaración de demencia.

En la nulidad del matrimonio celebrado por el demente, el mismo incapaz podrá demandar la nulidad cuando recobrase la razón, si no hubiese continuado la vida marital, y el otro cónyuge si hubiese ignorado la incapacidad al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiere hecho vida marital después de conocida la incapacidad (art. 85, n° 2, 3ª parte).

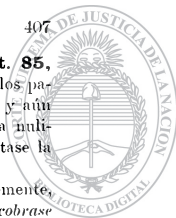
Quando el cónyuge capaz hubiera ignorado la incapacidad

(Art. 85, n° 2.) Rechazo la opinión de que los locos puedan contraer matrimonio en lúcidos intervalos; pero hago la distinción siguiente: si la locura fuere declarada judicialmente y se contrajese el matrimonio, no se admitirá demostrar el intervalo lúcido; pero podrá probarse, si la locura era pública y no estuviera declarada judicialmente.

Suponiendo el primer caso, la nulidad se deduce por el que hubiere podido oponerse al matrimonio, pues entonces no tiene intervención el loco; pero si este ha sido declarado capaz, puede confirmar el acto ó seguir la acción deducida. En el 2º, el que sostiene la validez debe probar que lo realizó en un intervalo lúcido, en cuyo caso será válido; pues la ley ha favorecido de tal modo el matrimonio, que aun lo ha permitido á los absolutamente incapaces, y debe resolverse en favor de la validez.

La ley dice: podrá demandar la nulidad *cundo recobrase la razón*, y no cuando fuere declarado capaz por el juez: porque se refiere á la locura no declarada, pero que es pública, porque el loco declarado judicialmente, es incapaz de contraer matrimonio; pero si lo hubiere contraído puede confirmarlo con efecto retroactivo, una vez que se le hubiera levantado la interdicción.

La continuación de la vida marital de un día más, después de haber sido declarado capaz, revalida *ipso facto* el matrimonio, siendo una de las pocas excepciones que se hacen á la manera de confirmar los actos jurídicos. La ley guarda silencio ante la hipótesis probable de que hubiere familia como resultado de esa unión; y en esos casos nos referimos á las reglas establecidas en los art. 87 y 88.





del otro, podrá demandar la nulidad del matrimonio si se separó inmediatamente; de modo que será una cuestión de hecho la de demostrar esa ignorancia. Los que sostienen la validez pueden demostrar á su vez, que conocida la incapacidad, se continuó en la vida marital.

Si la mujer demente hubiera concebido, el marido que ignoraba la demencia ¿Podrá demandar la nulidad del matrimonio? La ley guarda silencio, pero no podemos ligar al hombre para siempre, por un hecho eventual como la concepción, privándole de un derecho concedido expresamente. El matrimonio producirá, respecto de la mujer y de los hijos, todos los efectos del matrimonio válido, pero se declarará inexistente por falta de consentimiento, y porque en cierto modo, hay un error que versa sobre la persona. Véase nota al art. 16.

Cuando el consentimiento adoleciera de alguno de los vicios á que se refiere el art. 16. En este caso, la nulidad únicamente podrá ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el error, el dolo ó la violencia (art. 85, n° 3, 1ª parte) porque el otro cónyuge lo ha celebrado con plena voluntad y libertad.

(Art. 85, n° 3.) El error debe ser respecto de la persona civil ó sobre la identidad del individuo físico, refiriéndose á lo que digimos en el art. 16. Esta nulidad es relativa, en el sentido de que sólo corresponde deducirla al que sufrió el error. La violencia en este caso, existe sólo por medio de la intimidación, porque no es posible suponer que ante el oficial público se haga violencia por medio de la fuerza. Véase n° 158 de nuestro *Tratado de Contratos*.

Aquí se presenta otro caso de confirmación expresa, y la razón de la diferencia entre los tres días que se da al marido para reclamar y los 30 concedidos á la mujer, se encontrará en que se debe esperar mayor tiempo para que, en la mujer puedan cesar los efectos de la violencia que ha sufrido. Si habiendo recobrado su completa libertad continua la vida común, quiere decir que confirma el matrimonio. ¿Qué sucedería si el marido la hubiera abandonado y ella dejara correr el mes sin hacer gestión alguna? Que no habiendo hecho vida común durante los 30 días de recobrada su libertad, la acción la conserva y puede demandar la nulidad dentro de los dos años en que se prescribe la acción; lo mismo diríamos respecto del hombre que, conociendo el error ó cesando la violencia, abandonó á la mujer. El plazo de 3 y de



La identidad de la persona es de tal importancia en el matrimonio, que se puede decir forma la esencia del mismo contrato, así es que sólo se admite el error sobre la persona física ó civil.

Cuando el matrimonio se ha celebrado por poder, sin que el instrumento designe expresamente la persona con quien debía contraerlo, el matrimonio es anulable: pero si conociendo á la esposa ó al esposo hacen vida marital, se considerará inatacable.

Si el poder fuera nulo por cualquiera otra causa, como si no tuviese la designación del tiempo y lugar en que fué hecho, ó el nombre del otorgante ó la firma de las partes, el matrimonio podrá anularse: pero su consumación equivaldría á una confirmación plena y perfecta.

La identidad sobre la persona moral no es un error sustancial que pueda anular el matrimonio, porque no altera la persona en sus condiciones externas. Así, la que creyó casarse con un hombre de talento ó de fortuna no podría demandar la nulidad porque no lo tuviera, aunque ofreciera probar su error; pero no sucedería así, si confundiendo el nombre, se casare con otro que lleva el mismo nombre y apellido, porque entonces habría error sobre la persona civil y física.

El dolo que vicia el consentimiento anula el matrimonio. Esta causal suprimida en la legislación francesa y admitida en la nuestra, ofrece grandísimos peligros para la institución del

30 días es para que se pueda hacer la confirmación tácita. Pero si la violentada que ha sido abandonada, no quisiera anular el matrimonio, manifestando expresamente la voluntad de confirmarlo, quedaría este subsistente.

En los casos en que el marido tiene acción para decir de nulidad ¿podrá hacerlo cuando la mujer hubiera concebido? Creo que sí, sin perjuicio de la legitimidad del hijo que debe nacer.

Cuando ambos cónyuges se han separado de hecho, así que han conocido el error ó cesado la violencia, ¿durante cuánto tiempo conservan la acción? Creo que por el término de dos años, porque en ese término se ha perdido el derecho de decir de nulidad en esta clase de actos jurídicos, según el art. 4030, y extinguida la acción se puede rechazar la demanda con la prescripción.



matrimonio. En efecto, las maniobras ó artificios por las que se llega á obtener el consentimiento de la persona para casarse, no alteran fundamentalmente ese consentimiento en el matrimonio, y habría verdadero peligro en no restringirlo á los casos graves, en que el acto no se hubiera verificado sin el dolo.

La acción de nulidad que se funda en el vicio del consentimiento *se extingue para el marido, si ha habido cohabitación durante tres días después de conocido el error, ó el dolo, ó de suprimida la violencia, y para la mujer durante treinta días después* **art. 85**, n° 3, 2ª parte).

La habitación bajo el mismo techo hace presumir la voluntad de confirmar el acto; pero esta presunción admite prueba en contra, como si se hubiera ejercido fuerza ó violencia para impedir el abandono de la casa.

La acción no tiene un tiempo determinado para deducirla: lo único que se exige es que una vez conocido el error ó cesado la violencia no hayan hecho vida común, el hombre durante tres días y la mujer durante treinta: pero se extinguirá á los dos años, con arreglo al art. 4030.

La violencia puede traducirse en fuerza que convierte al agente en instrumento pasivo del acto, ó en intimidación en que se obtiene el consentimiento por temor á un mal mayor. Cuando se usa el primer medio no hay consentimiento, en el segundo existe viciado, desde que se ha consentido temiendo un mal mayor.

En materia de nulidades debe tenerse presente que se acciona contra un acto que tiene una existencia real, aunque viciosa, y que se llama impropriamente acción, á la defensa que niega la existencia del acto, como sucede con los actos nulos, en que no se debería deducir acción contra lo que no existe; mientras que cuando el acto ha existido con un vicio que puede hacerlo anular, se le declara nulo á solicitud de la parte interesada que posee la acción.

Corresponde á los actos que pueden anularse á solicitud de parte, *el caso de impotencia absoluta y manifesta de uno de los cónyuges, anterior á la celebración del matrimonio. La acción*

corresponde exclusivamente al otro cónyuge (art. 85, n° 4), aunque fuera incapaz, si lo ha celebrado con el consentimiento de sus padres ó tutores. En los casos en que el cónyuge impotente se

(Art. 85, n° 4.) La impotencia debe ser absoluta y manifiesta, es decir, que el cónyuge debe carecer de órganos sexuales, porque si los tuviera, aunque fueran imperfectos no tendría lugar la nulidad. El reconocimiento médico-legal no puede versar sobre la imposibilidad de realizar el acto sexual existiendo órganos, porque entonces no sería *manifiesta* aunque fuera absoluta según el arte de curar. La ley ha querido que sea absoluta, y sólo cuando existe la evidencia, que salta á la vista de cualquiera, se considera manifiesta.

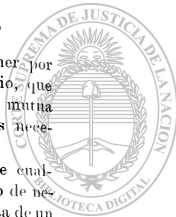
El Código Civil Español, art. 83, n° 3, admite la impotencia absoluta ó relativa para la procreación que existe de una manera *patente, perpétua é incurable*, condiciones que existían en las leyes 3 y 6, tit. 2. Part. 4ª.

La impotencia debe ser anterior al matrimonio, porque si por un evento cualquiera, ocurrido después de la celebración y antes de realizar el acto sexual viniera á serlo, no habría lugar á la nulidad. El acto sexual puede realizarse, habiendo imposibilidad para la procreación, como sucede con las mujeres que carecen de útero ó en el hombre cuyos espermatozoides están muertos; pero esto no autorizaría la nulidad del matrimonio, aunque se probase que la procreación no puede tener lugar por una causa perpétua; en lo que se diferencia nuestra ley de la Española.

¿Dentro de qué tiempo se puede deducir la nulidad por causa de impotencia? La ley guarda silencio y no se podría aplicar la disposición del art. 4030 ya citado sobre la prescripción, porque se refiere á los actos practicados por error, dolo, violencia ó falsa causa no comprendiendo el caso de impotencia. ¿Concluiríamos que la acción es perpétua? La cuestión es muy difícil, inclinándonos á creer que mientras la ley de procedimientos no determine el tiempo, no se puede privar al cónyuge sano que intente la acción en cualquier tiempo por más que la regla del art. 4019 diga que *todas* las acciones son prescriptibles con excepción de las seis que establece. El art. 86 sig. apoya esta tésis.

La impotencia sólo puede alegarse por el cónyuge que no lo fuera. lo que quiere decir, que cuando los dos son impotentes, ninguno puede demandar la nulidad. Cuando uno de ellos fuera incapaz, no podrá demandar la nulidad su representante, como en el caso de los números anteriores; porque la ley no le ha concedido expresamente y con razón,





negare á un reconocimiento pericial, no se le debe tener por confeso, decretándose la anulación; porque si el divorcio, que no rompe el vínculo matrimonial, no es permitido por mutua voluntad de los esposos, menos lo sería la anulación: es necesario demostrarla.

La impotencia manifiesta es la que está á la vista de cualquiera. El reconocimiento se hace obligatorio, y en caso de negativa, los jueces pueden emplear la fuerza, pues se trata de un acto pasivo, en que no está en juego la voluntad del individuo. Sucedería, en este caso, lo que ocurre en las causas de violación ó estupro, en que el reconocimiento es esencial.

En lo que se refiere á la acción de nulidad, es necesario distinguir la que se funda en un impedimento perpétuo y anula el acto, pudiendo deducirla cualquiera que tenga un interés actual, de aquella que sólo lo hace anulable á solicitud de parte. Corresponde á la primera categoría la acción que en todo tiempo se puede intentar contra los matrimonios contraídos con los impedimentos de los incisos 1, 2, 3, 5, 6, art. 9; pero tiene de especial, que *la acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los dos esposos (art. 86, 1ª parte)*, lo que

pues debe esperar á que recobre su capacidad para darse cuenta de su derecho y reclamarlo. Los parientes no podrán alegar la impotencia absoluta para excluir al otro cónyuge de la herencia.

(**Art. 86.**) En cuanto á la incapacidad *relativa* el principio es exacto hasta en sus consecuencias más remotas; no sucede así tratándose de las *absolutas*; porque si bien no puede declararse nulo el matrimonio, las consecuencias de la validez pueden rechazarse. Así, los hijos de un segundo matrimonio contraído, cuando uno ó ambos cónyuges se han vuelto á casar sin que el vínculo estuviera disuelto, serían considerados como adulterinos y rechazados como tales por los legítimos, tratándose del derecho de heredar en el caso del art. 89. El matrimonio no se declararía nulo, pero la sentencia pondría á los hijos en la posición en que el impedimento los hubiera colocado. No sería posible que la muerte de ambos cónyuges, de mala fe, pudiera favorecer á los hijos adulterinos ó incestuosos para que se les considerara como legítimos. « Hay mucha diferencia, dice Toullier-Duverger, 1, nº 608, entre examinar un matrimonio que existe, y otro que la muerte

no impediría que los hijos del primer matrimonio rechazaran como adulterinos á los del segundo, al solo efecto de privarles de la sucesión de su padre; ni del derecho que tendrían los demás parientes legítimos para excluir á los hijos adulterinos ó incestuosos, no en juicio de nulidad de matrimonio, que no habría objeto en deducir, sino negándoles la calidad de herederos.

En los matrimonios anulables, es decir, aquellos que tuvie-

ha separado. En el primer caso, no serán pocas las precauciones para discutir las nulidades, porque aún es tiempo de repararlas. . . Pero cuando la muerte ha hecho imposible la rehabilitación y que no se trata sino del estado de uno de los cónyuges y de los hijos, el rechazo del exámen tiene mayor peso. . . *Nada cubriría la nulidad* que resulta del incesto ó de la bigamia.»

Las mismas nulidades cuyos vicios no se cubren, pueden perder su efecto por la buena fe de ambos contrayentes ó de uno de ellos. Por consiguiente, los hijos legítimos tendrían derecho para rechazar á sus hermanos adulterinos ó incestuosos en caso de mala fe de sus padres, sin que les impidiera el principio de que la nulidad no puede intentarse sino durante la vida de los dos esposos.

La acción de nulidad ejercida por uno de los cónyuges contra el otro que ha contraído nuevo matrimonio, es perpétua y puede deducirla en el caso del art. 89 contra los hijos de ese segundo matrimonio, si hubiere un interés pecuniario que se ligase á ese estado de familia. Si se opusiera antes de celebrarse el matrimonio y se alegare nulidad del primero, no se contraerá hasta que no se juzgue previamente esta oposición. Lo mismo sucedería si se acusare de bigamia y el supuesto culpable alegare nulidad del primero; el juicio criminal debe suspenderse hasta que el juez de lo civil haya decidido la cuestión de nulidad. Si la sentencia declarase nulo el primero, el segundo sería válido sin ratificación previa. Pero cuando el casado hubiera contraído un segundo matrimonio, si muriese después el primer cónyuge, ¿Tendría que volverlo á ratificar expresamente? La continuación de la vida marital bastaría en mi opinión; pero eso no alteraría la condición de los hijos que hubieran nacido durante la existencia del primer matrimonio, que serían considerados como adulterinos con relación á los hijos legítimos, si hubo mala fe.

Es el art. 224 del Código en la primera parte.—Comp. arts. 188 y 189 Cód. FRANCÉS.





ren los vicios indicados en el art. 85, que se refieren al consentimiento, la regla tendría su completa aplicación, habiéndose extinguido la acción por la muerte de uno de los esposos.

La prueba de que los impedimentos perpétuos crean una acción perpétua de nulidad, es que *uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiere la nulidad del primero, se juzgará previamente esta oposición (art. 86, 2ª parte)*, teniendo presente que en este caso hay una cuestión prejudicial: si se trata del delito de bigamia, y que la decisión compete exclusivamente al juez de lo civil.

Deducida la nulidad del segundo matrimonio durante la vida de los esposos, si el marido acusado no compareciese ó no quisiera defenderse ¿Tendrá derecho la mujer para defender la legalidad del segundo matrimonio? Creo que sí, siempre que se trate de aquellos hechos que anulan el matrimonio y dan acción á cualquiera que tenga interés: pero no á los que se refieren á los vicios del consentimiento. Así, la segunda mujer puede atacar el primer matrimonio, alegando los impedimentos del art. 9, núms. 1, 2, 3, 5 y 6; pero no puede hacerlo alegando los de los núms. 4 y 7, ni los del art. 85, núms. 3 y 4.

La nulidad del segundo matrimonio puede alegarse por el cónyuge del primero que se reputa el único; pero puede también hacerlo el que contrajo el segundo, creyendo que el primero no existía; en ambos casos la cuestión queda reducida á averiguar, si el primer matrimonio es válido ó nulo, pues de eso dependerá la validez del segundo.

Del contexto del artículo parece desprenderse que sólo el cónyuge engañado ó abandonado, puede deducir la nulidad del segundo matrimonio, porque las palabras: *si se opusiere la nulidad del primero*, indican que se ha atacado la validez del segundo, y que como defensa se trae á juicio el primer matrimonio: pero no lo consideramos así: pues el que contrajo segundo matrimonio sin hacer anular el primero, puede deducir la acción con ese objeto: no es un privilegio del otro cónyuge.

Debemos observar, que la ley no habla de la nulidad del matrimonio por falta de las condiciones prescriptas para su cele-

(Art. 86.) Véase pág. 412,

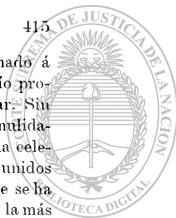
bración, ó por defectos de forma en el instrumento destinado á probarlo; lo que es un gravísimo defecto, dejando un vacío profundo que la legislación y la jurisprudencia deben llenar. Sin embargo, no podemos menos de hacer notar que serían nulidades de esta clase, la no asistencia del oficial público á la celebración del acto, ó la falta de expresión de que quedan unidos en nombre de la ley: aunque por un error incomprensible se ha autorizado para subsanar todas estas deficiencias, y aun la más importante: la falta del acta de la celebración. art. 98, que sin embargo, no supliría los defectos capitales de la ausencia del oficial público ó de su sustitución por otro incompetente.

§ 89. — DE LOS MATRIMONIOS NULOS Y DE LOS ANULABLES

Los matrimonios celebrados entre padres é hijos, entre hermanos y hermanas, ó entre parientes de afinidad en la línea recta son nulos, y se tienen como si no existieran, salvando los efectos que deben producir, cuando fueren contraídos de buena fe. Esta nulidad, que proviene del incesto, penado por la ley, puede ser alegada por cualquiera que tenga un interés actual, interpretando en este sentido la doctrina enseñada por el art. 84, que solo autoriza á los parientes dentro del cuarto grado, á los padres, tutores ó curadores, y al Ministerio Público. Si no pueden alegar la nulidad durante la vida de los esposos, desde que ese derecho corresponde exclusivamente á los cónyuges, porque no tienen un interés pecuniario actual, pueden hacerlo después, con el objeto de no ser privados de la herencia que legalmente les correspondería.

La ley no ha podido cubrir la nulidad de esos matrimonios incestuosos, que ella castiga con penas severas, asegurando su legitimidad con la muerte de uno de los culpables.

Se encuentran en el mismo caso de los matrimonios nulos, los contraídos por el actor voluntario ó cómplice del homicidio de uno de los cónyuges, creyendo que la doctrina debe restringir á su verdadero alcance la prohibición del art. 9, n.º 6, y en ese sentido sostendríamos, que el impedimento se consideraría tal, cuando hubiera sentencia firme que lo declarase autor voluntario ó cómplice. Pero si pendiente el juicio criminal





en que se le acusa, pretendiera contraer matrimonio y nadie hiciera oposición, y el oficial público lo celebrara, sólo será nulo si resultara que el crimen fué cometido con el objeto de casarse, haciendo desaparecer el impedimento; por que se debe favorecer la validez del matrimonio.

Otra de las causas que anulan el matrimonio, es la subsistencia de otro anterior; pero no basta demostrar la existencia del primero para que el segundo sea nulo; es necesario que sea inatacable; es decir, que no adolezca de alguna causa que lo anulare; porque si se declara nulo el primero quedará subsistente el segundo. Esta nulidad podrá deducirla el segundo cónyuge de buena fe, cuando el otro no quisiera defenderse.

Los matrimonios contraídos por las mujeres menores de doce años, y los varones menores de catorce, son anulables; pero se confirman, una vez que se ha cumplido la edad: son impedimentos temporarios, como el que proviene de la locura ó de los vicios del consentimiento, que desaparecen con el hecho que los motiva.

De paso haremos notar, que cuando el error ha sido sobre la persona física, no ha existido consentimiento, y el contrato no ha podido formarse; pero como depende de la voluntad de las partes, basta que lo ratifiquen tácitamente para que tenga valor.

Las nulidades provenientes por vicios de forma se podrán subsanar en los términos de los arts. 97 y 98, en cuanto fueren susceptibles.

CAPÍTULO XIII

§ 90. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Por regla general, la sentencia firme, al declarar la nulidad del matrimonio, hace desaparecer todas las consecuencias jurídicas nacidas de tal hecho, y las que le siguen como uno de sus efectos naturales; pero si les quita muchas veces el carácter jurídico que se les reconocía antes de la anulación, no puede desconocerles el de simples hechos que han enjendrado derechos.

Así, la nulidad del matrimonio no borra la relación que ha existido, ni entre los esposos, ni con referencia á los bienes.



como no hace desaparecer el derecho de los hijos para apoyar su filiación en el hecho del matrimonio, y no sólo se les admite en los casos de buena fe, en que deben ser considerados como legítimos, sino en los casos de mala fe de ambos cónyuges, pues deben ser reconocidos como adulterinos ó incestuosos para el efecto de pedir alimentos, sin necesidad de investigación alguna.

El acto del matrimonio produce tales efectos, que aun respecto de los bienes se consideran los esposos de mala fe, como si tuvieran una sociedad de hecho, y bastará que uno solo haya tenido buena fe, para legitimar á los hijos.

Y la ley en protección de la buena fe, ha debido garantizar las consecuencias de un acto tan importante, y por eso ha establecido, que *si el matrimonio nulo hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá hasta el día en que se declare su nulidad todos los efectos del matrimonio válido, no sólo con relación á las personas y bienes de los cónyuges, sino también en relación á los hijos. En tal caso, la nulidad sólo tendrá los efectos* que se indican en este artículo con los núms. 1, 2, 3 y 4 (**art. 87**, 1ª parte); pero esta excepción de tan grande importancia, no rige para los matrimonios que no presentan los caracteres esenciales de existencia, como sucedería con relación al que no se hubiera celebrado ante el oficial público, en que á pesar de la buena fe de ambos, no sería tal matrimonio.

El legislador se encuentra colocado entre dos tendencias que lo solicitan en diverso sentido: la de proteger las uniones legítimas contraídas de buena fe por uno de los cónyuges, y la de asegurar los derechos que una unión anterior ha conferido á los hijos nacidos de un matrimonio válido, no acordando derechos hereditarios á los del segundo matrimonio, en perjuicio de los del primero. En la división de los gananciales ha dado preferencia á la primera mujer, en el art. 1316, sobre la segunda: pero no ha hecho esa diferencia con los hijos, que son verdaderamente adulterinos, y que no deberían entrar á dividir la herencia de su padre con los hermanos legítimos.

El matrimonio putativo legitima á los hijos naturales habidos antes, siempre que no hubiera incesto ó adulterio. La ig-



norancia de los padres y su buena fe, no puede alcanzar á legitimar actos penados por la ley, porque si protege á los nacidos de esa unión, es por una necesidad social. 4º, *Los hijos naturales concebidos antes del matrimonio putativo entre el padre y la madre, y nacidos después, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto (art. 87, nº 4);* por consiguiente, si entre hermanos vivían en

Art. 87, nº 4.) ¿Por qué esa diferencia? Porque la ley acuerda la legitimación como un beneficio, no concedido á la buena fe de los que tienen relaciones ilícitas, sino con el objeto de incitarlos á que regularicen el estado de concubinato en que viven, por el amor de los hijos; pero no puede fomentar una violación de la misma ley, como sucedería si autorizara la legitimación de los adulterinos ó incestuosos nacidos antes. Y la legitimación por subsiguiente matrimonio, no se concede sino á los hijos cuyos padres pudieran casarse al tiempo de la concepción de aquellos, y en ese caso es claro que no han podido hacerlo. El matrimonio putativo, dice Demolombe, t. 3, nº 365 «produce todos los efectos del matrimonio válido. De acuerdo; tal es también, mi premisa, pero el matrimonio aún válido no puede legitimar un hijo adulterino ó incestuoso; luego el matrimonio putativo no puede producir mayor efecto que el válido. La ficción no puede tener más fuerza que la verdad». En efecto, un hombre casado vive en concubinato con una mujer soltera, en la cual tiene hijos, una vez que enviuda se casa, los hijos adulterinos no han podido legitimarse, y sin embargo, los que vienen después son legítimos por que son concebidos cuando el matrimonio existe sin impedimento alguno. Pero si suponemos que siendo libres han procreado hijos, que el hombre se casa con otra mujer y una vez viudo vuelve á casarse con la que fué su concubina, ¿habrá legitimado á sus hijos? Sí, por que fueron concebidos cuando eran hábiles para casarse y ahora no tienen impedimento; no será lo mismo si después de haberse casado el hombre, ignorándolo la mujer, contrae matrimonio con él; por que el segundo matrimonio putativo no puede legitimar á los hijos tenidos antes por más que ella tenga buena fe; sin embargo, los hijos que nacieren después, serán legítimos porque la buena fe de la madre unida al acto del matrimonio protegen la prole.

Se ha creído encontrar colisión entre este artículo y el 338 que se refiere á las uniones ilícitas, en que, ni la buena fe proveniente del error, ni la violencia misma, pueden hacer desaparecer la mancha del adulterio ó del incesto. La buena fe en las uniones ilícitas no pueden qui-

concubinato sin saber que lo eran, y se casaren después, los hijos que nacieren de esa unión serán considerados legítimos; pero los que hubieren tenido antes no se habrán legitimado, pues no hay razón para extender la protección especial de la ley, á los hijos nacidos de una unión ilícita, penada por la ley.

3º. *En cuanto á los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, serán considerados como legítimos, con los derechos y obligaciones de los hijos de un matrimonio válido (art. 87, n° 3):* por

tarles el carácter que estas tenían, ni influye sobre el hecho mismo, ni tiene el poder de alterarlo, como sucede con el matrimonio. Massé y Verger sobre Zachariæ, §. 172, nota 1, de donde se ha tomado casi al pie de la letra el art. 338, agregan en seguida, para completar el pensamiento: «La ley ni la moral pueden admitir la buena fe en las uniones ilegítimas, sea que resulte del error ó de la violencia: el matrimonio putativo es una excepción, cuyo beneficio está reservado á las uniones legítimas». Cons. TOULLIER, I, n° 657. MERLIN, *Rep.* Vº. *Legitimidad*, Sec. II, § 2, n° 4. DEMOLOMBE, III, n° 359, y sig. TOULLIER, I, pág. 321. ZACHARIÆ, § 172, nota 1 y FREITAS, art. 1448, n° 3. Véase art. 338 y su Comentario.

Respecto de los terceros, el matrimonio putativo surte los mismos efectos que el matrimonio válido, y el defecto de autorización marital podrá ser opuesto por ambos si tuvieron buena fe; pero si el marido tenía mala fe, sólo la mujer podrá hacerlo, sin que éste pueda cubrir con su ratificación la nulidad del acto, una vez descubierto el engaño. El matrimonio para ella surte todos los efectos civiles y puede hacer valer sus derechos, no así el marido, y en este caso la mujer no necesitará de autorización alguna para hacerlo, porque ha recobrado su capacidad por la nulidad del matrimonio: si fuera menor, lo hará asistida de un tutor.

Las donaciones hechas por los terceros á uno de los cónyuges por causa de matrimonio. ¿Se mantendrán si este es anulado? El art. 1239 dice, que se estará á lo dispuesto en los arts. 231 y 232, por consiguiente, el de mala fe no tendrá derecho á esas ventajas. Comp. DEMOLOMBE, III, n° 380. Es el art. 230 del Código.

(Art. 87, n° 3.) Dos hipótesis se pueden presentar: 1º, que los cónyuges ignoraran el impedimento que anulaba el matrimonio; 2º, que uno de ellos lo conociera. En el primer caso los hijos pueden, en realidad, ser adulterinos ó incestuosos, por que el cónyuge que se creía





consiguiente, serán legítimos los concebidos hasta la sentencia que declare nulo el matrimonio, aunque la buena fe hubiese desaparecido: conclusión que creo peligrosa y á veces immoral.

El matrimonio putativo produce los efectos legales del válido: pero una vez declarada la nulidad, 1°, *en cuanto á los cónyuges* (serán reputados en adelante como extraños), y *cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, con la sola excepción de la obligación recíproca de prestarse alimentos en*

muerto exista, ó por que sean hermanos sin saberlo: los hijos están protegidos por la buena fe y se consideran como legítimos los concebidos en tal unión; en el segundo, la mala fe de uno de ellos no es bastante para impedir la legitimación; la ley proteje al engañado y al desgraciado fruto de ese engaño; tal vez hay demasiada benignidad, pero es necesario colocarse en la situación de una mujer honesta engañada, y de hijos inocentes que no deben soportar las consecuencias del engaño de su padre. El abogado general D'Ormesson, decía: « la legitimidad es un estado absoluto que no puede ser dividido, pues no se conoce media legitimidad ni media capacidad para suceder ». LOCRÉ, IV, pág. 518. DURANTON, II, n° 363. DEMOLOMBE, III, n° 362. Véase FREITAS, art. 1448, n° 3.

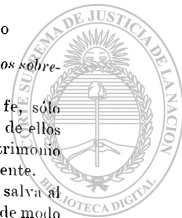
Es necesario que exista el matrimonio, y que los hijos sean concebidos durante él, porque los tenidos antes en una unión ilícita ignorando ambos el parentesco que los ligaba, serían incestuosos y no podrían legitimarse por el subsiguiente matrimonio; lo mismo sucedería con relación á los hijos adulterinos, aunque uno de los cónyuges ignorase el adulterio. La ley dá tal fuerza al matrimonio unido á la buena fe, que quita la mancha de incestuoso ó de adulterino al hijo que nace de tal unión, y algunos autores, como Aubry y Rau, § 460, nota 11 y Demolombe, III, n° 360, van hasta reconocer la legitimidad de los hijos adulterinos ó incestuosos concebidos después de la cesación de la buena fe, con tal que la concepción sea anterior á la anulación del matrimonio, contra Delvincourt, I, pág. 145. Toullier, I, pág. 321 y Ducarroy, Bonnier y Rustaing, I, n° 349, aceptaríamos esta última opinión por el alcance moral que tiene, si no fueran los términos expresos de la ley argentina, que como la francesa, exigen la buena fe, al tiempo en que se celebra el matrimonio, y como término, hasta el día de la sentencia que lo anule: pero debemos declarar que esa disposición nos llevará á defender una inmoralidad; por que la ley protege una unión incestuosa ó adulterina conocida, desde que se denuncie su existencia. Es una verdadera inmoralidad que debe cesar en el caso de la nota 87, n° 1.

caso necesario (art. 87, n° 1), y cada uno queda en libertad de contraer otro matrimonio y formarse una nueva familia.

2°. En cuanto á los bienes, los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges; pero antes del fallecimiento de uno de ellos, el otro no tendrá derecho á las rentas ó beneficios que en

(**Art. 87, n° 1.**) ¿La ignorancia de derecho puede excusar? No: por que todos están obligados á conocer la ley: *nemo jus ignorare sentur*; esta presunción no puede ser combatida por una prueba contraria. Si después de celebrado el matrimonio, ambos conocieron el impedimento que lo anulaba, ¿continuará produciendo los efectos del válido? La ley no ha podido querer ese resultado, porque el art. 89 considera á los matrimonios contraídos de mala fe, como un concubinato, y no vemos la razón por qué protegería esas mismas uniones, sólo por que existiera buena fe al contraerlos. No obstante esta opinión, creo que ante el texto expreso de la ley debemos detenernos, sólo la sentencia que lo declare nulo hará que deje de producir los efectos del válido, y aún en ese caso, el hijo concebido durante tal matrimonio se considerará legítimo. Pero supóngase que en caso de bigamia, el bigamo es penado por el tribunal correspondiente, sin que se hubiere alegado nulidad del primer matrimonio, si ambos cónyuges continuaran en la unión, ¿se considerarán legítimos los hijos que tuvieren? No creo que el respeto á la letra de la ley nos lleve á aceptar semejante monstruosidad. La redacción ha sido tomada á la letra de Freitas, art. 1448 y la considero impropia, por que no comprende todo el pensamiento del legislador. Desde que haya un hecho público y notorio confirmado por un tribunal, en un asunto aunque sea extraño, la ley no puede autorizar semejantes uniones, protegiéndolas con la legitimidad respecto de la prole, esperando la sentencia que declare nula tal unión. Cons. DELVINCOURT, I, pág. 71, nota 5. TOULLIER, I, n° 656. DUCAURROY. BONNIER y ROUSTAING, I, n° 349; en contra DEMOLOMBE, III, n° 360 y los que cita al fin.

Disuelto el matrimonio, los cónyuges se consideran como extraños y recobran su libertad para contraer otra unión, y sólo por respeto á la intimidad en que han vivido, están obligados á prestarse alimentos en los casos de buena fe, cuando uno de ellos no tenga los medios de subsistencia, pero se deben limitar á aquello de absoluta necesidad. FREITAS, art. 1448. CÓD. FRANCÉS, art. 221. GOYENA, art. 93. AUBRY y RAU, I, § 47. DEMANTE, I, n° 283. VAZELLE, I, n° 284. Es el art. 230 del Código.



el contrato de matrimonio se hubiesen hecho al que de ellos sobreviviere (art. 87, n° 2).

Los casos en que ambos cónyuges tengan buena fe, sólo pueden existir en el incesto, porque en el adulterio uno de ellos conoce el impedimento, desde que no se permite el matrimonio por la declaración del fallecimiento presuntivo del ausente.

En los casos de mala fe de uno de los cónyuges, se salva al inocente y á su prole, que no deben sufrir con el engaño; de modo que, *si hubo buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, producirá también los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al exposito de buena fe y á los hijos y no respecto al cónyuge de mala fe (art. 88, 1ª parte);* doctrina peligrosa en que pretendiendo salvar á los inocentes engañados, va hasta perjudicar á los que han adquirido derechos, como son el cónyuge y los hijos del primer matrimonio.

La nulidad en este caso (el del art. 88), tendrá los efectos siguientes:

1º *El cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos (art. 88, n° 1),* pues el que ejecuta un acto

(Art. 87, n° 2.) La disolución produce el efecto de la muerte con relación á los bienes de los cónyuges, procediéndose á su división como si hubiere fallecimiento; pero sólo respecto de ellos. Los bienes debe tomarlos cada uno de los cónyuges, sin que estén obligados á hacer partícipes de ellos á sus hijos, como sucede en caso de disolución por causa de fallecimiento. Si los hijos tuviesen bienes propios, que les hubieren correspondido por donación ó legado, los administrará el cónyuge que los tenga en su poder. Si algo se les hubiere dejado á los hijos con la condición de que sólo lo tendrán al fallecimiento de sus padres, la condición no se reputará cumplida por la disolución del matrimonio. En cuanto á las promesas ó beneficios estipulados en el contrato nupcial, para después de la muerte de los esposos, no quedarán sin efecto por la disolución, y tendrá que esperarse al fallecimiento; pero debe tenerse presente que los esposos pueden revocarlos según el art. 1236.

(Art. 88, n° 1.) En este artículo se hace sentir más el peso de nuestra crítica á la expresión de que los efectos legales del matrimonio

punible, no debe obtener ventajas de él, como sucedería en este caso.

2º *El cónyuge de mala fe no tendrá derecho á ninguna de las ventajas que se le hubiesen acordado en el contrato de matrimonio (art. 88, nº 2), porque ha cometido un acto penado por la ley.*

se producirán *hasta el día de la sentencia que declare la nulidad*; porque si llevamos la hipótesis hasta suponer que el de buena fe supo que su esposo era casado después del acto mismo de la celebración, tendríamos que admitir la legitimidad de esos hijos á todas luces adulterinos.

Sólo la buena fe unida al matrimonio debería convertir en legítimos á los hijos adulterinos ó incestuosos; pero debemos atenernos á los términos expresos de la ley, agregando que no debe admitirse la legitimidad de los hijos concebidos después de la sentencia apelada; pero como conviene á la moral y á la sociedad restringir un derecho excepcional, creo que debe interpretarse en sentido estricto: basta que la sentencia declare nulo el matrimonio, aunque esa sentencia no sea firme, para que la unión que le siga se repunte de mala fe por ambos cónyuges, quienes deberían separarse hasta que sea revocada.

El cónyuge de mala fe, una vez anulado el matrimonio, se reputa completamente extraño, y debe sufrir la pena correspondiente por el delito de bigamia, si se casó estándolo, á cuyo efecto deberán pasarse los antecedentes al Juez de Crimen. El de mala fe no tiene derecho á los alimentos, ni aun á los más necesarios, porque sería aprobar tácitamente una acción punible. FREITAS, art. 1449.

(Art. 88, nº 2.) En esta parte se suprime la disposición contenida en el nº 2 del art. 87, relativa á los bienes. ¿Cómo se dividen? Respecto del cónyuge de buena fe, como en el caso de fallecimiento del otro cónyuge; quedan revocadas las donaciones que se hubieren hecho en el contrato de matrimonio; pero el de mala fe dividirá los bienes como en el caso de disolución de una sociedad de hecho, y no podrá revocar las donaciones hechas para después de su fallecimiento. Esta diferencia de posición nace de la doctrina que se ajusta á los principios proclamados por los arts. 87 y 89. Freitas, art. 1449 hace también esta supresión, que se encuentra justificada por la diferencia de redacción de uno y otro artículo.

Freitas declara que el matrimonio putativo produce en este caso todos los efectos del válido, sólo con relación al cónyuge de buena fe,





3º *El cónyuge de mala fe* (si fuera el padre) *no tendrá los derechos de la patria potestad sobre los hijos; pero si las obligaciones* (art. 88, n° 3), y si fuera la madre, no la adquirirá por

y agrega: la nulidad tendrá los mismos efectos del artículo anterior, *pero con estas retriicciones*, y siguen las que nuestro Código señala como efectos: y así se comprende en aquel autor la supresión de los n° 2, 3 y 4, que hemos examinado, desde que ya quedan comprendidos en la declaración de que esos efectos son los mismos. Es así como debemos comprender nuestro artículo.

Cuando el hombre hubiere contraído varios matrimonios. la división de los bienes debe hacerse con arreglo al art. 1316. Las donaciones hechas por terceros á los esposos ó á uno de ellos por el contrato matrimonial, ¿deberán mantenerse en el caso de nulidad de matrimonio? La donación hecha á un tercero por uno de los cónyuges antes del matrimonio ¿queda revocada por la supernacencia de un hijo en el matrimonio putativo? La primera es una cuestión de hechos. Si la donación se hace á la mujer, como lleva consigo la cláusula de si el matrimonio se celebrare, queda adquirida por la celebración, art. 1248: si es hecha al marido, se atenderá igualmente á la condición bajo la cual se realizó, aunque tenga mala fe al contraer el matrimonio; pero si se impuso cualquier otra condición, como la de si fuera válido el matrimonio, no tendrá lugar la adquisición. Con relación á la segunda cuestión, la supernacencia de hijos no autoriza á revocar la donación sino en el caso en que expresamente se hubiere estipulado esta cláusula, art. 1868. Comp. DEMOLOMBE, III, n° 381 y sig.

(Art. 88, n° 3.) Aquí se refiere á un punto importante sobre el cual se guardó silencio en el artículo anterior. En caso de nulidad del matrimonio, habiendo buena fe por ambos cónyuges ¿quién conserva la patria potestad sobre los hijos? Nos parece fuera de duda que el padre; es uno de los efectos necesarios de la nulidad, pues así como respecto de los bienes los cónyuges se consideran como fallecidos, con relación á los hijos deben regir los mismos principios. Las obligaciones de los padres respecto de sus hijos no cesarán, sin embargo; así, cuando el padre llegare á morir, la madre ejercerá la patria potestad si no está casada. No es el caso en que los jueces deban intervenir para determinar quién debe llevarlos como en el divorcio. Con relación á los hijos menores de cinco años, que deben ir con la madre, cuando hay separación, no nos parece aplicable á este caso; se debe considerar como si la madre hubiera fallecido, y sólo por un sentimiento natural



la muerte del padre. Este es uno de los casos del art. 306, n° 3, en que el padre ó la madre incurren en la pérdida de la patria potestad.

Declarada la nulidad del matrimonio, el cónyuge de buena fe puede pedir la liquidación de la sociedad, con arreglo al contrato matrimonial, si lo hubiere; en caso de no existir, cualquiera de los cónyuges puede pedirla con arreglo á los principios generales, teniendo presente el art. 1316 que da preferencia á la primera mujer, haciéndola participe de los gananciales hasta la disolución del matrimonio, sin tener en consideración el segundo.

Si el matrimonio nulo fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los efectos siguientes:

1° *La unión será reputada como concubinato (art. 89, n° 1), porque la ley no puede prestar su autoridad á los que la violan, garantiendo las consecuencias de actos punibles.*

2° *En relación á los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, quedando sin efecto alguno el contrato de matrimonio (art. 89, n° 2), porque á pesar de*

de conmiseración se le deben dejar aquellos que estuvieren en la lactancia. En cuanto al cónyuge de mala fe no tiene derecho alguno sobre sus hijos, conservando no obstante todas las obligaciones. Véase FREITAS, art. 1449, n° 3. CÓD. FRANCÉS, art. 202. GOYENA, art. 93.

(**Art. 89, n° 1.**) La mala fe de ambos cónyuges hace que el matrimonio sea considerado como concubinato, sin perjuicio de las penas que por el derecho criminal se imponen á los que cometen un delito. No hay exactitud cuando se expresa, que tales matrimonios importan un concubinato, por que el adulterio y el incesto son delitos, mientras que el concubinato es la unión ilícita de dos personas libres. Sería más exacto decir, que la unión será reputada como un delito.

(**Art. 89, n° 2.**) En cuanto á los bienes se procederá como en la disolución de una sociedad de hecho, y después de 26 años en que escribimos con el Dr. Leguizamon la nota 41 de la INSTITUTA, he reaccionado contra la opinión manifestada allí sobre la necesidad de reglamentar las relaciones ilegítimas en lo que se relacionan con los bienes,



considerar la unión como un simple concubinato, se respecta el acto del matrimonio, que con su carácter público demuestra que una sociedad ha comenzado desde el momento en que se efectuó. Lo natural y lógico habría sido rechazar esta sociedad, dejando á los cónyuges de mala fe en la misma categoría que los unidos por vínculos ilícitos.

3º *En cuanto á los hijos, serán considerados como ilegítimos y en la clase en que los pusiese el impedimento que causare la nulidad (art. 89, nº 3), y lo mismo debería suceder con relación á los bienes.*

Se ha dicho que anulado el matrimonio, cuando ha habido buena fe en la segunda mujer, la primera, tiene derecho á la mitad de los gananciales, como si el segundo matrimonio no hubiera existido, lo que es una injusticia, porque la primera no debe aprovecharse de los sacrificios y trabajos de la segunda. Era más justo considerar las adquisiciones hechas durante las cohabitaciones con cada mujer, proporcionalmente á la duración de cada sociedad, y no mantener en su inflexibilidad una regla que, si bien facilita la operación de la liquidación, no consulta la verdad de los hechos.

§ 91.—DE LA BUENA FE DE LOS CÓNYUGES

Habrà buena fe, cuando ambos cónyuges ó uno de ellos ignoraban en el momento de la celebración del matrimonio el impedimento que lo anulaba. Así, p. e., la mujer que se ha casado con el matador de su esposo, ignorando esta circunstancia, ha celebrado un matrimonio putativo y surte para ella todos los efectos del válido hasta el momento de la sentencia; pero si conociendo el hecho se casó ignorando que no podía realizarlo.

encontrando acertadas las reflexiones que hace el Dr. Llerena sobre este punto. Las sociedades de hecho que deben servir de tipo á esta liquidación de bienes son las que tienen lugar sin contrato previo, sea ocasionalmente, sea con un objeto determinado.

(**Art. 89, nº 3.**) Los hijos serán considerados como adulterinos ó incestuosos, según fuera la causa de nulidad: ya no hay hijos sacrilegos.—Comp. arts. 338 á 34º y 1664 y 1665.

esa ignorancia no le servirá, pues la ley declara, que *no habrá buena fe por ignorancia ó error de derecho; que tampoco la habrá por ignorancia ó error de hecho que no sea excusable, á menos que el error fuese ocasionado por dolo* (art. 90, 2ª parte), como si se hubieran empleado medios artificiosos para hacerla caer en el error.

Consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que hubiesen tenido, ó debido tener, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento que causa la nulidad (art. 90, 1ª parte); de modo que ese conocimiento después de la celebración. no

(Art. 90.) La mala fe debe existir al celebrar el acto, según la doctrina del Código, porque la buena fe en ese momento unida al hecho del matrimonio es lo que produce la legitimidad de los hijos. El conocimiento del impedimento es lo que constituye la mala fe, y no se puede presentar la duda que ofrece el Código Francés, sobre el conocimiento de la falta de formalidades en la celebración; porque nuestra ley no reconoce esas nulidades. Así, un hombre casado que figiéndose soltero se casa con una mujer soltera, ante el oficial público sin la presencia de los testigos, sabiendo que son necesarios, esta mala fe no perjudica á la mujer, porque la ley sólo exige el conocimiento del *impedimento*, no de la falta de formalidades exigidas para el matrimonio. Marcadé, II, al art. 202, n° 1 y 2, va hasta sostener que el matrimonio celebrado ante un oficial público incompetente, puede producir efectos civiles en razón de la buena fe de los esposos ó de uno de ellos. En nuestro derecho no es admisible semejante teoría, por que no hay matrimonio cuando no se ha celebrado ante el oficial público; si otro lo ha representado, si por consiguiente las partidas no están en el registro, es una parodia del matrimonio que la buena fe de ambos no puede darle validez. Por nuestra legislación actual no hay matrimonio, cuando se ha celebrado ante la iglesia, sin hacerlo ante el oficial público. Véase DEMOLOMBE, III, n° 354. MERLIN. Vº *Legitimidad*, Sec. I, § 1, n° 7. TOULIER, I, n° 657. DURANTON, II, n° 348.

Se ha dicho que la mala fe consiste en el conocimiento que ha tenido del impedimento; pero la ley agrega: *ó que ha debido tener*, y es necesario precisar el sentido de esta frase. Debemos admitir que la ley supone el conocimiento del hecho en ciertos casos, y entonces será necesario demostrar ó destruir esa suposición por el cónyuge que se dice de buena fe cuando y en qué casos ha debido tener co-



destruye el efecto producido, conclusión que nos llevará á consecuencias inmorales.

La buena fe siempre se presume, salvo casos especiales: por nocimiento del impedimento? Son cuestiones de hecho que se presentarán á cada momento, y que deberán ser resueltas según las circunstancias.

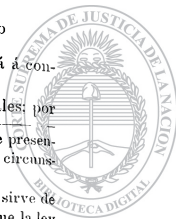
Cuando el hecho es conocido, la ignorancia de derecho no sirve de excusa: así el que se casare con su suegra ignorando ambos que la ley declara nulo este matrimonio, se reputará como si fuera contraído de mala fe: pero sucederá lo contrario en el error de hecho, cuando hay motivo excusable ó si medió dolo para producirlo.

El art. 233 del Código traía en un solo párrafo estas dos proposiciones: 1º, no habrá buena fe por error de derecho; 2º, no la habrá por error de hecho que no sea excusable, á menos que hubiere sido ocasionado por dolo: pero como algunos habían confundido las dos proposiciones aplicando á la primera lo que sólo correspondía á la segunda, la ley las ha separado para indicar que se refiere al error de hecho.

Nuestro Código ha venido á resolver las dudas que ocurrían en el derecho francés, dividiendo á los jurisconsultos en la interpretación de los arts. 201 y 202, admitiendo los unos que el error de derecho excusaba algunas veces y negándolo otros. —Comp. DELVINCOURT, I, pág. 71, nota 3. TOULLIER, I, nº 658. DURANTON, II, nº 351. DEMANTE, I, 283, bis III. MERLIN. *Cuestiones de Der.* Iº *Legitimidad*, § 5. DEMOLOMBE, III, nº 357.

El error ó ignorancia de derecho que, por regla general, no impide los efectos legales de los actos lícitos (art. 923), ni la ignorancia de las leyes, que no excusa sino en los casos en que expresamente se autorice, no podían ni pueden dar buena fe en el matrimonio.

Freitas, art. 1862, dice: que «no sería *excusable* cuando hubiere habido negligencia ó imprudencia, sin la cual hubiera sido imposible evitarlo». La regla de derecho romano, *error juris nocet, error facti non nocet*, había sido circumscripita á límites razonables; porque se examinaba si el error de hecho era de tal naturaleza que pudiera excusar la acción, pues no se debe tolerar, decía la ley 6, tit. 6, lib. 22, Dig., una ignorancia grosera, estableciendo como términos extremos para encontrar el justo medio, la indiferencia excesiva y una curiosidad que no convendría sino á un delator. Así, el error de su propio hecho no sería excusable, Lib. 7, tit. 1, lib. 16 y 42, tit. 17, lib. 50, Dig. — Comp. arts. 929, 981, 991, 2532, 2569.





consiguiente, los cónyuges no tienen necesidad de demostrarla. ¿Quié debate, entonces, que todo matrimonio anulado se reputará contraído de buena fe? La conclusión sería demasiado absoluta para ser verdadera; porque los hermanos que se han casado, diciendo ignorar su parentesco, deben demostrar que su ignorancia tiene una razón seria. No es conveniente ni posible establecer una regla invariable, y habrá casos en que los esposos deberán demostrar su buena fe.

El cónyuge de buena fe puede demandar al cónyuge de mala fe y á los terceros que hubiesen provocado el error, por indemnización de daños y perjuicios (art. 91) que ocasionasen al esposo engañado, y esta responsabilidad es solidaria como la que resulta de todo acto ilícito.

En todos los casos de los artículos precedentes, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros, que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges (art. 92), y al ha-

(**Art. 91.**) Cuando el error de hecho resultare de la confabulación del otro cónyuge y de los terceros que hubieren intervenido, será cuestión de determinar la responsabilidad que á cada uno corresponde en los daños y perjuicios que deben pagar al engañado. Si únicamente fué el otro cónyuge el que hizo incurrir en el error, como en el caso de casarse una persona diciéndose soltera sin serlo, además de las penas en que hubiera incurrido, indemnizará los daños y perjuicios, que se estimarán por los jueces según las circunstancias de cada caso. Téngase presente que el adulterio se puede perdonar por el otro cónyuge sin que merezca pena, pero no la bigamia. — Es el art. 234 del Cód. Véase FREITAS, art. 1452 y Comp. nuestros arts. 935, 942, 1056, 1067, 1081 y 4037.

(**Art. 92.**) Cuando hubo matrimonio, tengan los cónyuges buena ó mala fe, los actos celebrados con los terceros surten todos los efectos como si fuera válido, y las consecuencias de esos actos que estuvieren aún pendientes, cuando el matrimonio se anuló, deben ejecutarse como si existiera; pero si los terceros conocían el impedimento que anulaba el matrimonio, sufrirán las consecuencias de la anulación. Los cónyuges no pueden oponer á los terceros que conocían el impedimento, la nulidad de su matrimonio, si no hubiera sido declarada en juicio por sentencia firme; porque recién desde ese instante se considera disuelto.



cer la liquidación de la sociedad conyugal esas obligaciones deben pesar sobre ella. Lo mismo sucederá con relación á los contratos celebrados por el marido, ó la mujer debidamente autorizada, durante el pleito que se siga sobre nulidad del matrimonio; porque continúan considerándose como marido y mujer hasta la sentencia firme que declare la nulidad.

En los casos de matrimonio putativo, si ambos esposos han tenido buena fé, pueden demandar la nulidad de los contratos celebrados por la mujer sin la autorización de su marido; pero si este tuvo mala fe, como respecto de él, el matrimonio no surte todos los efectos legales; sólo la mujer podrá reclamarlo. Si ambos tenían mala fe, como dicha unión se reputa un concubinato, no podrán alegar la nulidad desde que, en realidad, no hay necesidad de autorización marital. Si la mujer fuera menor de edad, puede usar de su derecho para anular el contrato.

CAPÍTULO XIV

§ 92.—DE LAS SEGUNDAS Ó ULTERIORES NUPCIAS

Anulado el matrimonio, los cónyuges pueden volverse á casar, como en el caso de disolución, por causa de fallecimiento; pero *la mujer no podrá casarse hasta pasados diez meses (300 días) de disuelto ó anulado el matrimonio, á menos de haber quedado en cinta, en cuyo caso podrá casarse después del alumbramiento (art. 93).* *La mujer que se casase en contravención del artículo*

Y no creo que con motivo del cumplimiento de un contrato, ni los terceros, ni los cónyuges, puedan entrar á discutir la nulidad ó validez del matrimonio, que debe considerarse como existente, hasta que una sentencia firme no haya decidido lo contrario. — Es el art. 235 del Cód. Véase FREITAS, art. 1453. Comp. arts. 1051, 1055, 1057 y 1660.

(**Art. 93.**) Es de notar que esta prohibición como varias otras de nuestro Código, no producen el efecto señalado en el art. 18 haciendo nulo el acto; porque el art. 241 prevé el caso en que contra la prohibición se realice el matrimonio, señalándole sus consecuencias legales, sin anularlo. Delvincourt y Prudhom enseñan que es un impedimento dirimente, pero casi todos los autores sostienen lo contrario,

anterior, perderá los legados, y cualquier otra liberalidad ó beneficio que el marido le hubiese hecho en su testamento (art. 94);

habiéndose decidido nuestro Código por esta opinión general que se basa en el estudio del art. 228 del Cód. Francés. Hay dos razones en que se funda esta prohibición: es necesario prevenir la *turbationem sanguinis*.... *generationis aut seminis incertitudinem*, como decía la ley romana, lo que sucedería cuando se ignorase que la mujer hubiera quedado embarazada; pero cuando el embarazo existe no puede haber esa incertidumbre, y entonces sólo una razón de decencia y honestidad fundará la prohibición. Cuando ha quedado embarazada, podrá casarse después del alumbramiento, sin esperar á los diez meses. Freitas, arts. 1454 y 1455 divide los dos casos para no ofrecer dudas, aunque el nuestro es bastante claro.—Cons. TOULLIER, I, n° 651 y II, n° 664. DURANTON, II, n° 176. AUBRY Y RAU, § 463, nota 5. LOCRÉ, II, 379. MERLIN, Rep. V° *Segundas nupcias*, § 2. n° 1. MARCADÉ, art. 228. DEMOLMBE, III, n° 122.

(Art. 94.) Las únicas sanciones establecidas para impedir que el acto se ejecute son: la pena del art. 108 al oficial público que lo realice, y la pérdida para la mujer, de los legados y liberalidades que el marido le hubiese hecho en su testamento, pero no será privada de las ventajas que se le acordaron en el contrato nupcial ni las que los terceros le hicieron. Si no hay testamento, el acto de la mujer queda sin sanción.

Si la mujer viuda para evitar la prohibición y no perder los legados cambiara de domicilio, trasladándose á otro país donde no exista la prohibición y celebrara allí el segundo matrimonio, ¿perderá los legados? Si el testamento debía ejecutarse en la República, como es una pena que la ley impone á la viuda por haber faltado á sus leyes, no sería justo aplicarla á los que no están domiciliados en ella; por otra parte, la capacidad para recibir por testamento se rige por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, art. 3286, y en ese tiempo la mujer era capaz de recibir el legado, y por consiguiente no ha podido perderlo; pero sucedería lo contrario, si dejando momentáneamente la República, vuelve á ella donde está domiciliada.

Freitas, art. 1456, priva á la viuda del derecho de suceder á los descendientes ó ascendientes que tuviese al tiempo de contraer un nuevo matrimonio, á menos que no sea instituida heredera por ellos.



pero las ventajas acordadas por el marido en el contrato nupcial quedarán inalterables.

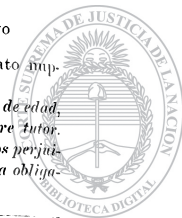
La viuda que, teniendo bajo su potestad hijos menores de edad, contrajese matrimonio, debe pedir al juez que les nombre tutor. Si no lo hiciere, es responsable con todos sus bienes de los perjuicios que resultaren á los intereses de sus hijos. La misma obligación y responsabilidad tiene el marido de ella (art. 95).

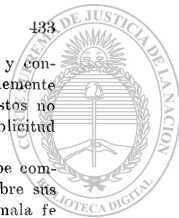
(**Art. 95.**) Pierden la tutela legítima los que no la piden para el pupilo que no tenía tutor, según el art. 398, nº 14; pero no se encuentran en este caso los parientes que no hacen la denuncia de que la madre continúa con la tutela indebidamente: basta que los pupilos tengan guardador para que esté salva su responsabilidad: así es que ni los abuelos ni los hermanos estarán obligados á hacer la denuncia, dejando la responsabilidad á la madre y á su nuevo marido.

Se ha creído con generalidad por algunos, que el segundo marido no puede ser tutor de los hijos del primer matrimonio, cuando lo natural es que lo fuera, desde que toma bajo su protección á la madre y la acepta con los hijos que tiene bajo su poder. En ninguna parte del Código se encuentra semejante incapacidad, y nadie tiene facultad para crearla. El argumento que se quiere deducir del art. 3738, no tiene valor alguno, porque la incapacidad para recibir por testamento de los hijos menores que la mujer tiene indebidamente en su poder, no autoriza á deducir la consecuencia que el marido de esta mujer no pueda ser tutor de esos menores. Conviene, y es más moral, que lo sea porque un hombre que acepta á la viuda con los hijos de un anterior matrimonio, no trepida en extender su autoridad bienhechora sobre aquellos menores que son ó serán los hermanos de sus hijos. Creo que los jueces deben preferirlos á los extraños, cuando se trata de nombrarles tutor.

En cuanto á la madre, su responsabilidad por la administración de los bienes de sus hijos no se refiere á la que tuvo anteriormente á su matrimonio, pues esa tiene otro origen, sino á los perjuicios que puede ocasionarles, por no haberles hecho nombrar tutor.

En la antigua jurisprudencia francesa era un principio admitido por todos los tratadistas, «que si la madre tutora de sus hijos contrajese segundas nupcias, sin haberles hecho nombrar tutor y rendido cuenta de su administración y pagado ó asegurado lo que podía deberles, los bienes de su segundo marido se consideraban hipotecados hacia el menor por todo lo que se encuentre que les fuere debido, tanto respecto del





El segundo marido podrá ser tutor de sus hijastros, y convendría que lo fuera, porque la mujer ha buscado probablemente la protección para ella y sus hijos menores, y porque éstos no abandonarían la casa materna, ni serían privados de la solicitud y cariño de la madre.

Aunque la ley se refiere sólo á la mujer viuda, debe comprenderse también á la que conserva patria potestad sobre sus hijos, por haberse declarado nulo el matrimonio por mala fe del marido; en cuyo caso si se volviera á casar, deberá pedir tutor para sus hijos, desde que ella no puede tenerlos bajo su poder. Estos son casos de suspensión de la patria potestad, pues, si enviudara, volvería á tener á sus hijos bajo su poder, desde que ha cesado la causa por que se suspendió.

En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el sobreviviente tiene obligación de hacer inventario judicial de todos los bienes, determinando los que correspondan á sus hijos, so pena de perder el usufructo; pero esta obligación no se refiere á los casos de nulidad, porque viviendo los padres no tienen derecho sobre los bienes de estos.

CAPÍTULO XV

§ 93.—DE LA PRUEBA DEL MATRIMONIO

Los matrimonios celebrados con posterioridad á la vigencia de esta ley, se probarán con el acta de la celebración del matrimonio

pasado como con relación al porvenir». — DOMAT, *Leyes Civiles*, 1ª parte, lib. 2, tit. 1, n° 37.

Nuestro Código sólo hace responsable al marido solidariamente con la mujer, por los perjuicios que resulten á los hijos de la administración indebidamente continuada, decidiendo la cuestión debatida aún en la jurisprudencia francesa por la falta de claridad de los arts. 395 y 396 de aquel Código.

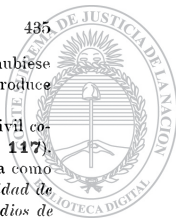
El Código Chileno, art. 511, ha aceptado, por el contrario, la antigua teoría. — Comp. DELVINCOURT, I, pág. 103, nota 10. MARCADE, II, al art. 395. DEKANTON, III, n° 426. TOULLIER, II, pág. 14. TROPLONG, *Hipoteca* al art. 2121, n° 426.

ó su testimonio (art. 96). Y como no se admite matrimonio que no sea celebrado ante el oficial público, resultará que no ten-

(Art. 96.) Desde el 1º de Diciembre de 1889, por la nueva ley, la prueba del matrimonio ha variado por completo, llenando á nuestro juicio, las exigencias de la actual sociabilidad, suprimiendo así la disposición del art. 179 que autorizaba la prueba de la posesión de estado, á riesgo de amparar el concubinato y á la que todavía se encuentran sometidos los matrimonios contraídos antes de aquella fecha. Hay un error evidente en la redacción de este artículo, al que no puede dársele la amplia interpretación que resulta del texto. Debe separarse de las hipótesis que estudiamos el caso en que no se pueda presentar *el acta del matrimonio por haberse celebrado en países distantes* (que contenía el art. 179); porque esta causal que pudo valer hacen 28 años cuando no teníamos fáciles comunicaciones con todo el mundo, no debe admitirse al presente. Cuando no existieren registros ó se hubieren perdido ó destruido, la prueba debería referirse sólo al hecho de la celebración del matrimonio, y no á los subsiguientes que lo presuponen, pero que no lo demuestran. «La posesión de estado no podrá dispensar á los pretendidos esposos (dice el art. 195 Cód. Francés) que la invocaran respectivamente, de presentar el acta de la celebración del matrimonio»; porque facilitaría la manera de legitimar el concubinato que sería convertido en matrimonio por la sola voluntad de los esposos que, tratándose como marido y mujer, se presentarán en la sociedad como tales; pero esta prueba que no debe permitirse á los esposos, ni á los hijos mientras vivan sus padres, ni á los terceros, sufre sus excepciones: 1º, en el caso que no haya registros ó se hubieren perdido ó destruido; 2º, cuando ambos cónyuges hubiesen fallecido dejando hijos, los que pueden demostrar su legitimidad con la posesión del estado; 3º, cuando la prueba de la celebración del matrimonio se hubiera dado en un proceso criminal ó correccional y hubiera sido admitida. Los jueces deben ser muy prudentes y circunspectos al admitir la prueba de la posesión de estado para demostrar el matrimonio anterior á la vigencia de esta ley, tratando de que no se confunda con el concubinato. — Comp. DEMOLOMBE, III, nº 392 y sig. ZACHARIE, § 116, nota 3. MERLIN, *Questions*, 1º Matrimonio, § 7. TOULLIER, II, nº 873. DELVINCOURT, I, 317. MARCADÉ, al art. 197.

Con relación á los matrimonios celebrados después del 1º de Diciembre de 1889 no hay más prueba que la misma acta original ó el testimonio autorizado de ella. Si el acta no estuviera en el registro sino





drán valor las actas de los párrocos ante quienes se hubiese realizado. Un matrimonio ante la Iglesia, al presente, no produce efectos civiles.

Es necesario tener presente que la ley del registro civil comenzó á regir desde el 1° de Diciembre del año 1889 (art. 117).

Cuando no existiese acta de matrimonio, se considera como si este no hubiera tenido lugar, pero *si hubiere imposibilidad de presentar el acta ó su testimonio, se admitirán todos los medios de prueba; estas pruebas no se recibirán sin que previamente se justifique la imposibilidad* (art. 97).

sobre una hoja suelta, casi todos los jurisconsultos franceses son de opinión que no valdría para demostrar el matrimonio. y apoyan esta tesis, Demolombe, III, n° 386. Massé y Verger, nota 2 sobre Zachariae, § 116. Marcadé, al art. 195. Duranton II, n° 244 y 251; por nuestra legislación no sería sostenible semejante doctrina, pues se ha dado tal vez, demasiada amplitud á esta prueba, sin pesar bastante las razones que nos obligarían á ser circunspectos en su admisión. Toullier, I, n° 348 sostiene que la hoja suelta hace prueba.—Comp. CÔD. FRANCÉS, arts. 46 y 194. HOLANDA, art. 155. FREITAS, art. 1271.

(Art. 117.) Lo que quiere decir es que todos los actos verificados antes tienen su fuerza y valor, sin que puedan ser alterados por la nueva ley; pero si debieran producir efectos que deben hacerse constar en adelante, deberán regirse por esta, sin alterar los derechos adquiridos. Cuando se trata de facultades que no se han ejercido, la nueva ley tiene su imperio sobre ellas y las altera á su voluntad. Así, la ley rige desde el 1° de Diciembre 1889, en cuanto á las formalidades, autoridades que deben intervenir, etc., pero en lo que se refiere á los derechos que concede á los cónyuges, la nueva ley extiende su imperio sobre esas facultades.

(Art. 97.) La imposibilidad de presentar la partida deberá demostrarse plenamente, y convendría que los jueces fueran severos en esta exigencia.

Reputamos un grave error el admitir *cualquier género de prueba*, que no sea para demostrar alguno de los casos del art. 98, porque se trata de un acto que es la base y fundamento de la familia legítima.

Así es que la disposición acertadísima del art. 96 de no admitir más prueba que el acta del registro, quedará inútil. Habrá siempre un grave peligro en consagrar el concubinato. Aunque este artículo



Ni la posesión de esposos legítimos de que hubieran gozado en la sociedad, ni el reconocimiento público que hubiera hecho la parte que niega la celebración del matrimonio, bastaría para

esté basado en el 1271 de Freitas, este autor se refiere á lo prevenido en los arts. 235 y 242, habiendo hecho notar anteriormente que no se debe confundir la prueba del nacimiento con la de la legitimidad, que son hechos diversos.

El art. 53 Cód. Español, inspirado en la verdadera doctrina, no admite otra prueba del matrimonio que la presentación del acta, á menos que se suscitare contienda ante los tribunales sobre la certeza de la celebración del matrimonio ó la inscripción del acta en el registro.

Todo depende de la interpretación que se dé á las palabras *imposibilidad de presentar el acta*. Si la limitamos á los casos del art. 98, como creo debe hacerse, se habrán salvado los inconvenientes que hago notar, respecto de la prueba del matrimonio á que están sometidos los contraídos antes de la ley. Dos personas que viven en concubinato en otra nación, se presentan en nuestro país como marido y mujer, y bastaría que se reconocieran como esposos y se presentaran como tales para que lo fueran; pero no sucederá así, si primero se ven obligados á demostrar que no pueden presentar el acta de matrimonio, porque se ha destruido y perdido ó suprimido el registro, porque todas esas pruebas tienen por fin de reconstruir un acto que se afirma ha tenido lugar, y como concurrente á este resultado puede darse la prueba de la posesión de estado, ú otra cualquiera para demostrar lo que se afirma.

La imposibilidad de presentar el acta, no puede venir de que el matrimonio se ha celebrado en países lejanos, y no se admitirá la prueba de que marido y mujer se han tratado como tal, pues esto no basta para dar por demostrado la celebración del matrimonio, así lo entiendo, y creo que la estrecha unión del art. 98 con este hace muy peligrosa cualquiera interpretación en contrario. Como lo haré notar en seguida, hasta ese mismo artículo ofrece un grave peligro en su n° 3, abriendo una ancha puerta para sancionar el concubinato.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 97.—*La información de testigos mayores de toda excepción y que dan cumplida razón de sus dichos, basta para justificar el matrimonio.—Jur. Civ., III, 417, Sér. 5°.

Es procedente la información supletoria para comprobar el matrimonio, cuando la partida no existe ó cuando se hubiese celebrado en país distante.—Jur. Civ., X, 56, Sér. 2°.

NOTA.—Esta resolución debe tomarse con mucha reserva, y esperarse á que varias decisiones la confirmen; porque la distancia del país donde se celebró el



comprobarlo; de donde resulta que cualquiera persona interesada en contestarlo, puede negar á los pretendidos cónyuges ó á sus hijos, la calidad que se atribuyen. La prueba, pues, se debe concretar á demostrar el acto de la celebración para destruir la presunción legal de su no existencia.

Justificada la imposibilidad de presentar el acta del registro civil, la prueba se admitirá en los casos siguientes: 1º, *cuando el registro ha sido destruido ó perdido en todo ó en parte* (art. 98, nº 1), en que la prueba versará primeramente sobre la pérdida

(Art. 98, nº 1.) La imposibilidad de presentar el acta del matrimonio se limita en este número á la destrucción ó pérdida del registro que prueba su realización, y se suprime el caso en que no hubiere registro, porque entonces no ha podido celebrarse el matrimonio ¿Ante quién lo habrían celebrado? En esto se nota la diferencia que existe entre la prueba del matrimonio y la del nacimiento ó la de muerte.

Cuando no hay registros, el nacimiento ó la muerte que son hechos independientes de la voluntad humana, pueden demostrarse por cualquier género de prueba, mientras que el matrimonio no ha podido celebrarse, donde no existe oficial público.

Es necesario probar que el registro se ha destruido ó perdido, y

matrimonio, no es suficiente razón para eximir de la obligación de presentar la partida; pues de otro modo bastaría afirmar que el matrimonio ha tenido lugar en la China, para que se admitiera la prueba de la posesión de estado, que depende de la voluntad de los interesados. Sancionaríamos el concubinato.—(N. del A.)

Si no aparece asentada la partida en los registros parroquiales, procede la información supletoria.—Jur. Civ., X, 50, Sér. 2º.

NOTA.—Será necesario demostrar que la partida ha sido destruída ó arrancada de los registros; porque no bastará que los esposos digan que contrajeron el matrimonio en tal parroquia, y la partida no se encuentre, para que se autorice la prueba. ¿Cómo se encontrará, si el matrimonio no se hubiese celebrado? La prueba de la posesión de estado autorizada por el art. 179, que ha sido derogado, debe admitirse cuando no hubieren registros; es decir, cuando se hubieren destruído ó fueran robados, ó cuando las partidas se hubieren arrancado ó fueran ilegibles. Todas estas resoluciones deben tomarse con gran reserva, esperando que el cambio de jueces se produzca y sean confirmadas, porque los mismos jueces, aunque resuelvan casos análogos, se encuentran influenciados por la sentencia que dieron al principio.—(N. del A.)

A falta de asientos parroquiales en los registros respectivos, el matrimonio puede justificarse por información.—Jur. Civ., XIII, 148, Sér. 4º.

A falta de asiento en los libros parroquiales, puede justificarse por testigos.—Jur. Civ., I, 266, Sér. 1º.



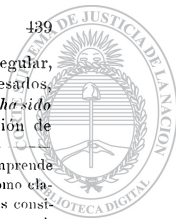
ó destrucción, para ser seguida de la que demuestre la realización del matrimonio, con las indicaciones del lugar, tiempo y personas que concurrieron al acto mismo; 2º, *cuando* (el registro) *estuviere incompleto, ó hubiere sido llevado con irregularidad* (art. 98, n° 2), siendo esta una de las causas por que no se en-

después de esa prueba recien se demostrará que el matrimonio se celebró, y como hechos concurrentes, la de que marido y mujer se trataron como tales. La posesión de estado por sí sola no bastará para constituir la prueba, es necesario que haya hechos que se relacionen con su celebración; esto en cuanto se refiere á los mismos cónyuges; pero será suficiente para demostrar la filiación legítima de los hijos, si va unida á la partida de bautismo en que se les reconoce como tales, cuando los padres hubieran fallecido; en estas circunstancias es muy posible que los hijos ignoren el lugar del matrimonio y no sería justo exigirles una prueba de tal hecho.

La prueba de la destrucción ó pérdida del registro será relativamente fácil, porque se refiere á algún acontecimiento notable, como incendio, robo, etc., que se puede demostrar cuando tuvo lugar; pero la que le sigue será difícil, porque debe referirse al acto mismo del matrimonio.

Cuando se ha destruido ó perdido sólo una parte del registro, la prueba será aún más sencilla, por que algunas veces bastará la simple inspección sin necesidad de prueba; pero los jueces deben exigir las que se refieren á la celebración, tomando en cuenta los actos que son una consecuencia. P. e., las personas que han sido invitadas á presenciar el casamiento y que no estuvieron presentes, pero que fueron á casa de los desposados, ó que estuvieron en la fiesta que siguió á aquel acto bastaría, á nuestro juicio, para demostrar que tuvo lugar.—Comp. Cód. ESPAÑOL, art. 54.

(Art. 98, n° 2.) En esta parte se ha separado de todas las legislaciones conocidas, suprimiendo la nulidad que proviene de la forma. Los términos vagos, de cuando estuviere *incompleto* ó llevado con *irregularidad* el registro, autorizan á sostener que no hay nulidad de matrimonio por falta de formalidades, lo que sería una novedad en derecho. El legislador se ha penetrado tanto de la importancia del matrimonio, que no ha querido dejarlo sin efecto por cuestiones de formalidades, autorizando á suplirlas por todos los medios, yendo hasta reconocer á aquellos que no estuvieren anotadas en el registro, como lo veremos más adelante. Se podía en este sentido demostrar la existencia



contrara el acta, ó cuando esta no estuviera en forma regular, como si faltara la firma de los testigos ó la de los interesados, ó careciese de fecha ó cosa semejante; 3º, *cuando el acta ha sido omitida por el oficial público* (art. 98, nº 3), autorización de

de un matrimonio que no se hubiera celebrado. La nulidad sólo comprende los matrimonios celebrados con los impedimentos del art. 9. como claramente se expresa en los arts. 84, 85 y 86, y aunque podríamos considerarnos autorizados á aplicarles los artículos referentes á las escrituras públicas, no lo hacemos, por que una institución tan especial como el matrimonio, debe regirse por sus propias disposiciones. ¿Cómo crearíamos nulidades de forma, cuando la ley autoriza á demostrar la existencia del acto que no se ha registrado? Es cierto que el inciso se refiere al registro incompleto ó irregular y que podríamos aplicar esas expresiones al acto mismo, como, p. e., si se llevara el registro dejando blancos entre una y otra partida; si no fueran rubricadas sus fojas: si hubiera enmiendas ó raspaduras sin salvarse, etc.: pero el art. 109 nos convence que no hay más nulidad en el matrimonio que la referente á los impedimentos. Así es que, si una partida estuviera sin la firma de los interesados, ó la de los testigos ó del oficial público, se autoriza á completarla admitiendo toda clase de prueba. Creemos que esta disposición necesita una reforma inmediata y los jueces deberán corregirla en su aplicación, apoyándose en los artículos relativos á los instrumentos y escrituras públicas.—Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 194 á 197. HOLANDÉS, arts. 155 á 157.

(Art. 98, nº 3.) Este inciso entraña uno de los más graves errores que puede conducirnos al absurdo, si lo tomamos en el sentido literal. Autorizar la prueba de que una partida ha sido omitida en un registro llevado con todas las formalidades de la ley, es destruir por su base la existencia de ese mismo registro. Bastarán dos personas que á la par de los esposos afirmen que se han casado, para que se tenga por demostrado el matrimonio. Eso no ha podido querer el legislador.

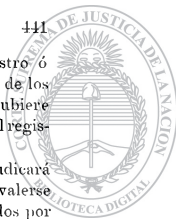
La filiación debe ser el art. 26 del Cód. Holandés, que dice: se puede probar, sea por títulos ó por testigos, que no han existido registros del estado civil, ó que se han perdido, ó que *falta en ellos una partida que fué inscripta en los mismos*. Este artículo se refiere á los actos del estado civil en general como lo indica el epígrafe del tit. III: pues en la Sec. VII, habla expresamente de la prueba del matrimonio, arts. 155 y 157. Se puede perfectamente demostrar, que falta una partida inscripta en el registro, por la alteración de la foliatura, porque



gran transcendencia que debe admitirse con cautela; por que entrega á la incertidumbre, y muchas veces al fraude, la prueba de uno de los actos más importantes de la vida humana.

esté arrancada en parte sustancial, ó por que sea ilegible, etc.; nuestro artículo ha traducida esa expresión por la de haberse omitido la partida, lo que comprende un orden de ideas diverso, y pone en la mano de los interesados la facultad de alterar el registro. Si el registro fué llevado debidamente, si no hay blancos ni faltan fojas ¿cómo se justificaría la omisión de la partida? Se comprende la prueba de que una partida fué inscripta y que falta, por que hay elementos para demostrar la verdad de la afirmación. Pero ¿qué prueba pueda darse para demostrar la omisión? Es cierto que se puede omitir la partida de nacimiento ó de defunción, y que se autoriza entonces toda clase de pruebas; pero uno y otro hecho no dependen de la voluntad de las personas y debe autorizarse su demostración; mas la celebración del matrimonio, por el contrario, es un hecho que la voluntad sólo puede realizarlo, y todo el que se casa debe saber que es necesario hacerlo ante el oficial público, dejando constancia en el registro. Si cualquiera diciéndose oficial público celebra el matrimonio, los testigos no tendrán inconveniente en declarar que la partida ha sido omitida, y llegaremos en este camino á sancionar una farsa ó cualquier engaño. En nuestra opinión no se debe admitir la prueba de que la partida ha sido *omitida*, sino con grandísimas restricciones, y la prudencia y severidad de los jueces pueden contribuir en mucho á hacer menos sensible este error que nos conduce á la supresión del registro. ¿Por qué no autorizar igualmente á probar el matrimonio, cuando no hay registro si basta que dos testigos presencien el acto y digan que se celebró? ¿Por qué rechazar el matrimonio católico que consta en los libros parroquiales? Por este medio se autorizaría á violar la ley del matrimonio civil, desde que la celebración ante la Iglesia, sería una de las más autorizadas constancias, de que el matrimonio civil se ha celebrado, y que sólo se omitió la partida en el registro, adulterando así la verdad de los hechos. Es una disposición peligrosísima, que debe reformarse, en el sentido del Código Holandés, cuando *falta la partida inscripta*.

Si la omisión dá lugar á prueba y se inscribe la partida omitida, con más razón se mandará inscribir una foja suelta autorizada por el oficial público, en que conste la celebración del matrimonio. El Cód. Francés y todos los que lo han seguido, han enseñado el principio de



La demostración de la pérdida ó destrucción del registro ó del acta, se hará ante el juez de lo civil del domicilio de los esposos al tiempo de su celebración. Y una vez que se hubiere dado por reconstituido el acto, se mandará inscribir en el registro.

Cuando la prueba se diera sin contradictor, no perjudicará á los terceros interesados en contestarla, los que podrán valerse para destruirla, de todos los medios de prueba autorizados por el derecho.

Enablado el juicio sobre la reposición de la partida, *la sentencia que decida que una acta ha sido destruida, perdida ú omitida, será comunicada inmediatamente al oficial público, el cual la transcribirá en un registro suplementario que será llevado con*

que el matrimonio no se puede probar sino por la exhibición del acta del registro civil, art. 194, con estas excepciones: 1º, en caso de no existir ó de haberse perdido los registros, se admite toda clase de prueba; 2º, cuando los hijos nacidos de dos personas que se han tratado públicamente como marido y mujer, presentan la partida de nacimiento de hijos legítimos, si sus padres han fallecido, no están obligados á producir el acta de matrimonio; 3º, cuando el acta ha sido alterada, falsificada, sustraída ó suprimida como el resultado de un delito y una sentencia en juicio criminal ó correccional la manda inscribir.

La crítica que acabamos de hacer fué hecha en parte en el Consejo de Estado de Francia, cuando se discutió el art. 12, que es el actual art. 46 del Cód. Francés; el cónsul Cambacérés, dijo: que el tribunal de apelación de Lyon había preguntado, si la prueba admitida por este artículo en el caso de la no existencia ó de la pérdida de los registros lo sería igualmente para *reparar la omisión de los actos*; Mr. Tibaudan respondió: que sería muy peligroso que la ley previese el caso de la *omisión*, y que era más conveniente, que las contestaciones á las que podrían dar lugar las omisiones, fuesen llevadas á los tribunales, que estatuirían según las circunstancias; Mr. Regnier agregó: *que no hay por otra parte medio alguno para reparar las omisiones sobre los registros*.— Comp. MERLIX, *Rep.* 1º. *Legitimidad*. Sec. 1, § 2. DEMAXTE, I, nº 91, *bis* II. DEMOLOMBE, I, nº 324. AUBRY y RAU, § 452, *bis* nota 14. LOCRÉ, III, pág. 68.

La facultad de suplir un acta de matrimonio que se dice omitida, lleva consigo la de alterar el registro.



las formalidades que prescribe el art. 48 (art. 99), y surtirá todos los efectos legales, sin perjuicio de ser atacada por aquellos á quienes se opusiera para privarles de derechos hereditarios, si consideraran falsa ó incompleta la prueba. Dicha sentencia no hará, pues, cosa juzgada sino para aquellos que hubieran intervenido en el juicio, como sucede con toda sentencia.

Cuando la destrucción, falsificación ó pérdida de una acta de matrimonio dé lugar á una acción criminal, la sentencia que declare la existencia del matrimonio se inscribirá en el registro de estado civil y suplirá al acta (art. 100), sin perjuicio del dere-

(Art. 99.) Consagra la necesidad de un juicio especial para demostrar la destrucción ó pérdida del registro, y recién después de esta prueba se debe admitir la del hecho mismo. Separamos el caso de omisión de la partida, porque tratándose de un registro llevado con todas las formalidades de la ley, creemos que sólo en rarísimos casos debe permitirse su alteración. La sentencia obtenida en juicio contradictorio hará fe contra los terceros que no hubieren tenido intervención, en el sentido de que la presunción de la verdad está en favor de la partida inscripta, mientras no se demuestre lo contrario.

(Art. 100.) La ley no dice quiénes pueden intentar esta acción. ¿Son únicamente los esposos mientras vivan, ó pueden hacerlo también los hijos? ¿Pueden deducir acción civil ó sólo la criminal ó correccional? Si la partida del matrimonio ha sido destruida ó se ha falsificado para hacerla servir á otros fines, parece que sólo los esposos pueden reclamar contra estos delitos, porque son ellos los directamente interesados; sin embargo, si por cualquier circunstancia los hijos vinieran á tener un interés actual en demostrar la existencia del matrimonio, no será posible negarles el derecho de restablecer la partida.—Comp. sobre estos dos puntos á DELVINCOURT, I, § 65. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE, I, pág. 187 y 188. MARCADÉ, al art. 199, n° 3. AUBRY y RAU, pág. 452 bis, nota 34. VAZEILLE, I, n° 207. DUCARROY, BONNIER y ROUSTAING, I, n° 347.

La sentencia ordenando se inscriba la partida destruida, perdida ú omitida hará cosa juzgada sólo para los que hubieren intervenido en el juicio, y una vez inscripta tendrá en su favor la presunción de su verdad pudiendo ser atacada por los terceros á quienes perjudique, como lo sería la misma partida ya inscripta; pero surtirá todos los efectos civiles respecto de los esposos y de los hijos nacidos de ese matrimonio.—Comp. art. 198, Cód. FRANCÉS.



cho de terceros que pueden atacar el asiento. La sentencia del juez de crimen, no coartará los derechos que tiene el juez de lo civil para decidir que el matrimonio no ha existido; porque ambos juicio son distintos: el criminal se refiere á la falsificación, pérdida ó destrucción del registro, mientras que el civil versará sobre la prueba de la realización del matrimonio. Del mismo modo, cuando el juez civil hubiera decidido que el matrimonio se realizó, y se pasaran los antecedentes al del crimen, este puede declarar que no hay delito.

La prueba de la celebración del matrimonio en los casos en que no existieran actas por haberse destruido, perdido ú omitido, deben ser directas como lo hemos dicho; así es que, *la posesión de estado no puede ser invocada por los esposos ni por los terceros como prueba bastante, cuando se trata de establecer el estado de casados ó de reclamar los efectos civiles del matrimonio (art. 101, 1ª parte);* por que ella no demuestra que se hubiere

(**Art. 101.**) Este articulo está formado de la unión de los arts. 195 y 196 del Cód. Francés.

La posesión de estado en las grandes ciudades, es con frecuencia el resultado de una mentira, porque no conociéndose las personas, fácilmente se puede encubrir el concubinato, presentándose como marido y mujer; el admitirla, como lo hacía nuestro Código en el art. 179, que fué reformado, sería legitimar todas las uniones. Si el matrimonio se ha celebrado, nada más fácil que presentar el acta del registro civil.

Pero supongamos que no son los esposos entre sí, que se oponen la posesión, sino un tercero, como sería, p. e., el heredero de uno de ellos, su propio hijo que pretende contra su padre la legitimidad. Según los términos del artículo, el matrimonio no se probaría por la posesión de estado, no obstante su derecho para demostrar que la partida se perdió ó fué sustraída ó hubiere sido omitida.

La posesión de estado según la ley de Matrimonio Civil no es bastante para demostrar el acto, y ni los esposos ni los terceros pueden invocarlo en favor ó en contra para fundar cualquiera acción dependiente de la misma celebración del matrimonio. En el art. 114 hacemos notar la diferencia fundamental que se ha introducido en la prueba de la filiación.

Cuando se trata de las formalidades exigidas para la validez del acto, que el Código Francés requiere como todos los demás, y que el



celebrado, si no que los pretendidos esposos se han presentado como tales en la sociedad. Como la voluntad de los cónyuges es impotente por sí sola para formar el vínculo matrimonial, resultan inútiles esos reconocimientos públicos que no se fundan

nuestro ha olvidado ó suprimido por completo, entonces, dice el art. 196 del francés, que si hay posesión de estado y existe el acta de la celebración del matrimonio, los esposos no serán admitidos á alegar la inobservancia de las formalidades prescriptas, disposición que el artículo de la ley de Matrimonio Civil contiene inconsultamente; porque en parte alguna trata de nulidades por vicio de forma, pues, esta se ha dejado abandonada por decirlo así, desde que cualquiera que sea su falta se autoriza para llenarla posteriormente. La última parte del art. 101 no tiene aplicación, á nuestro juicio, porque los esposos no pueden atacar al matrimonio por falta de formalidades según nuestro sistema. Al examinar este punto se puede preguntar: 1º, ¿Qué personas pueden alegar la nulidad? 2º, ¿Qué causa de nulidad puede alegarse? 3º, Es aplicable esta nulidad á la incompetencia del oficial público? Respecto de la primera, nuestra ley, á diferencia de la francesa, da intervención á los esposos y á los terceros; con relación á la segunda, siendo nulidades que se refieren al acta misma de la celebración, no pueden aplicarse á las que resultan de los vicios del consentimiento, que miran á la esencia del acto y no á su forma externa. La tercera es de suma gravedad, porque no existiendo en la ley la nulidad por falta de competencia en el oficial público, nos vemos obligados á inducir la necesariamente, pues, no es posible suponer que un acta de matrimonio sea válida, cuando este es celebrado por una persona incompetente ó fuera del registro civil, ni tampoco permitir que la posesión de estado pueda cubrir una formalidad esencial. Portalis declaraba que esta clase de nulidad no puede ser cubierta por la posesión de estado (Locré, IV, pág. 515), pues de admitir lo contrario sería legitimar el concubinato, haciendo inútil la institución del registro. Aunque nuestra ley guarda silencio sobre esta nulidad, es necesario comprenderla, si no queremos admitir que cualquiera pueda sustituir al oficial público, lo que no es posible aceptar.—Comp. MERLIN, *Rep. 1º Matr.*, Sec. VI, § 2. *Question.* 2º sobre el art. 196. DEMANTE, I, nº 278, *bis* III, DECAUVRROY, BONNIER y ROUSTAING, I, nº 343.

La posesión de estado á que se refiere este artículo se encuentra ampliamente explicada en la nota al art. 325. Los principales elementos son: *nomen, tractatus, fama*. *Nomen*, es necesario que la mujer lleve el apellido del marido, porque es por este medio que se revelan

si no en la voluntad de las partes; pero esa misma posesión de estado que no basta para demostrar la existencia del matrimonio, sirve para confirmar el que se hubiera celebrado sin observar las formalidades prescriptas, siempre que no toquen á la esencia mismo del acto. Así, *cuando hay posesión de estado y existe el acta de la celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su validez (art. 101, 2ª parte)*; como si el acta no tuviera los testigos ó faltara la firma de una de las partes; pero no tendría valor, si el matrimonio no se hubiera celebrado ante el oficial público.

§ 94.—DE LOS JUICIOS SOBRE NULIDAD Y DIVORCIO

La jurisdicción eclesiástica ha sido suprimida por la ley de matrimonio civil, y *el conocimiento y decisión de las causas sobre divorcio ó nulidad del matrimonio celebrado antes ó después de la vigencia de esta ley, corresponde á la jurisdicción civil (art. 102)*.

Como los impedimentos creados por la ley civil difieren de los establecidos antiguamente por la iglesia católica, es necesario determinar lo que sucederá, *cuando se trata de un matrimo-*

las relaciones de familia: *tractatus*, que se hayan tratado como esposos, viviendo bajo el mismo techo, llenando los deberes de tales y presentándose á la familia y á la sociedad como marido y mujer: *fama*, que así lo tengan sus amigos, sus relaciones y todos los que los trataren.

(**Art. 102.**) Es uno de los casos de aplicación de las leyes nuevas á los hechos sucedidos antes. Como se ha dicho que nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos contra leyes de orden público, y que las leyes nuevas se aplican á los hechos anteriores, cuando sólo privan de derechos en expectativas (arts. 5 y 4044), resulta que la ley nueva que desconoce la jurisdicción de la iglesia para conocer en los matrimonios, es de aplicación inmediata, porque nadie ha adquirido derechos para ser juzgados por esos tribunales.

La ley de Matrimonio Civil no reconoce ahora á la Iglesia Católica la facultad de intervenir en estos juicios, y como no priva de derechos adquiridos, debe aplicarse inmediatamente á los celebrados ante-

(**Art. 101.**) Véase pág. 443.





no celebrado con anterioridad á la ley de matrimonio civil y la acción de nulidad se fundare en un impedimento (entonces), *se aplicarán las disposiciones de esta ley* (**art. 103, 1^a parte**; pues sería uno de los casos en que un acto nulo bajo la antigua legislación vendría á ser válido por la nueva que ha suprimido el impedimento que lo anulaba. Así, el matrimonio contraído por un sacerdote que era nulo bajo la legislación de la Iglesia Católica, no podría anularse al presente. Se aplicará, pues, la ley nueva que deroga la antigua, y como se considera de orden

riormente, como á los que tuvieron lugar después de la ley. Las leyes sobre jurisdicción son esencialmente de orden público, refiriéndonos á lo que dijimos en los arts. 3, 4 y 5.

(**Art. 103.**) Otro de los casos de aplicación de las nuevas leyes, y que tiene gran importancia es el que se refiere á los impedimentos establecidos por las leyes canónicas, en comparación con los creados por la nueva ley. Si una acción de nulidad se hubiera deducido bajo la antigua ley debería aplicarse esta; pero si ese derecho se ejerce bajo el imperio de la nueva ley, la antigua no tendría aplicación. La razón es, que cuando se trata de leyes de orden público que suprimen una formalidad ó un impedimento, es porque no se ha considerado necesario mantenerlos; por el contrario, cuando las imponen es porque las reputan necesarias y deben producir su efecto inmediato. Así, un impedimento que por las leyes canónicas anulaba el matrimonio y que ha sido suprimido, no podrá ser alegado desde la vigencia de la ley de matrimonio civil; pero como la nueva ley, no estatuye sobre nulidades de forma, se aplicarán las leyes antiguas á los matrimonios celebrados bajo su imperio. Por ejemplo, el matrimonio de un clérigo antes de la vigencia de la ley, no se podrá anular al presente por el impedimento canónico, porque la nueva ley autoriza estos matrimonios, pero el celebrado bajo la misma ley que no hubiere sido con las formalidades exigidas por el Concilio de Trento, se podría anular. — Véase DONOSO, DER. CAN. II, pág. 369.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 102.—La nulidad ó validez del matrimonio no puede ser juzgada por el juez que entiende en el delito de adulterio; basta que se compruebe en autos que aquél existe.—Jur. Crim., II, 365, Sér. 3^a.

El Ministerio Fiscal es parte en los juicios sobre divorcio.—Jur. Civ., XIII, 104, Sér. 4^a.

público, esa aplicación debe ser inmediata; pero *si la acción se fundare en defectos de forma, se aplicarán las leyes canónicas (art. 103, 2ª parte)* como si no hubiera sido contraído ante el párroco ó faltare cualquiera de las otras formalidades que por los cánones anulaban el matrimonio. Los jueces en estos casos están obligados á aplicar los cánones que estaban en vigor en el momento de la celebración del matrimonio.

La ley no concede facultad para deducir la nulidad del matrimonio por inobservancia de las formas prescriptas, desde que autoriza para llenar las que faltaren, por consiguiente el artículo establece una excepción, que debe aplicarse estrictamente.

Una vez que ha cesado la jurisdicción eclesiástica, *las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio deben intentarse (ante el juez de lo civil) en el domicilio de los cónyuges. Si el marido no tuviere su domicilio en la República, la acción podrá ser intentada ante el juez del último domicilio que hubiera tenido en ella, si el matrimonio se hubiese celebrado en la República (art. 104);*

(**Art. 104.**) Cuando la persona tuviere varios domicilios en la República, lo que podría suceder en los casos en que el domicilio legal no coincidiera con el real, ó cuando tuviere varios establecimientos, el juez competente sería aquel donde tuviere la familia y es ante él que se deducirían las acciones de divorcio ó nulidad; pero si no tuviere su domicilio en la República y no se conociere donde lo ha cambiado, tratándose de un matrimonio que se celebró en ella, será competente el juez del último domicilio. Esto no importa atribuirse una jurisdicción sobre las personas que no habitan la Argentina, como resultaría si aplicáramos la disposición en su texto literal, porque sería inútil juzgar á una persona que no está sometida á nuestras leyes.

Tratándose de un matrimonio celebrado en la Argentina, si los individuos se han domiciliado en Francia, las causas de nulidad de ese matrimonio, como las de divorcio, serán juzgadas por los jueces franceses; pero si el marido se hubiere ausentado del país dejando á la mujer, la causa de divorcio ó de nulidad será juzgada por el juez del último domicilio de los esposos.

La expresión de, *si el marido no tuviere su domicilio en la República*, la juzgamos impropia: porque no se trata de someter á la jurisdicción de la Argentina, á los individuos que no están domiciliados en ella, sino de someter á sus leyes á aquellos que legalmente se reputa





y cuando fué celebrado en el extranjero, no podrá ser demandado sino en su domicilio actual, si estuviera domiciliado en la República.

Toda sentencia sobre divorcio ó nulidad de matrimonio será comunicada por el juez de la causa, inmediatamente después de ejecutoriada, al oficial público encargado del registro para que la anote al margen del acta del matrimonio, si este hubiere sido celebrado con posterioridad á esta ley, ó en un Registro especial si se tratase de matrimonios contraidos antes de su vigencia (art. 105); esa anotación hecha con las formalidades prescriptas por las le-

que viven en el país. Si el marido hubiera cambiado realmente de domicilio, á Francia, p. e., quedando la mujer en la Argentina, en la hipótesis que estudiamos, esta podría demandar la nulidad ó el divorcio al juez del último domicilio y sería el competente para conocer en el asunto. Supongamos que el marido hubiera sido casado en Francia, donde ha ido á vivir con su primera esposa, la segunda puede hacer declarar nulo su matrimonio por los jueces argentinos: pero si ambos cónyuges se han domiciliado en Francia, los jueces de aquella nación serían los únicos competentes.

Debemos advertir que estas disposiciones se refieren á las leyes de forma que corresponde dictar á las Provincias.

(Art. 105.) Se lleva un registro especial ó suplementario para anotar las actas destruidas ó perdidas, y cuando se trata de un matrimonio (celebrado antes de la vigencia de la ley) que se declare nulo, se anotará en él la sentencia que así lo declare, quedando ambos cónyuges libres para contraer nuevo matrimonio. Téngase presente que en las causas sobre nulidad de matrimonio no hay delito para el juicio criminal, aun después de la decisión del juez de lo civil art. 1104. Para que la anotación se haga en el registro es necesario que la sentencia sea firme, y será comunicada de oficio al oficial encargado. Las anotaciones marginales deben hacerse conteniendo todos elementos esenciales de la sentencia, siendo selladas y firmadas por el oficial público, y cuando no fueren de simple referencia, deben ser firmadas por los interesados y testigos.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 104.—De conformidad de partes, los tribunales de la capital deben entender en el juicio de divorcio, aun cuando el marido resida en otra jurisdicción.—Jur. Civ., XI, 116 Sér. 1^a.



yes prueban que el matrimonio ha quedado nulo y dejan sin efecto la partida, y en caso de pérdida ó destrucción del expediente sobre nulidad, están destinadas á reemplazarlo. Cuando hubiese contradicción entre la anotación y la sentencia original, se deberá dar preferencia á esta. La anotación puede ser atacada como falsa, incompleta ó irregular; pero hace fe mientras no se demuestre lo contrario.

§ 95.—DE LOS LIBROS DEL REGISTRO Y SU MANERA DE LLEVARLOS

Habiéndose dictado la ley del Registro Civil para que comenzara á regir desde Noviembre de 1884, no se encuentra en perfecta armonía con la de matrimonio civil que ha comenzado á regir desde el 1.º de Diciembre de 1889, porque la primera suponía los matrimonios celebrados ante los párrocos católicos ó ministros protestantes, que la segunda ha abolido, así es que debemos estar á lo que la última dispone.

Se ha dejado á las Provincias la facultad de determinar la forma en que se debe llevar el registro, así es que la ley del Registro Civil dada por la Nación, sólo rige en la capital de la Nación y Territorios Federales; lo que consideramos un error.

La forma en este caso toca al fondo del acto mismo, y la comprobación de su existencia no deben determinarla las Provincias que pueden dejar sin efecto las disposiciones más fundamentales. Así como la ley nacional ha prohibido, que en la indagación de la filiación natural no se admita la prueba, cuando tuviere por objeto atribuir el hijo á una mujer casada, art. 326; así como no se admite sino la prueba de la posesión de estado en el reconocimiento de los hijos naturales, una vez que hubieren muerto los padres, art. 325; del mismo modo ha debido legislarse sobre la prueba del matrimonio, sin que las Provincias puedan alterarla.

Las disposiciones de la ley de matrimonio civil, rigen en toda la República; pero con relación á los encargados de llevar los registros, *en la capital de la República y territorios nacionales, desempeñarán las funciones, que esta ley encomienda á los oficiales públicos, los jefes de las secciones del Registro del Estado Civil; las mismas funciones serán desempeñadas en las Provincias*

donde *hubiere Registro del Estado Civil por los encargados de llevarlo, y donde no los hubiere, por la autoridad judicial del distrito (art. 106)*. En cuanto á la forma de llevar los registros nos referimos á lo dicho en el Cap. V. De las pruebas del nacimiento.

(**Art. 106.**) La ley de Registro Civil fué creada para la capital y territorios nacionales, porque tratándose de probar los nacimientos ó la muerte tenía que quedar sujeto á las jurisdicciones locales, lo que era un error; pero respecto del matrimonio, legislado expresamente por una ley nacional, la forma venía á ser esencial comprendiendo la sustancia misma del acto, y no podía quedar sujeto á la jurisdicción provincial. Esta es una de las consecuencias del sistema adoptado por nuestra constitución nacional, que buscando la unidad de la legislación en toda la República atribuyó al Congreso la facultad de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, cuando pudo agregar el de procedimientos, desde que esas leyes no alteraran las jurisdicciones locales.

Las leyes de forma están tan estrechamente ligadas con las de fondo, que hay momentos en que se confunden, como en el caso que estudiamos. De ahí nace esta diferencia; que con relación á la capital y territorios nacionales rije la forma determinada en la ley del registro civil, debiendo desempeñar las funciones de encargado del registro, el jefe del registro civil; pero en las provincias, á pesar de regir las mismas formas, aunque la ley no lo diga expresamente, lo que reputamos un olvido, se entrega la prueba del mismo acto á personas completamente extrañas, como son los jefes del registro civil que hubieren creado las provincias, y lo que es más singular, que no pudiendo saber cuáles lo crearán se arroja en lo vago é indeterminado de esta expresión: *donde no los hubiere* (encargados del registro), serán desempeñadas las funciones por la *autoridad judicial del distrito*. Suponiendo que en el distrito (que no en todas partes existe, pues hay departamentos, pedanías, circunscripciones, etc.,) hubiera varias autoridades judiciales, como alcaldes, jueces de paz, jueces de lo civil ó criminal, cámaras de apelación. ¿A qué autoridad correspondería? Se deja á la voluntad de los gobernadores de provincia el determinar quien debe llenar los registros poniendo en la mano de personas incompetentes, en la mayor parte de los casos, la prueba de uno de los actos más serios de la vida humana. La autoridad judicial del distrito, que debe llenar el registro en las provincias donde no lo hubiere, será la que determine el gobierno de la provincia, al que se envían los libros respectivos.



§ 96.—RESPONSABILIDADES

Será castigado con prisión de 1 á 3 meses y con pérdida del oficio, el oficial público que casare á un menor sin el consentimiento de sus padres, tutores ó curadores ó del judicial en su defecto (art. 107, 1ª parte); pero el matrimonio queda válido é irre-

(Art. 107.) Las penas impuestas por este artículo vendrán á ser inútiles ó inaplicables muchas veces, cuando se tratase de personas que desempeñen esas funciones y que tengan fuero por la constitución de la provincia, como sucedería si un juez de lo civil llevara el registro de los matrimonios. No siendo justiciables por los delitos, sino después de haber sido sometidos al juicio político por la legislatura de su provincia, no podrán ser castigados con prisión.

¿Qué autoridad debe conocer en estos delitos ó faltas? La ley de matrimonio civil forma parte integrante del Código Civil, y como esto no altera las jurisdicciones locales, corresponderá á los jueces del distrito ó departamento judicial donde se celebró el matrimonio el aplicar las penas señaladas. La pena no deberá imponerse al encargado del registro que sabía existía un impedimento que podía anular el matrimonio, si este no ha sido atacado, ó si siéndolo se declarase válido. Reputo impropia, las palabras, *que podía ser causa de nulidad*, por que no basta que el peligro exista, es necesario que el matrimonio se declare nulo para que sea pasible de pena el oficial público.

El oficial público no será pasible de pena, si al contraer matrimonio los esposos manifestasen ser mayores de edad, y lo celebrasen sin el consentimiento de sus padres. La ley no ha exigido la presentación de la partida de nacimiento, como lo hacia la anterior, y ha dejado librada la verdad al dicho de los mismos contrayentes.

¿Cómo debe demostrarse que el oficial público conocía el impedimento que ha anulado el matrimonio? ¿Puede el Ministerio Público acusar este delito? En cuanto á lo primero, debe admitirse toda clase de pruebas, y como se trata de un empleado público que ha faltado á sus deberes, ocasionando la nulidad del matrimonio, sin perjuicio de que puede ser acusado por los interesados, el art. 111, autoriza al Ministerio Público para deducir acción contra él.

La ley no expresa que el oficial público sea responsable de los daños y perjuicios, cuando celebra el matrimonio conociendo el impedimento que lo anulaba, pero se puede aplicar el art. 1109, así como el art. 1077 para hacerlo responsable.





vocable; de manera que cuando el menor celebra un contrato cualquiera en las mismas condiciones, puede anularlo por falta de autorización; pero si es el más transcendental de su existencia, no puede alegar falta de discernimiento, y dispone de su porvenir para toda la vida, sin recurso alguno. Hay algo que repugna á la seriedad y circunspección de un acto tan importante.

El oficial público será castigado *con prisión de 1 á 2 años, y con multa de 100 á 500 pesos si celebrase un matrimonio, sabiendo que existe un impedimento que puede ser causa de la nulidad del acto* (**art. 107.** 2ª parte); pero no tendrá pena alguna si el matrimonio no fuera anulado, pues aunque la ley no hace distinción y exige sólo el conocimiento del impedimento que pudo anularlo, los jueces deben hacerla.

Incurrirá en la multa de 100 á 500 pesos el oficial del Registro Civil que contravenga á cualquiera de las otras disposiciones de esta ley (**art. 108.**), lo que nos parece demasiado benigno, pues, puede existir la omisión de la partida en el registro ó el cambio ú omisión de los nombres, ó cualquiera otro de los defectos que si no pudieran demostrarse, anularían el matrimonio.

Los ministros, pastores y sacerdotes de cualquiera religión ó secta, que procedieran á la celebración de un matrimonio religioso, sin tener á la vista el acta de la celebración del matrimonio, estarán sujetos á las responsabilidades establecidas por el art. 147 del Cód. Pen., y, si desempeñasen oficio público, serán separados de él (**art. 110.**). El matrimonio así celebrado no tendrá efectos le-

(**Art. 108.**) Las penas señaladas en este y en anterior artículo, modifican las determinadas en el Código Penal, si estuvieran previstas; pero el oficial público responderá por el perjuicio que hubiere resultado á cualquiera de los cónyuges por la inobservancia de las formalidades prescriptas.

(**Art. 110.**) La parte que se refiere á la pena en que incurren los ministros de cualquiera religión, que proceden á la celebración de un matrimonio, se aplicará á cualquiera otra persona que atribuyéndose una autoridad que no tiene, autoriza el matrimonio; pero la ley nada dice sobre la validez ó nulidad del acto.

Un matrimonio celebrado por un cura católico, no tiene valor alguno ante la ley civil; pero considerando el estado de la ley anterior que



gales, los hijos serán considerados como naturales y los cónyuges sin derechos los unos sobre los otros, ni participarán de gananciales. La ley pena á los pastores ó ministros porque cometen una usurpación de autoridad, y al mismo tiempo engañan á los cónyuges que se consideran como casados sin serlo; pero pueden ocurrir al Registro Civil y contraerlo en seguida, sin que nada se oponga á este procedimiento.

Los pastores ó sacerdotes que hubieren celebrado matrimonio religioso sin el civil, serán responsables á los cónyuges por los perjuicios que pudieran causarles.

La aplicación de las penas establecidas en los artículos precedentes será pedida por el Ministerio público ante el Juzgado competente (art. 111) y se puede llevar la denuncia por cualquiera del pueblo.

ha venido á cambiar, debía consagrar una disposición clara y precisa declarándolos sin valor. El matrimonio que no se celebra ante el oficial público no es tal; y los hijos que nacieren de esa unión sólo consagrada por la iglesia, serían considerados como naturales, si es que pudieron casarse ante el oficial público. Las penas en que incurre el contraventor en nada alteran la obligación de resarcir el daño causado.

(**Art. 111.**) Con relación á las formalidades del matrimonio, el Ministerio Público puede intervenir, porque la acción pública concedida es respecto á la aplicación de las penas en que ha incurrido el oficial público, ya sea faltando á sus deberes de no hacer las anotaciones correspondientes, ya casando á los menores sin el consentimiento de sus padres, ó conociendo el impedimento que anulaba el matrimonio.

Debemos hacer notar que la *omisión* del acta de matrimonio, que es una falta tan grave, y que criticamos en el art. 98, n° 3, no ha sido penada especialmente, y viene á quedar incluida entre las faltas generales y sin importancia á que se refiere el art. 108. El Ministerio Fiscal tiene pues, derecho á intervenir en toda acción que se intente para completar una partida de matrimonio que apareciera incompleta, ó que careciera de formalidades, así como en las que hubieren sido omitidas; pero su intervención se limitará á pedir la pena contra el oficial público, si resultare que ha incurrido en ella, sin que tome parte en el juicio civil entre los interesados.



El cónyuge que hubiere contraído matrimonio conociendo la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el art. 9, y que haya producido su nulidad, responderá al otro de las pérdidas é intereses. sin perjuicio de la acción criminal que corresponda. Si el daño efectivo no pudiera ser fijado, el Juez apreciará el daño moral en una cantidad de dinero proporcionada á las circunstancias del caso (art. 109), teniendo en cuenta la condición de las personas, la posibilidad de volver á contraer matrimonio, los hijos que hubiere tenido, y todas aquellas circunstancias que deban influir sobre su destino social.

En la mayor parte de los casos no se podrá apreciar el daño material, por que la naturaleza del matrimonio es tal entre nosotros, que no puede causar su celebración sinó un daño moral.

El oficial público es parte esencial en los juicios civiles que promuevan los esposos para completar las partidas ó inscribir las omitidas, ó siempre que se trate de faltas cometidas en el registro.

(Art. 109.) Cuando al mismo tiempo uno de los cónyuges y el oficial público conocieran el impedimento que anulaba el matrimonio, la responsabilidad será solidaria contra cualquiera de ellos por los daños y perjuicios, que se determinarán por los jueces, teniendo en consideración la posición social del engañado, y todas las circunstancias que contribuyan á apreciar el daño moral que ha sufrido la persona.

Mayor daño sufrirá en su nombre una niña virgen, que una viuda en las mismas condiciones sociales; una que queda con hijos, que otra que no los tiene. Es tan difícil apreciar el daño moral en una cantidad de dinero, que los jueces deben ser muy circunspectos.

Cuando uno de los cónyuges hubiere contraído el matrimonio de mala fe, deberá responder del daño al inocente.

Si una tercera persona hubiere contribuido al engaño en unión con uno de los cónyuges, será solidariamente responsable por los perjuicios, art. 942, porque la obligación de reparar el daño es solidaria, aunque se trate de un hecho no penado por el derecho criminal, art. 1081.

Freitas, art. 1452, con más claridad, concede este derecho al cónyuge de buena fe para demandar los daños y perjuicios al de mala fe, ó á los terceros que hubieren provocado á sabiendas el error, principio que por otra parte se encuentra consignado en todos los códigos.--- Comp. arts. 935, 942, 1056, 1067, 1081. Es el art. 234 del Código con modificaciones. Cons. art. 145, Cód. PENAL.

Los registros públicos que debían ser creados por las municipalidades según el art. 80 del Código, deberán serlo por las Legislaturas respectivas (art. 113).

§ 97.—DE LOS BIENES RESERVADOS

La institución de la reserva, como lo hacen notar la generalidad de los autores modernos, es contraria á los principios económicos que rigen la circulación de la riqueza, y ha debido suprimirse en una legislación adelantada.

La reserva tal como ha sido considerada hasta ahora, consiste en que el padre ó madre viudo no adquieran la propiedad de los bienes heredados de los hijos, cuando tuvieren otros á quienes corresponde la nuda propiedad; en una palabra, el viudo ó viuda sólo tienen el usufructo de esos bienes y adquieren la propiedad únicamente, cuando los hijos para quienes se reserva hubieren fallecido sin dejar descendientes legítimos, aun que tuvieran herederos.

La reserva se funda, pues, en el derecho concedido á los hermanos de un mismo lecho para heredarse entre sí, excluyendo á los del segundo lecho y al cónyuge del segundo matrimonio.

Pero nuestro Código parece exigir, que el cónyuge pase á ulteriores nupcias para que la reserva tenga lugar, desvirtuando así el principal efecto, que es impedir la enajenación de los bienes que deben reservarse; así dice la ley: *el viudo ó viuda que, teniendo hijos del precedente matrimonio, pase á ulteriores nupcias, está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio, ó á sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes que por testamento ó ab intestato hubiese heredado de alguno de ellos, conservando sólo durante su vida el usufructo de dichos bienes*

(**Art. 113.**) Este artículo es una reforma del 80 del Código, al cual debemos referirnos. Véase lo que digimos allí. ¿El Congreso puede ordenar á las Legislaturas de los Estados que dicten tales ó cuales leyes? La afirmativa no es aceptable, sin reconocer que esos cuerpos dejan de ser soberanos. El artículo no ha debido ser concebido en ese sentido, y en esta parte se nota la necesidad de uniformidad en las leyes.



(art. 115), dando á entender, que si no hubiera segundo matrimonio, no habría reserva.

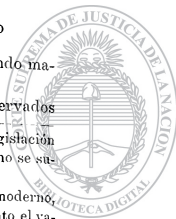
El usufructo que tiene el padre sobre los bienes reservados

(Art. 115.) La reserva de los bienes es un resto de la legislación antigua, que si bien se explicaba cuando apareció el Código, no se sucede así al presente.

No está conforme ni aún con los principios del derecho moderno, ni con las leyes económicas que tienden á poner en movimiento el valor de las propiedades, ni con los de la familia, creando desigualdades entre los hijos de diversos lechos. Un padre hereda un bien de uno de sus hijos. ¿Por qué se lo debe reservar á los hermanos enteros? Será por que estos excluyen al medio hermano, en la sucesión del hermano de padre y madre: pero la misma razón existiría para hacerle reservar al abuelo los bienes de sus nietos y á los demás parientes. El derecho de reserva es una excepción odiosa que debe desaparecer de nuestra legislación.

La redacción del artículo se presta á la crítica, porque no llena el objeto que se propone. En efecto; sólo está obligado á la reserva el cónyuge que contrae segundas nupcias, teniendo entonces el usufructo de los bienes que hubiere recibido de sus hijos. Pero antes ¿puede enajenarlos? Según el objeto de la ley, no; según sus palabras, sí; porque la reserva no le es impuesta sino cuando contrae nuevo matrimonio. Si el viudo ó viuda que fueron casados en la República se domiciliaren en otra nación, donde no existe la reserva y se casaren y muriesen en esa misma nación, estarán sujetos á las leyes de la Argentina, en lo que se refieren á los bienes situados en nuestro territorio, tratándose de individuos domiciliados en ella que reclaman su amparo y protección, porque esos bienes no se adquieren ni se pierden sino con arreglo á nuestras leyes. Así, el casado en segundas nupcias que después de su matrimonio hubiera enajenado en la nación de su domicilio los bienes reservados, la enajenación no sería válida para los domiciliados en nuestro país, desde que por nuestro Código sólo tiene el usufructo y no la plena propiedad de dichos bienes.

¿Y si el primer matrimonio ha tenido lugar en el extranjero, así como el segundo? En ese caso hay que distinguir: si los individuos están domiciliados en la República y piden la aplicación de la ley de la tierra, en cuanto á la transmisión de los bienes, deben regirse por nuestras leyes: si no lo están, no le debemos protección y amparo, ni tienen derecho para pedir á su respecto la aplicación de una ley que les sea más favorable.





á sus hijos, se consolida con la nuda propiedad que pertenece á estos, cuando fallecieren sin dejar descendientes, así, *cesa la obligación de la reserva. si, al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos de ellos, aun cuando existan sus herederos (art. 116).*

La reserva sólo afecta los bienes dejados por los hijos legítimos, de manera que lo heredado de los hijos naturales lo será en plena propiedad.

Siendo la reserva un derecho excepcional creado en favor de los hermanos de un mismo lecho para heredarse entre sí, debe interpretarse restrictivamente.

Lo que se establece para los hijos de un primer matrimonio, es aplicable á los de un segundo ó tercero, de manera que los padres deben reservar siempre lo heredado de sus hijos, á los hermanos del mismo lecho.

Téngase presente que la propiedad raíz está sujeta á la ley del territorio en que se encuentra. Lo mismo sucedería si se tratase de una sucesión, en que fuera excluida la mujer, ó los hijos naturales domiciliados en la República.

Freitas, art. 1459, restringe este derecho á los bienes que viniere á, suceder de sus hijos después del segundo matrimonio.—Comp. l. 7, tít. 4, lib. 10. Nov. Rec., l. 3 y sig. tít. 9, lib. 5, Cód. Rom, SARDO arts. 146 y 147. Es el art. 237 del Código.

(**Art. 116.**) Los bienes entran á confundirse con los demás que dejare el viudo ó viuda que contrajo segundas nupcias, cuando ninguno de los hijos dejare descendientes legítimos. Los bienes reservados son únicamente para los hermanos del primero ó segundo lecho en su caso, y para sus descendientes legítimos, debiendo entenderse por tales los que de ellos desciendan teniendo por fundamento el parentesco legítimo, estando comprendidos los hijos legitimados.—Comp. l. 3, tít. 9, lib. 5. Cód. Rom., y GOYENA, art. 804. Es el 238 del Código.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 115.—*L. 7, tít. 4, lib. 10, Nov. Rec.—L. 26, tít. 13, Part. 5ª—L. 3 y siguientes, tít. 9, lib. 5. Cód. Rom.—Cód. Sardo, arts. 146 y 147. En contra: todos los otros Códigos modernos. Las leyes declaraban reservables, á más de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio, todos los demás que hubiese adquirido de su difunto consorte por testamento, donación ú otro cualquier título lucrativo. El artículo imita la reserva á sólo los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 116.—*L. 3, Tít. 9, Lib. 5, Cód. Rom.

TÍTULO II

DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

§ 98.—DE LOS HIJOS CONCEBIDOS DURANTE EL MATRIMONIO

La ley supone concebidos durante el matrimonio (á), los hijos que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido ó putativo de la madre, y (á) los póstumos que nacieren dentro de los trescientos días contados desde el día en que el matrimonio válido ó putativo fué disuelto por muerte del marido ó por que fuese anulado (art. 240).

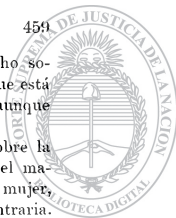
(Art. 240.) La legitimidad de un niño depende de condiciones que pueden demostrarse, y de otras en que no es posible hacerlo. El matrimonio, la maternidad de la mujer, la identidad de la criatura se pueden demostrar, pero ¿cómo hacerlo respecto de la concepción del hijo durante el matrimonio? No hay un signo cierto y evidente: de modo que la ley ha debido recurrir á las presunciones.

La ley toma como punto de partida, los embarazos más prematuros, de 180 días para los nacimientos que tienen lugar después de celebrado el matrimonio, y presume concebidos durante él á los que nacieren después de los 180 días, y cuando ha muerto el padre ó se ha disuelto el matrimonio, presume concebido durante él al hijo nacido dentro de los 300 días de la muerte ó disolución: esta presunción no admite prueba en contra.

En el nacimiento hay dos presunciones: la primera referente á la paternidad, que puede ser destruida demostrando que el marido no ha cohabitado con su mujer, y la otra, científica, respecto al tiempo en que ha sido concebido el niño, y que debe admitirse como una verdad.

La regla para determinar la concepción es la siguiente: se toma como punto de partida el nacimiento del hijo y desde ese día se vuelve á los 300 anteriores, después se desciende hacia el nacimiento contando 120 días, es dentro de ese intervalo que se debe encontrar la posibilidad de la concepción. Para saber cuándo fué concebido un niño nacido el 1º de Enero se debe descender hasta el 25 de Marzo del año anterior, y desde esa fecha hasta el 23 de Julio, que forman 120 días, es durante el tiempo que media entre el 25 de Marzo y 23 de Julio





No se deben confundir, la legitimidad que es un hecho sometido á prueba, con la concepción que no lo es, y que está sujeta á presunciones que no admiten prueba en contra, aunque ambos hechos estén en relación íntima muchas veces.

La presunción de la concepción en nada influye sobre la legitimidad, por que si bien el niño concebido durante el matrimonio, se presume que tiene por padre al marido de la mujer, esa presunción puede desvanecerse por una prueba contraria. Así, la ley juzga sin admitir prueba en contra, que el hijo fué concebido en el tiempo que media entre los 180 y los 300 días de su nacimiento.

En el primer caso hay un hecho material imposible de determinar con los auxilios de la ciencia; pero al mismo tiempo hay tal certeza de que ha debido producirse dentro de ese término, que no se admite la prueba en contrario; en el 2º hay sólo una presunción común que nace de la organización de la familia, y que puede desvanecerse por hechos de una evidencia indiscutible, como la imposibilidad que proviene de la ausencia del marido, en que no ha podido existir el acceso con la mujer.

Si disuelto ó anulado el matrimonio, la madre contrajere otro en el plazo prohibido por el art. 236 (art. 93 ley de Matr. Civ.), el hijo que naciere antes de los ciento ochenta días del segundo matri-

que ha sido concebido. Esta presunción no admite prueba en contra. Lo mismo debe hacerse en caso de disolución. Parece muy sencilla esta enunciación general; pero cuando llegan á precisarse de una manera rigurosa presenta gravísimas dificultades.

¿Se cuentan los días de momento á momento ó de *div á diem*? Por nuestro Código se debe contar por días y no por horas, habiendo adoptado este sistema para toda computación: no se cuenta entonces el día del nacimiento que queda excluido.—Comp. MERLIN, Rep. Vº. *Date*, nº 2, *Jour*, nº 1. DURANTON, II, nº 44. DEMOLOMBE, V, nº 18. MARCADE, al art. 312. DEMANTE, II, nº 38, *bis* II. AUBRY y RAU, VI, pág. 26, 30, 40 á 44 y 48 á 51. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE § 161, nota 4.—Comp. arts. 241 á 246, 255, 263, 319 y 359.

¿Se debe contar el día del matrimonio entre los 180 días del minimum? ¿Se excluirá de los 300 días el día de la muerte ó de la disolución del matrimonio? Nos referimos á lo expuesto en el art. 77 y su comprobación donde estudiamos estas cuestiones.



monio, se presume concebido en el primero, siempre que naciere dentro de los trescientos días de disuelto ó anulado el primer matrimonio (art. 241), porque está demostrado científicamente que no puede haber concepción antes de los 180 días.

Por el contrario, cuando la viuda contrajere nuevo matrimonio, *se presume concebido en el segundo, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores á la disolución del primer matrimonio (art. 242),* porque en la duda se debe preferir que

(**Art. 241.**) La presunción se funda en esta verdad científica: que no puede haber concepción que atribuya la paternidad al marido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, y la única excepción de los arts. 253 y 258, con relación á la legitimidad nada dice contra la regla de la concepción, aplicándose á los casos en que no haya un anterior matrimonio. Esta regla impide que puedan legitimarse los hijos adulterinos; así es que no se admitirá declaración alguna del marido que altere la presunción de la ley, y aunque el segundo marido lo inscriba en los registros como hijo suyo, los interesados en contestar esa afirmación pueden negarla. Este artículo fué reformado con arreglo á la nota 43 de la INSTITUTA, cambiando las palabras: antes de los seis meses; por las *de antes de los 180 días*, y agregándose este período: *siempre que naciere dentro de los 300 días de disuelto ó anulado el primer matrimonio.*—Es el art. 1463 de FREYTA.

(**Art. 242.**) Se ha violentado el hecho ordinario de la gestación con el objeto de que el hijo goce del inestimable bien de tener padre vivo; es en este sentido que se puede justificar la disposición del artículo, por que se habría estado en lo cierto si la presunción se hubiera extendido hasta los 260 días, por que la gestación ordinaria comprende de los 267 á 270 días desde la concepción.

Pero ¿qué sucederá cuando la mujer, usando del derecho concedido por el art. 247, denunciare que ha quedado embarazada y después se casare? ¿La sola denuncia tendrá bastante fuerza para romper la presunción creada por este artículo? Así lo cree el Dr. Llerena, y parece estar dentro de lo razonable, por que si la mujer tuvo síntomas de embarazo en el primer mes ó á los 60 ú 80 días después de la muerte de su marido, es casi seguro que el niño que nazca después de los 180 días de la celebración y dentro de los 267 á 270 de la gestación ordinaria, ha sido concebido en el primer matrimonio en vez de serlo en el



el nacido tenga padre vivo, aun á riesgo de proteger el estado adulterino en que pudo ser concebido.

La ley quiere proteger al recién nacido, y por eso extiende la presunción de la concepción hasta los 300 días de la disolución ó anulación del matrimonio, presunción que no debe confundirse con la de la legitimidad. Siguiendo estos principios el artículo dice: *el hijo nacido dentro de los trescientos días posteriores á la disolución (ó anulación) del matrimonio de la madre, se presume concebido durante el matrimonio de ella, aun cuando la madre ú otro que se diga su padre, lo reconozcan por hijo natural (art. 243)*, pues, habiendo la posibilidad de que la gestación alcance hasta los 300 días, se debe suponer, en caso de duda, que la concepción ha tenido lugar dentro de ese plazo, sin perjuicio de que pueda desconocerse la legitimidad por los que tengan interés en contestarla.

segundo, como lo supone el artículo, sin admitir prueba en contra. La dificultad se encuentra en los primeros 90 días desde la disolución ó nulidad del primer matrimonio, por que pasado ese término es casi cierto que el niño ha sido concebido durante el segundo.

A pesar de lo razonable de la opinión del Dr. Llerena, me decido por la contraria: porque la ley no hace distinción, ni se puede contrariar la presunción. Cualquiera que sea la circunstancia que hubiere precedido al matrimonio, el hijo nacido después de los 180 días de su celebración corresponde al segundo; admitir lo contrario sería suponer que esta presunción, que tiene todos los caracteres de la certidumbre, ha podido quedar sin efecto, sólo por la manifestación de la mujer. El art. 244, no deja dudas.—Comp. FREITAS, art. 1463, n° 2. Comp. arts. 240, 241, 247 y 253.

(**Art. 243.**) Los términos en que está concebido el artículo nos proporciona un argumento para apoyar la tesis contenida en el anterior. No hay manifestación alguna que pueda hacer variar esta presunción, pues, aunque la madre reconozca que no es de su marido el niño que nace, ú otra persona se diga su padre, no harán cambiar la concepción del nacido. La ley ha amurallado, no la legitimidad del hijo, sino la concepción dentro del matrimonio; lo que no importa atribuir una legitimidad indiscutible, pues que siendo concebido dentro del matrimonio, puede no ser hijo del marido. Estas presunciones sólo se refieren á la concepción, sin admitir prueba en contra: pero sin de-

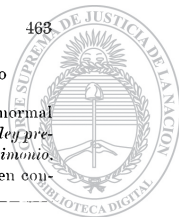


En vista de la imposibilidad de demostrar de una manera evidente el hecho de la concepción, se ha tomado el maximum de los embarazos tardíos y el minimum de los prematuros; y para evitar toda clase de cuestiones que jamás pueden traer la luz en un hecho completamente obscuro, se ha establecido, que *las presunciones de la ley expresadas en los artículos anteriores no admiten prueba en contra* (art. 244), es decir, las presunciones relativas á la concepción, se consideran como una evidencia.

cidir sobre la legitimidad. ¿Quién puede dudar que no sería hijo del marido, aunque concebido dentro del matrimonio, el hijo cuyo padre no hubiere tenido comercio carnal con la madre? Una cosa es la concepción y otra la legitimidad.—Comp. FREITAS, art. 1464.

(**Art. 244.**) Son cuatro las presunciones establecidas en estos artículos que no admiten prueba en contra: 1º, presunción de concepción; un niño nacido, debió ser concebido en el plazo que media entre los 300 días y los 180 que precedieron al nacimiento; 2º, presunción de concepción dentro del primer matrimonio; cuando la viuda se casare en segundas nupcias y tuviere un hijo dentro de los 180 días de la disolución del primer matrimonio; 3º, presunción de concepción dentro del segundo matrimonio, cuando el niño nace después de los 180 días de la disolución ó anulación del primero; 4º, presunción de concepción dentro del matrimonio, del hijo nacido dentro de los 300 días posteriores á la disolución del matrimonio de la madre en el caso de haber fallecido el marido. En la cuarta presunción, los herederos del ausente con presunción de fallecimiento, pueden intentar una acción negatoria de la paternidad, cuando el hijo naciere después de los 300 días contados desde el primer día de la ausencia. Estas presunciones no pueden ser alteradas ni por la declaración anterior de la madre en el caso del art. 247, de haber denunciado su embarazo, ni por la negativa de ella en el caso del art. 243, ni por la declaración de otra persona que se atribuya la paternidad. No deben confundirse la *concepción* con la *legitimidad*, que son dos hechos diversos; la concepción no puede probarse y no admite contradicción, tiene lugar *necesariamente* dentro de los términos fijados por la ley; la legitimidad puede ser contestada

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 243.—Los Jueces no pueden de oficio desconocer la legitimidad de los hijos nacidos después del matrimonio y concebidos con anterioridad.—Jur. Civ., VII, 115, 86r. 3º.



§ 99. DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL MATRIMONIO

Las presunciones se fundan en el hecho ordinario y normal que se toman como regla para establecerlas, y por eso la *ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido (art. 245)*, salvo la prueba en con-

y probada como los demás hechos ordinarios, y aunque algunas veces se pierda el derecho de reclamar contra ella, como sucede en el caso del art. 254, esa pérdida de la acción no importa una presunción *juris et de jure*, que estatuya sobre el estado de una persona, fija sólo el término para el ejercicio de un derecho, como en la prescripción liberatoria, sin alterar la verdad del hecho. El marido pudo no reclamar, p. e., contra la legitimidad de un hijo que evidentemente no era suyo, desde que no cohabitó con su mujer durante los 300 días que precedieron al nacimiento, y si esto le priva del derecho de desconocerlo, no por eso se establece una presunción en favor de la legitimidad, y si la ley la reputa adquirida desde que niega al padre los medios de atacarla, no por eso dejará de ser contraria á la realidad de los hechos. Freitas art. 1465, de donde fueron tomados los tres artículos anteriores, agrega, la presunción sobre la época de la concepción, justificando nuestra teoría.— Véase DEMOLOMBE, V, n° 22. GOYENA, art. 101. FREITAS, 1465. Comp. arts. 77 y 241, art. 94, ley *Matr. Cir.*

(**Art. 245.**) La célebre máxima del derecho romano, *pater est quem nuptia demonstrant*, se ha repetido por todas las legislaciones de los pueblos civilizados bajo diversas formas. Así ha dicho, el Cód. Francés, art. 312: el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Presúmese que los hijos concebidos durante el casamiento de la madre tienen por padre al marido, en cuanto no se declarara lo contrario por sentencia pasado en autoridad de cosa juzgada, ha repetido Freitas art. 1466; pero esta presunción que nace de la vida común de los esposos, de la fidelidad y respeto mutuo que se deben, de la autoridad del marido sobre su mujer, y de la confianza que nace de una unión públicamente confesada, autoriza al legislador para establecer una presunción de paternidad, que puede ser contradicha en determinados casos.

Es necesario no confundir al hijo nacido dentro del matrimonio y que puede no ser legítimo, por que el marido no tuvo acceso con la mujer en los primeros 120 de los 300 que precedieron al nacimiento,



trario, en los casos autorizados por la ley para desvanecerla. Así es que, *son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á su disolución* (ó anulación), *sino se probare que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento* (art. 246). En la computación de estos términos se excluyen el día del nacimiento y el de la disolución ó anulación.

art. 246, con el que nace después de los 300 días de la muerte del marido ó de la nulidad del matrimonio, porque entonces ha nacido fuera de él. ¿Cómo se determina la época de la concepción? En los arts. 241 y 242, se han dado los elementos necesarios y el art. 246 establece uno nuevo, cuando dice que son legítimos los nacidos después de los 180 días de la celebración.

(Art. 246.) El día del nacimiento del hijo, como el de la celebración del matrimonio ó el de la disolución no se computan, art. 77: por que el término no se cuenta de momento á momento sino desde las doce de la noche del día en que ha comenzado.

En los casos de disolución se contará hasta las doce de la noche del día anterior á su disolución, de manera que queda excluido el día en que se disolvió. Así, el hijo nacido á los 180 días después de la celebración del matrimonio, computándose este, como lo sostienen algunos, no sería considerado como legítimo, por que ha nacido realmente á los 179 días: pero no sucedería lo mismo, si naciere á los 300 de la disolución, aun contándose este ó excluyéndolo como es de regla.

Este artículo sufrió una corrección de acuerdo con las observaciones que hicimos en la nota 44 de la INSTITUTA.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 312, GOYENA, art. 101. FREITAS, art. 1472. Cód. DE CHILE, arts. 180 y 206. l. 1. 5. tit. 4. lib. 2 y 6, tit. 6, lib. 1. Dig.

Con relación á la imposibilidad del acceso con la mujer en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento, nuestro Código, en vez de salvar las dificultades que presentaba en su interpretación el art. 312 del Francés, lo ha seguido suprimiendo las causas de *atejamiento* y de *accidente* que pueden ocasionar esa imposibilidad. ¿A qué imposibilidad se refiere entonces? ¿Cómo puede ocurrir? La primera y más segura es la separación de los esposos en lugares en que sea imposible al marido tener acceso con su mujer. Puede ocurrir la separación de varias maneras: en la misma ciudad, p. e., si ambos

A estas presunciones se pueden agregar los casos en que el marido no puede desconocer la legitimidad del hijo, ó en que se reputa reconocido por su inacción ó silencio, como sucede cuan-

están presos en diversos establecimientos, no obstante dada la imperfección é irregularidad con que en algunos lugares se mantienen presos, esa imposibilidad puede desaparecer y no podrá alegarse desde que se pruebe que la mujer ó el marido han estado libres. La que nace del alojamiento que haga imposible el acceso entre la mujer y el marido durante el tiempo en que la concepción debió tener lugar, y como la facilidad y rapidez de las comunicaciones hace que se pueda dar vuelta al mundo en los 120 días en que la concepción debió operarse, esta prueba debe admitirse, con cautela y sólo cuando la distancia sea bastante larga para dar lugar á una demostración completa, ó si el marido ó la mujer no se han movido del lugar ó cuando lo hicieron en direcciones diferentes. Sería muy peligroso admitirla tratándose de distancias que pueden ser recorridas en horas, como si el marido viviera aquí y la mujer en el Rosario. ¿Cómo se demostraría de una manera evidente que no ha podido tener acceso? Si los dos estuvieran p. e. en cama en una y otra ciudad, con imposibilidad de moverse. Son cuestiones de hecho que los jueces deben apreciar según los casos: y en las que deben ser muy prudentes. Puede también provenir la imposibilidad, de un accidente, como de una mutilación exterior, sea el resultado de una operación quirúrgica ó por cualquier otra circunstancia, en que no pueda caber la menor duda. ¿Pero si se tratare de una enfermedad interior que haya colocado al marido en la imposibilidad física de tener acceso con su mujer? Aquí se dividen las opiniones. El tribuno Duveyrier en el Cuerpo Legislativo francés, dijo: no sería razonable querer detallar los casos de accidentes, que pueden producir la imposibilidad física, sea que se trate de una herida, de una mutilación ó de una enfermedad grave y prolongada, y el Consejo de Estado, discutiendo el art. 312, dijo, que se servía de la palabra imposibilidad para hacer comprender que la ley quería hablar de una impotencia evidente y material, y no la que podría ser la consecuencia de una enfermedad. LOCKÉ, VI, págs. 36, 37 y 149.

Do la diversa manera de expresión en las palabras citadas ha nacido la duda en la jurisprudencia francesa; que por nuestra parte resolveríamos reduciéndolas á cuestiones de hecho. Así, una enfermedad grave, ó si estuviera mortalmente herido, en que hubiera estado sin poder hacer movimiento alguno, rodeado siempre de las personas





do la ley dice, que *el marido no puede desconocer al hijo dando por causa el adulterio de la mujer, ó su impotencia anterior al matrimonio. Pero si á más del adulterio de la mujer, el parto le fuese ocultado, el marido podrá probar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo (art. 252).* Del mismo modo,

de su familia ó de las extrañas que lo han asistido, podría dar lugar á una prueba evidente de que no ha podido tener acceso con su mujer. Sobre la separación por prisión.—Cons. LOCRÉ, VI, pág. 290. DURANTON, III, n° 40 y 41. DEMOLOMBE, V, n° 30. TOULLIER, I, 380. DEMANTE, II, 39 bis. Sobre la enfermedad interna. Cons. DURANTON, III, 42. AUBRY y RAU, VI, § 545, n° 1°. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, § 161, nota 28 y sig. TOULLIER, II, n° 810. PROUDHON, II, 28.

El artículo se reformó de acuerdo con las observaciones de la INSTITUTA, nota 44.

(**Art. 252.**) Los arts. 246 y 250 autorizan al marido á desconocer la legitimidad del hijo nacido dentro del matrimonio, cuando probare que

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 246.—L. 16, Tít. 6, Part. 6°. L. 4, Tít. 23, Part. 4°, y véase la L. 2, Tít. 5, Lib. 10. Nov. Rec. Son muy importantes en la materia las Leyes Romanas 5, tít. 4. lib. 2, Dig.—6, tít. 6. lib. 1, idem, 3, § 12, tít. 16, lib. 38 idem;—L. 29, tít. 2, lib. 28 idem, y Novela 39, cap. 2; art. 312, Cód. Francés; de Nápoles, art. 234; de Holanda, art. 305, y de Austria, art. 138.—El Cód. de Prusia exige 210 días, ó siete meses cumplidos desde la celebración del matrimonio, y 302 después de su disolución.

En los ciento veinte días de los trescientos que han precedido al matrimonio. Goyena explica este término de la manera siguiente,—en las notas al artículo 101: «(1) en los cuatro primeros meses (contándose de treinta días) de los diez anteriores al nacimiento. Probada la imposibilidad física del acceso en el tiempo del artículo, la criatura no habrá nacido dentro de los trescientos días (diez meses), que son el término más largo de los nacimientos tardíos, ni después de los ciento ochenta días (seis meses), término de los nacimientos más precoces: ejemplo:

•La mujer libra en 26 de Diciembre.

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

•Los cuatro primeros meses de los diez, ó los ciento veinte días de los trescientos, se completan el 29 de Junio inclusive; y el marido prueba la imposibilidad física del acceso por haber estado ausente en todo el dicho período, y no haber regresado hasta el 30 de Junio.

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



el marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, ó si consintió en

hubo imposibilidad de acceso con su mujer, durante el tiempo en que la ley presume que el hijo debió ser concebido, ó cuando naciera después de los 300 días que siguieron á la separación por el divorcio; pero no por causa de adulterio, ni por impotencia anterior. No, por sólo el adulterio, porque no sería posible demostrar de una manera evidente que el hijo no le pertenece; tampoco por la impotencia anterior, porque la ley debe suponer que no existía desde que se casó; pero si á más del adulterio se le hubiere ocultado el parto, el marido, podrá negar la legitimidad del hijo, probando: 1º, el adulterio de la mujer; 2º, la ocultación del parto; 3º, los hechos que establezcan que ese hijo no es suyo. El adulterio no es necesario demostrarlo en un juicio *ad hoc*, como algunos autores lo exigen, basta que se proponga en la demanda de desconocimiento y se pruebe; sin embargo, si en un juicio incidental se hubiera demostrado, no habrá necesidad de volver á insistir sobre esta prueba, siempre que coincida con la época probable de la concepción.

La ocultación del parto que comprende hechos positivos de la mujer, no se refiere á la ignorancia del marido, porque á pesar de habersele ocultado este puede saber cuándo ha tenido lugar, lo que lo pondría en el caso de ejercer la acción de desconocimiento dentro de los 60 días, que no son por cierto *los dos meses* de que habla el art. 258. La ocultación se refiere á los actos de la mujer, á las precauciones tomadas para que el marido ignore. En la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho que se determinarán según las circunstancias.—Comp. DURANTON, III, 50. MASSÉ Y VERGER, sobre ZACHARIE, § 161, nota 32. DEMOLOMBE, V, 41. MARCADÉ, al art. 313.

La prueba de los hechos que el marido alegare para demostrar que el niño nacido no es su hijo, puede ser establecida de cualquier manera, y los jueces deben admitirla, sin prueba material, desde que hayan adquirido la convicción: p. e., en un matrimonio entre blancos, probado el adulterio con un negro, si el hijo naciere mulato. Las condiciones á que nos hemos referido deben considerarse como acumulativas, de manera que se encuentren reunidas siempre. No bastará que el adulterio se haya probado en cualquier época, para que el marido pueda desconocer al hijo; es necesario que coincida con el tiempo en que este pudo ser concebido; pero dependerá muchas veces de hechos que los jueces apreciarán según los casos.

que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, ó que de otro modo hubiera reconocido tácita ó expresamente por suyo

Así, cuando el adulterio se ha cometido dos años antes y se oculta el parto, como el marido ha continuado viviendo con la mujer, según la hipótesis, esta causa no bastará para autorizarlo á desconocer al hijo; pero podrá hacerlo, si demuestra que las relaciones adulterinas han continuado.

El motivo determinante para autorizar la prueba ha sido el adulterio, y como no hay imposibilidad física de cohabitación entre los esposos, la ley quiere que se demuestre que otro hombre que el marido ha podido ser el padre del niño, y que el marido no ha podido serlo; pero si el adulterio se cometió y el cómplice hubiere muerto antes de los 300 días que sucedieran al nacimiento del hijo, no creo que la ocultación posterior del parto, pueda autorizar al marido á desconocer al hijo trayendo el adulterio anterior como única causa de desconocimiento. —Comp. DEMOLOMBE, V, 46. DEMANTE, II, 39 bis, V. en contra DELVINCOURT. art. 313.

¿Deberá probarse el adulterio de una manera directa y especial? O como se afirma por algunos: ¿bastará demostrar la no cohabitación del marido para que el adulterio quede virtualmente probado? En cuanto á lo primero, el adulterio deberá probarse para dar lugar á la denegación de legitimidad; pues no debe confundirse el derecho de demostrar la imposibilidad de tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al matrimonio (art. 246), con esta acción en que se supone el adulterio como base de la reclamación. Puede resultar, como dice Demolombe, «que el adulterio no se pruebe sino por estos hechos, y entonces es necesario que sean de tal gravedad, que por sí mismos basten para dar á los magistrados la convicción moral de que la mujer ha cometido adulterio, y que el marido no es el padre del niño».

¿Qué sucederá si la mujer ha ocultado al marido el parto, sin haberle ocultado el embarazo? La ley autoriza la acción sólo cuando el parto le fuere ocultado, y por consiguiente no es de esta manera que se debe plantear la cuestión, sino de esta otra. ¿La ocultación del embarazo equivale en ciertos casos á la del parto de que habla la ley? La Corte de Casación francesa, ha resuelto por la afirmativa en una sentencia de 7 de Enero de 1850, y nos adherimos á esta opinión.

¿La ocultación del parto autorizará al marido para alegar su impotencia? Creo que no: necesita como condición esencial el adulterio según el artículo, al cual puede unirse como prueba concurrente la



el hijo de su mujer (art. 253), porque el matrimonio en este caso viene á cubrir una falta cuyo secreto tiene sólo el marido.

impotencia anterior, para dar la convicción moral á los magistrados, de que el hijo no es del marido.

Téngase presente que la impotencia posterior puede alegarse en los casos del art. 246, sin que haya necesidad de demostrar el adulterio, ni la ocultación del parto, porque entra en los medios de imposibilidad de tener acceso con la mujer.—Comp. MERLIN, Vº, *Legitimación*, Sec. 2, § 2. DURANTON, III, 51. FREITAS, art. 1473. GOYENA, art. 102. Cód. FRANCÉS, art. 313 y HOLANDA, 307.—Comp. arts. 246, 250 y 254. Sentencia del Dr. Molina Arrotea, II, pág. 114.

(Art. 253.) Un hijo nace dentro del matrimonio, cuando según las reglas establecidas en los arts. 240 á 243 ha sido concebido por la madre durante el matrimonio de ella; es necesario, pues, referirse á la concepción para juzgar de su legitimidad, y es así como puede nacer dentro del matrimonio un niño que, en realidad, ha nacido después de la disolución del vínculo, y estar fuera de matrimonio el que nació durante él, habiendo sido concebido antes.

Las antiguas leyes consideraban como natural al hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción ó del nacimiento pudieron casarse, facilitando así la legitimación; pero nuestro Código ha fijado la época de la concepción como una verdad, que no admite prueba en contra, salvando así el peligro de las leyes antiguas, que podían autorizar la legitimación de los hijos adulterinos.

El nacimiento no se toma según el sistema del Código, sino como el punto de partida para determinar la concepción, que tiene lugar entre el *maximum* y el *minimum* de la duración del embarazo.

El artículo se aplica á los hijos concebidos antes del matrimonio entre personas libres y aptas para casarse, porque es sabido que no

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 252.—L. 9, Tit. 14, Part. 3º—LL. 11, § 9, Tit. 5, Lib. 48, Dig., y 29, § 1, Tit. 3, Lib. 22 id.—Cód. Francés, art. 313, y Cód. Sardo, art. 152—Cód. de Holanda, art. 307, y véase á Leclerc, *Droit Romain*, I, 333.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 252.—El desconocimiento de la paternidad legítima, sólo es procedente cuando el marido justifica su imposibilidad física ó el adulterio de la esposa y la ocultación del parto.—Jur. Civ. I, 165, Sér. 3º.

Para que el adulterio sirva de prueba al desconocimiento de la filiación legítima, debe justificarse que tuvo lugar al tiempo de la concepción: los hechos anteriores á esa época no son pertinentes.—Jur. Civ., I, 165, Sér. 3º.





Hay reconocimiento expreso de la legitimidad en consentir que el hijo lleve su apellido en la partida del registro civil, desde que el mismo padre es el que hace la declaración, ó al casarse

pueden legitimarse los hijos que fueron concebidos en otras condiciones; así la mujer viuda que se vuelve á casar y tiene un hijo á los dos ó tres meses, ese hijo corresponde á su primer marido. El hombre que siendo casado enviuda y se casa con la concubina embarazada que pare á los dos meses, no puede legitimar al hijo que es adulterino: estos no son los casos del artículo.

¿Es legítimo el hijo concebido fuera del matrimonio y nacido dentro de él, ó sólo se legitima por el subsiguiente matrimonio? Según el sistema del Código la legitimación sólo se aplica á los hijos *nacidos fuera del matrimonio*, mientras que la hipótesis se refiere á los nacidos dentro de él.

Notaremos estas diferencias: 1º, que los hijos concebidos fuera del matrimonio y nacidos dentro de él, se consideran legítimos por el sólo hecho de no ser desconocidos, si sus padres pudieron casarse al tiempo de la concepción; 2º, que los legitimados necesitan un acto expreso, pues, como nacieron fuera del matrimonio, no tienen presunción alguna en su favor; 3º, los legítimos tienen una presunción en su favor que no puede ser destruida sino por una prueba en contra; 4º, que el hijo concebido durante el impedimento y nacido cuando la ley lo ha suprimido y en su virtud los padres se han casado, viene á ser legítimo por el hecho de no ser desconocido; así lo sería el hijo nacido de la unión ilícita de un clérigo y de una mujer libre, que naciera cuando estuvieran casados; 5º, que en ciertos casos no basta ni el reconocimiento, para legitimar el hijo nacido durante el matrimonio, cuando el impedimento ha desaparecido, como sucedería en el caso de que el viudo se casara nuevamente, y tuviere á los dos meses un hijo de su mujer: este hijo sería adulterino.

Creemos que los hijos concebidos *fuera* y nacidos *dentro* del matrimonio, por una ficción legal se deben considerar como legítimos, cuando los padres pudieron casarse, no haciendo remontar su legitimidad al tiempo de su concepción sino al día del matrimonio, pues no sería posible darle efecto retroactivo, sin perjudicar los derechos adquiridos por los terceros.

Locré, VI, pág. 41 y sig., trae la interesante discusión del Consejo de Estado, sobre el alcance que debía darse á la presunción de la legitimidad, que se une al hecho de la concepción durante el matrimonio, y

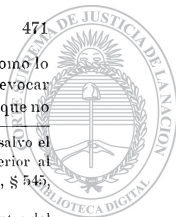
con la mujer embarazada conociendo el estado de ésta, como lo habría si lo reconociera por testamento, sin que pueda revocar ese reconocimiento, como en el caso del hijo natural, porque no

si debía concederse una semejante al hecho del nacimiento, salvo el derecho de desconocer al hijo cuando la concepción fuera anterior al matrimonio.—Comp. DEMOLOMBE, V, 57, sig. AUBRY Y RAU, § 545, nota 9. MARCADE, al art. 314.

El derecho de desconocer la legitimidad del hijo nacido dentro del matrimonio y concebido antes, se pierde cuando el marido supo antes de casarse, el embarazo de su futura esposa, porque es muy probable que esa ha sido la causa determinante del matrimonio, para borrar la falta cometida y cubrir el honor de la mujer; así es que se debe admitir á la mujer toda clase de prueba, para demostrar que el marido ha conocido el embarazo, pues es difícil dar pruebas de un hecho negativo.—Comp. MERLIN, Rep. Vº. *Legitimidad*. Sec. 2, § 1º 6. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, I, 295. DELVINCOURT, I, pág. 84. nota 3.

El reconocimiento puede ser *tácito* ó *expreso*, sin que haya incongruencia entre lo expresado en este artículo y el 322, porque en este mismo se refiere á un reconocimiento *tácito*, que tiene lugar cuando el marido conocía el embarazo antes de casarse. Como el art. 322, habla de la legitimación de los hijos concebidos fuera de matrimonio y nacidos dentro de él, sugiere la duda sobre si son legítimos ó legitimados, habiendo sostenido que están en la primera condición, creemos que la palabra legitimación se debe tomar como equivalente de legitimidad; así es que el artículo quedaría concebido en estos términos: la denegación de la paternidad no obstará á la *legitimidad* de los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos después.—Demolombe, V, 62, y sig., sostiene con calor la teoría contraria en parte á la que enseñamos: de que el hijo concebido antes del matrimonio y nacido dentro de él es *legítimo*, cualquiera que hubiere sido la condición en que los padres se encontraran; yendo así á legitimar los hijos adulterinos, y lo que sería más grave, á romper la presunción *juris et de jure* de que el hijo nacido antes de los 180 días de disuelto ó anulado el primer matrimonio no corresponde á este, sino al segundo; todo lo que pugna abiertamente con el sistema adoptado por nuestro Código.

El reconocimiento es una cuestión de hecho, que los jueces deben apreciar según los casos, teniéndose presente que este artículo no tiene por objeto determinar la manera cómo debe reconocerse al hijo, sino de privar al padre del derecho de *desconocerlo* que se le acuerda por el hecho de haber sido concebido fuera del matrimo-





se puede dejar en la mano del padre el alterar el estado del hijo nacido dentro del matrimonio.

El reconocimiento tácito resultará de actos que lo presupongan, como si aceptara una donación hecha al hijo por alguno de sus parientes, ó ejecutara cualquier acto que no habría podido ejecutar sino en su calidad de padre.

El desconocimiento de la legitimidad del hijo nacido dentro del matrimonio, no puede intentarse sino dentro de un término fijado por la ley; así, *toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto (art. 254)*, y si falleciere dentro del término,

nio.—Cons. Cód. FRANCÉS, art. 314. GOYENA, art. 104. Cód. DE CHILE, art. 206, n° 3. Cód. SARDO, art. 153. Cód. DE AUSTRIA, art. 155.

Si el marido ha muerto sin hacer reclamación, aunque estuviera dentro del término, los herederos no pueden hacerla, porque al morir ha llevado consigo el secreto que lo impulsó á celebrar el matrimonio. ¿Quién puede saber si el matrimonio no ha sido un medio para cubrir la falta que ambos habían cometido? Se correría el riesgo de desconocer al hijo que el marido habría reconocido de un modo que no deja duda de su paternidad, al casarse con la mujer embarazada.

Entre nosotros ha ocurrido el caso, por demás raro y original, de casarse un hombre con una mujer embarazada, cuyo hijo acababa de ser reconocido por otra persona que el que contraía el matrimonio: en ese caso, si el hijo nace después de los 180 días del matrimonio se reputará legítimo, aunque la mujer ú otro que se diga su padre lo reconocieran por su hijo natural, y aunque el mismo marido hubiera reconocido que pertenecía á otro; porque la presunción del art. 246 es terminante, sólo puede desconocerse al hijo en determinados casos, y sobre todo porque es más favorable al hijo tener una familia legítima.

(**Art. 254.**) Debemos distinguir tres clases de acciones: 1°, la acción de desconocimiento, que es personal al marido, cuando se ha casado con una mujer embarazada, y de que habla el artículo anterior; 2°, la acción para contestar la legitimidad propiamente dicha; 3°, la con-

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los art. 253.—Proyecto de Goyena, art. 104—Cód. Francés, art. 314, para los tres casos.—Cód. Sardo, art. 153, para los dos primeros casos—y Cód. de Austria, art. 155, para sólo el primer caso.



sus herederos pueden deducir la acción correspondiente, siempre que no se tratare de un derecho exclusivo del marido, como sucedería en el caso del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes

testación del estado que una persona se atribuye. La primera trata de un caso especial, en que naciendo el hijo *dentro* del matrimonio, no obstante haber sido concebido *fuera* de él, sólo al padre corresponde desconocerlo y bastará su sola voluntad, sin demostración alguna para que quede desconocido, á menos de que se probara que conocía el embarazo antes de casarse, ó si lo reconoció de cualquier manera, en cuyo caso el reconocimiento queda irrevocable; en esta hipótesis, se reconoce el matrimonio, la maternidad de la madre, la identidad del niño, sólo se desconoce y pone en cuestión la legitimidad. Los herederos sólo pueden continuar esta acción cuando ha sido deducida por el marido. Puede agregarse á esta acción, los casos especiales de imposibilidad de acceso con la mujer durante el tiempo en que la ley supone que la concepción ha tenido lugar, art. 246.

La acción para contestar la legitimidad puede fundarse, por el contrario, en que no hubiera existido matrimonio, ó en que el hijo hubiera sido concebido ó nacido fuera de matrimonio, ó porque el matrimonio fuera nulo ó se hubiera anulado. En esta acción se reconoce la maternidad de la mujer y la identidad del niño; lo que se desconoce es el matrimonio durante la concepción del hijo, ó en el momento de su nacimiento. En este caso no hay presunción alguna en favor de la legitimidad del hijo, como sucedía en el caso anterior, en que se juzgaba legítimo mientras el padre no lo desconociera. La posición del que desconoce la legitimidad, como la del que la sostiene, son iguales, porque no tienen en su favor presunción alguna que los coloque fuera de las condiciones ordinarias en que cada uno debe demostrar su afirmación. — Comp. TOULLIER, II, 834. DURANTON, III, 91. DEMOLOMBE, V, 104.

En el tercer caso, ó se contesta la legitimidad porque se niegue el parto, habiéndolo supuesto, ó porque se haya sustituido el hijo por otro, ó por no ser la madre verdadera del hijo que pasa por suyo. Entonces no se ataca el matrimonio, ni la concepción del hijo; se niega la maternidad ó la identidad del niño; pero este desconocimiento supone necesariamente la posesión de un estado en el hijo desconocido.

Habría verdadero peligro en dejar que las acciones de los arts. 246, 250, 252 y 253 se pudieran intentar en cualquier tiempo, y por eso se ha determinado 60 días desde que el marido tuvo conocimiento del parto; pero nuestro artículo ha quedado en lo general y vago, sin dar

tes á la celebración del matrimonio, en que nadie puede deducir acción de desconocimiento, si el marido no la hubiere comenzado.

los puntos que pudieran servir de norma para decidir cuestiones tan importantes.

Freitas, art. 1476, penetrado de esta necesidad, establece una presunción de conocimiento del parto, cuando el marido estuviere presente en el lugar: es decir: en el mismo pueblo ó ciudad, á menos de probar que le fué ocultado; y cuando ha estado ausente, se presume que conoció el parto, desde que volvió al lugar, á menos de probar también ocultación.—Véase CÓD. DE CHILE, art. 183. El CÓD. FRANCÉS, art. 316, concede también, los dos meses después de descubierto el fraude, cuando ha existido ocultación del parto.

Las cuestiones que pueden ocurrir, son: 1º, si se reputa que el marido conocía el parto, cuando estuvo en la misma ciudad donde libró la mujer; 2º, cuando se juzga que ha estado ausente y cuando ha vuelto; 3º, cuando le habrá sido ocultado el parto; 4º, desde cuándo se reputará descubierto el parto, y otros casos semejantes.

Otro de los vacíos que se nota en esta disposición, es la falta de forma que determine la manera de hacer la reclamación y cómo debe producirse cuando ella tenga lugar. Respecto de lo primero ¿basta con que el marido proteste en escritura pública dentro de los 60 días desconociendo al hijo, ó es necesario que entable judicialmente la acción? El Código Francés, art. 318, declara sin efecto el desconocimiento, que no sea seguido de una acción en justicia, y así creo que debe suceder entre nosotros.

Cuando el padre desconoce la legitimidad ¿quién debe representar al hijo menor? No puede ser la madre, porque no tiene capacidad para estar en juicio sin permiso del marido, y aunque se trata de adulterio de una manera indirecta, el hijo debe estar representado por otra persona. El Código Francés establece, que la acción debe entablarse contra un tutor *ad hoc*, que se nombrará al hijo desconocido; pero la madre debe tener una intervención directa, porque su honor está comprometido.

El juicio seguido por uno ó varios de los herederos del marido en que hubiere recaído sentencia firme desestimando la acción, hará cosa juzgada contra los demás, si han sido citados, porque los únicos que podían deducirla, han sido vencidos.—MERLIN, Rep. Vº. *Cuestión de Estado*, § 3, art. 1, nº 5. DURANTON, III. 99 y 100. TOULIER, X, 216, en contra DEMOLOMBE, V, 177 y 313 y sig.





§ 100. DE LOS HIJOS NACIDOS DESPUÉS DEL DIVORCIO, FALLECIMIENTO PRESUNTO, Ó MATRIMONIO ANULADO

Ni el divorcio ni el fallecimiento presuntivo rompen el vínculo creado por el matrimonio; pero los hijos nacidos después de pronunciadas las sentencias respectivas ¿continuarán reputándose como legítimos? La regla de derecho es que, *en caso de divorcio, si la mujer después de su separación definitiva ó provisoria, tuviere algún hijo nacido después de los trescientos días desde aquel en que la separación se realizó de hecho, el marido ó sus herederos*

¿Corre el término contra los herederos del marido que fueren menores de edad? Algunos sostienen la negativa, fundados en el art. 3966, porque la prescripción no corre contra los menores. La cuestión es de difícil solución; porque se trata de un plazo perentorio, en que el desconocimiento va unido con el derecho á los bienes que lleva consigo el estado de hijo legítimo. La prescripción se aplica á la adquisición ó pérdida de derecho á los bienes y comprende también las acciones, que son un medio para hacerlos valer: por eso la dificultad aumenta. Me inclino á aplicar la disposición del art. 3968, aunque se refiere á los actos jurídicos y no á los hechos en cuya categoría puede colocarse el nacimiento en el sentido del art. 896, porque me parece más conforme con la equidad. No es posible conservar como una amenaza constante, una acción contra el estado de una persona, y por lo menos sería necesario establecer una disposición semejante á la que registra el Código de Austria, art. 1494, en que la prescripción no comienza á correr contra el incapaz, sino desde que se le ha nombrado tutor ó curador. Freitas, art. 1478, apoya expresamente esta opinión. cuando dice, que los plazos corren contra cualquier persona, aunque sea incapaz y el 1479, n.º 3, hace correr los plazos contra el representante del menor ó mayor incapaz.—Comp. FREITAS, art. 1476. CÓD. DE CHILE, art. 183. GOYENA, art. 105. CÓD. FRANCÉS, art. 316. CÓD. DE AUSTRIA, art. 108. CÓD. DE HOLANDA, art. 311. CÓD. DE NÁPOLES, art. 238.—Comp. arts. 250, 258, 3966, 3968, 4042.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 254.—Cód. de Chile, art. 183. El Cód. Francés, art. 316, señala un solo mes, si el marido se encuentra en el lugar del nacimiento, y dos meses, si está ausente. Lo mismo el Cód. Sardo, art. 154—de Nápoles, art. 238—de Holanda, art. 311. El Cód. de Austria señala tres meses, art. 158, y un año el de Prusia, art. 2.

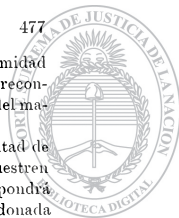


tienen derecho á negar la paternidad, á menos que se probare que hubo reconciliación privada entre los esposos (art. 250, 1ª parte),

(Art. 250.) Este artículo representa la segunda parte del art. 313 del francés, que fué el resultado de la enmienda propuesta por Demante y sancionada por ley francesa de 6 de Diciembre de 1850; y que ha levantado tantas dificultades entre los juriscultos franceses, por venir unidas dos proporciones diversas; nuestro Código las ha separado formando, la primera parte el art. 252 y de la segunda el art. 250. Según el sistema de nuestro Código, el estado de separación provisoria ó definitiva á causa del divorcio, establece una presunción en contra de la legitimidad del hijo nacido después de los 300 días de realizada de hecho la separación; pero esta presunción puede ser desvanecida probando la mujer que hubo reconciliación. La separación de hecho debe probarse por el que la alegare; pero una vez dictada la sentencia de divorcio provisorio ó definitivo, se deben reputar separados desde la sentencia firme, rindiendo este término para unos y otros.

La separación judicial pone en la mano del marido la facultad de desconocer al hijo nacido después de 300 días, sin dar prueba alguna; pero si no hubiera desconocimiento expreso de la paternidad, ¿cómo se conciliarían estas dos presunciones legales? P. e.: el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido; el hijo nacido después de los 300 días de la separación provisoria ó definitiva puede ser desconocido por el marido sin dar prueba alguna. Para nosotros son dos presunciones contrarias, que tienen su aplicación en cada caso. Así, el marido debe romper en el primer caso la presunción que lo declara padre y está obligado á dar pruebas en contrario; en el segundo basta su simple desconocimiento.—Demante, II, n° 40, *bis* I. dice: «el estado de separación hace inverosímil el comercio de los dos esposos, y la presunción de paternidad, consecuencia del matrimonio siempre subsistente debía aun durar hasta el desconocimiento del marido que no debe ser sometido á otra justificación que á la de separación. Creo con este autor y otros, que será considerado como legítimo el hijo nacido después de la separación, si el marido conociendo el nacimiento, no desconoce el hijo dentro de los plazos en que puede ejercer este derecho, y sería más moral el suponer que su silencio importa el reconocimiento y confesión de una reconciliación privada, cuando viven en el mismo lugar. No sucedería así, cuando la mujer vive públicamente con otro, ó en lugares distintos. El marido no necesita entonces desconocer los hijos á cada alumbramiento de su mujer.

Muerto el marido ¿sus herederos podrán desconocer al hijo nacido



hay una especie de presunción en contra de la legitimidad del hijo que es necesario desvanecer por una prueba de reconciliación. Batará el desconocimiento expreso por parte del marido.

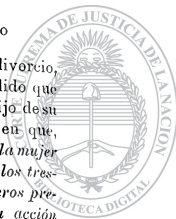
Cuando se trate de una separación de hecho sin voluntad de unirse, será necesario que el marido ó sus herederos demuestren que no han tenido conocimiento del parto, lo que se supondrá cuando la mujer que abandonó el hogar, ó que fué abandonada por su marido viviera en otra localidad; si residiera en el mismo lugar, y el nacimiento del hijo fuera un hecho público, la presunción de que es del marido está en favor del recién nacido, presunción que podrá desvanecerse demostrando la separación.

Se nota un vacío en la disposición del art. 250, pues guarda silencio con relación á la separación de hecho, y aunque el Código dice, que *estas disposiciones se extienden al caso de separación provisoria de los cónyuges, por motivo de acción de nulidad del matrimonio* (art. 250, 2ª parte), ha debido comprender aquellos casos de separación de hecho que fueren públicos y notorios, libertando al marido de reclamar á cada nacimiento de un hijo de su mujer, que en ciertos casos no necesita hacer.

en tales condiciones? Si el marido no podía hacerlo por haber dejado vencer los 60 días desde que tuvo conocimiento del parto, no ha podido transmitir á sus herederos un derecho que no tenía.

Deducida la acción de nulidad de un matrimonio por alguno de los impedimentos del art. 9 cuando hay separación provisoria, no obstante que ni la ley de matr. civ. ni el Código la autorizan, se aplicarían estos principios, teniendo presente que la nulidad no produce efectos sino desde el día de la sentencia firme. La separación de hecho puede tener lugar desde la demanda de divorcio ó nulidad, durante el juicio ó después de la sentencia; en los dos primeros casos, debe probarse por el que la alegare, y en el último basta la sentencia firme.—Cons. DEMANTE, II, 40, bis 1. DEMOLOMBE, V, 55 y sig. MOURLON, Rep. I, 433. FREITAS, arts. 1468 y 1469. GOYENA, art. 103. Cód. DE CHILE, art. 190.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 250.—Cód. de Luisiana, art. 207.—Cód. de Chile, art. 190.



La acción del marido ó de sus herederos en caso de divorcio, puede ejercerse, ya sea para privar al nacido del apellido que se le hubiere dado, ya porque quisiera heredar como hijo de su pretendido padre, á diferencia del caso del art. 251, en que, *declarado el fallecimiento presunto del marido ausente, si la mujer durante la ausencia tuviere algún hijo nacido después de los trescientos días desde el primer día de la ausencia, los herederos presuntivos del marido pueden intentar contra el hijo una acción negativa de la paternidad, si la madre está en posesión provisoria ó definitiva de los bienes, ó para excluirla, si ella pretende obtenerlos (art. 251)*, pues, el derecho de los herederos solo puede

(**Art. 251.**) Se debe hacer la diferencia entre el día de la ausencia real del individuo, de aquel en que la sentencia fije como fallecimiento presuntivo; porque para la negativa de la legitimidad se toma el día de la ausencia como punto de partida, pues desde ese momento ha dejado de ser posible el acceso carnal con la mujer; pero en los 300 días no debe computarse el de la ausencia, porque los términos no se cuentan de momento á momento, ni tampoco el del nacimiento; de manera que sólo podrá ser desconocido el niño nacido después de los 302 días, desde que no contamos el del principio y el del fin que sirve de término.

En la nota 45 de la Instituta se observaba un error que no ha sido corregido por la reforma del Código, y creo que han tenido razón, desde que los herederos presuntivos del marido podían negar la paternidad al hijo, si la madre estuviere en posesión de los bienes á nombre de este ó si la pretendiere. La negativa en este caso está sujeta á la posesión de los bienes; si el hijo no los pretende, los herederos no pueden desconocerlo, su derecho no va á privarle del nombre y de llamarse hijo del fallecido, si no en el caso de pretender excluirllos de la herencia. Freitas, art. 1467, dice: que los herederos presuntivos tendrán derecho para intentar la acción negativa de paternidad al hijo que entrare en posesión de los bienes ó de excluirllo, si lo pretendiere. Como este derecho está sujeto á la posesión de los bienes el término de dos meses en que los herederos pueden intentar el desconocimiento sólo debe contarse desde que el hijo hubiere entrado en posesión; pero como excepción pueden usarlo en cualquier tiempo que el hijo pretendiere los bienes: así es como se armoniza esta disposición con la imprescriptibilidad declarada en los arts. 259 y 4019, n° 2.

El hijo puede reclamar su legítima en cualquier tiempo, pero los

ejercerse con relación á los bienes que posea la madre ó el hijo como herederos del marido.

Se debe distinguir el caso de nulidad del matrimonio, del de los herederos del marido pueden rechazarlo por una excepción perpétua, cuando pretenda bienes que ellos posean á título hereditario.

La acción de desconocimiento de la paternidad ejercida por el marido (art. 254), ó por los herederos (art. 258), la de nulidad de matrimonio (art. 257), ó por no ser concebido el hijo durante él (art. 240), son prescriptibles y deben deducirse dentro de los términos establecidos.

Se debe tener en cuenta, que la presunción en favor de la legitimidad del hijo nacido dentro del matrimonio, exige que se demuestre que no es legítimo, y ese mismo hijo nacido después de los 300 días de la separación, en caso de divorcio, será considerado como legítimo, si el marido no lo desconociere; bastará sin embargo, su negativa para que la prueba de la reconciliación corresponda á la mujer.

En los casos de disolución del matrimonio por fallecimiento del marido, el hijo que naciere después de los 300 días ¿será considerado como ilegítimo de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial? Distingamos: si el hijo fué inscripto como natural, no hay caso; si lo fué como legítimo, será necesario hacer declarar por un juicio que ese estado no le corresponde, sólo cuando haya tomado posesión de los bienes ó cuando los pretenda. — Comp. DEMOLOMBE, V, 81. MASSÉ Y VERGER, sobre ZACHARLE, § 161, nota 22.

Un niño nacido después de los 300 días de muerto su padre, ha sido inscripto en los registros como legítimo y tomado posesión de los bienes. ¿Deberá continuar en ella, por que los herederos del marido no hubieran reclamado dentro de los dos meses de que habla el art. 258? La justicia se opone á esta conclusión, y el artículo no lo autoriza, porque se refiere á las reclamaciones que el marido pudo hacer contra la legitimidad del hijo. En la hipótesis, el nacido después de los 300 días de la muerte del marido se considera como un extraño, y no podrá adquirir los bienes sino por la prescripción ordinaria. Los herederos del marido no estarán, pues, obligados á deducir la acción dentro de los dos meses de la posesión de los bienes, como en los casos del art. 258, porque no se trata de contestaciones sobre legitimidad. Las reclamaciones que deben hacerse dentro de los dos meses de la posesión de los bienes, son las que se refieren á los hijos nacidos dentro del matrimonio, y por consiguiente no están comprendidos los nacidos después de su disolución ó anulación, en que sólo hay la acción nega-



divorcio; en el primero, el hijo nacido después de los 300 días de su disolución no es legítimo; mientras que en el segundo puede serlo, si se probare la reconciliación entre los esposos.

§ 101. FORMA Y TIEMPO EN QUE DEBE HACERSE EL RECONOCIMIENTO

Reconociendo que el marido no sólo es el jefe de la familia, sino que sobre él pesa la responsabilidad de conservar el nombre de la que forma por decirlo así, la cabeza, se ha establecido como regla general, que *mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio (art. 256)*, porque sería introducir un elemento perturbador en la intimidad del hogar.

tiva de la paternidad.—Zachariæ, § 161, l. c., opina que no hay necesidad que sea negada la legitimidad.—Comp. DURANTON, III, 58. TOLLIER, II, 828. DELVINCOURT, I, pág. 357. MARCADÉ, art. 315. LOCRÉ, VI, pág. 244. MASSÉ Y VERGER sobre ZACHARIÆ, § 161, nota 24. FREITAS, art. 1467. GOYENA, al art. 101.

(**Art. 256.**) Puede ser incapaz *relativamente*, como el menor emancipado por el matrimonio que necesita autorización judicial para estar en juicio, ó *absolutamente* cuando fuere declarado demente; en el primer caso, necesita de un tutor especial, que no puede prescindir de la voluntad del menor, y los 60 días para hacer cualquier reclamación contra el hijo le corre como á los mayores, según lo hemos sostenido en el art. 254; en el segundo caso, como la mujer es la curadora de su marido, no se concibe que ella misma pueda demandar el desconocimiento de la legitimidad del hijo, sino en el caso del art. 243. Si otro fuera el curador y el interdicto estuviera en una casa de locos, el término de los 60 días del art. 254, no podría correr en su contra, hasta que no haya recobrado la capacidad, y si falleciere durante la locura sus herederos podrían deducir sus acciones.

Téngase presente, que nadie puede intentar acción alguna durante la vida del marido, aunque la mujer viva separada del demente y tenga familia. Todas estas cuestiones quedan libradas, para cuando recobre la capacidad ó cuando ocurra el fallecimiento, en que los herederos harán valer sus derechos, pero si una vez levantada la interdicción, el marido deja pasar los 60 días sin hacer reclamación, los herederos no podrán intentarla, aunque sea evidente que los hijos no fueran de



Y la ley ha amurallado el honor de la familia, estableciendo que, *los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda (art. 258, 1ª parte)*, porque sólo él tiene el secreto de

él, por haber vivido separados de hecho durante el tiempo que ha sido tenido en el manicomio. Es preferible exponerse á reconocer una familia ilegítima, antes de permitir á los herederos el deshacerse de una legítima. El desconocimiento de los hijos es un derecho personalísimo que no puede ser ejercido sino por el marido mismo, y en que nadie puede intervenir mientras él viva, aunque estuviera interdicto.—Comp. Freitas, art. 1474, n° 2, en que expresamente niega al curador el derecho de intervenir en estos juicios.—Véase CÓD. DE CHILE, art. 182. Comp. arts. 67, 250, 254 y 258.

(**Art. 258.**) Este artículo fué corregido en el sentido de la nota 46 de la Instituta, cambiando el adverbio *después* por el *antes*, como lo indicaba el sentido.

Es un derecho exclusivo del marido el desconocimiento del hijo nacido dentro del matrimonio, antes de los 180 días de su celebración, y aunque públicamente lo hubiera desconocido, si falleciere dentro del plazo para hacer el desconocimiento judicial, sus herederos no podrían entablar la demanda. Este es uno de los casos en que, faltando la razón de la ley, ella debe aplicarse no obstante en su texto expreso; porque cuando se ha exigido una formalidad para la verificación de un acto, ó para su ejercicio ó prueba, es necesario llenarla so pena de no poder ejercer el derecho. Así, la ley exige que el marido haya *comenzado la demanda* de desconocimiento, para que los herederos puedan continuarla, aunque el derecho exclusivo que se le ha reservado tiene por fundamento, de que sólo él posee el secreto de la legitimidad del hijo nacido dentro de los 180 días del matrimonio, y que ese secreto habría desaparecido desde el momento que por un acto público lo hubiera desconocido; no obstante, ese desconocimiento no tendría valor alguno sino por la demanda, porque habría razón para suponer que no ha querido lanzarse en un proceso, que cubriría de vergüenza á su mujer ó dejaría á su hijo sin padre.

Los demás casos en que los herederos pueden contestar la legiti-



estos nacimientos prematuros, que las más de las veces son la causa del matrimonio, para cubrir una falta, y ha establecido que, *no hay lugar á demanda cuando el padre hubiese reconocido*

midad, los habíamos estudiado en la nota 46 de la Instituta y no haremos sino referirnos á aquel lugar.

Téngase presente, que la única acción personal reservada al marido, es la del desconocimiento del hijo nacido dentro de los 180 días del matrimonio, así es que si el marido ha fallecido dentro de los *sesenta días* en que podía reclamar de la legitimidad del hijo, en el caso del art. 246, cuando hubo imposibilidad de acceso con la mujer, los herederos pueden hacerlo: de donde se deduce lo que habíamos afirmado en la citada nota, de que para transmitir á sus herederos el derecho de hacer reclamación contra la legitimidad era necesario que lo hubiera conservado.

¿Qué diríamos cuando el marido ausente, art. 251, apareciera después de fallado el asunto en que se desconoce al hijo? Consideramos muy dudosa la opinión de que la sola aparición del ausente deje sin efecto la sentencia; como creeríamos avanzada la que le autorizara á reconocer al hijo en perjuicio de sus demás herederos. Así como el padre no puede reconocer hijos que no sean suyos, ó que su mujer no ha tenido, en perjuicio de sus herederos, que podrán en todo caso contestar la legitimidad en cualquier tiempo, porque esa acción no se extingue, del mismo modo no podría por su sola voluntad destruir los efectos de la sentencia que negase la legitimidad.

En el caso del hijo póstumo, los herederos pueden contestar su legitimidad, si no se encuentra en la hipótesis del art. 253, cuando se casó con la mujer embarazada y el hijo naciera antes de los 180 días de celebrado el matrimonio. La mujer misma no puede contestar la legitimidad de su hijo concebido durante el matrimonio, porque el art. 243 se lo prohíbe expresamente.

Los dos meses concedidos para deducir la acción se deben contar, desde el momento en que el hijo entró en posesión de los bienes de su padre, y no debe confundirse este término con los 60 días que tiene el marido para desconocer al hijo, porque aquel plazo se refiere á los casos de los arts. 246, 250 á 253, mientras que los dos meses sólo comprende los del art. 257; en aquéllos bastará que el marido fallecido se encuentre dentro de los 60 días de haber conocido el parto, para que transmita á sus herederos el derecho de hacer la reclamación, y con mayor razón lo transmitirá si falleció sin conocerlo, aunque sus herederos lo hubieran conocido, porque ellos no podían reclamarlo durante

al hijo en su testamento, ó en otra forma pública (art. 258, 3ª parte), pero no puede ir hasta reconocer que su solo silencio dé

la vida del marido. El reconocimiento hecho de una manera pública, quita toda acción á los herederos en el caso del art. 253; no en los demás, porque el marido no puede formar por su propia voluntad una familia que no es la suya, en perjuicio de sus herederos; esto sería hacer renacer la adopción bajo una forma más odiosa. Así, marido y mujer no pueden tomar el hijo de otro é inscribirlo en el registro como suyo propio, privando á sus herederos de los derechos que las leyes les conceden. En este caso, los herederos pueden reclamar la filiación en los términos del art. 261, ya alegando suposición del parto, ya porque la madre no sea la que pasa por tal, ó porque haya sustitución, etc.

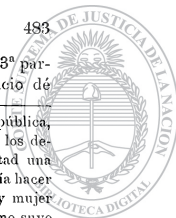
El artículo es una copia literal de Goyena, 106; habiéndole agregado la última parte que introduce cierta confusión, en los principios enseñados por el mismo código, siguiendo al de CHILE, art. 184, nº 2 que la contiene; pero que la limita en el artículo siguiente, dando claridad al pensamiento,

El derecho concedido por este artículo se refiere al desconocimiento de la legitimidad en los casos del art. 257, refiriéndose á él la expresión «en los demás casos;» porque los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo pueden ser desconocidos en los términos del art. 254. El término de los dos meses ¿corre igualmente contra los herederos menores ó interdictos? Véase la diferencia que hacemos en los art. 254 y 256. — Cons. Cód. FRANCÉS, art. 317. Cód. Chile, art. 184 y 185, GOYENA, art. 106. FREITAS, 1474. Nota 46 INSTITUTA del Cód. Civ. Comp. 66, 67, 251, 253, 257, 261 y 262.

La expresión de *cualquiera persona que tenga interés actual en ello*, que no contiene la redacción de Goyena ni la de Freitas, ha sido tomada del art. 185, Código Chileno y debemos limitarla á lo expresado en dicho artículo.

Nuestro Código no determina como el Chileno, art. 186, que los 60 días deben contarse desde que los herederos tuvieron conocimiento de la muerte del marido, habiendo cambiado la expresión por la de la toma de posesión de los bienes.

¿Qué sucederá cuando los herederos estuvieran ausentes é ignorasen la muerte del marido, así como la posesión de los bienes? Sería injusto hacer correr los dos meses contra individuos imposibilitados de deducir acciones; pero la ley no ha hecho distinción alguna y debemos aplicarla en todos los casos, excepto para aquellos en que se contesta el estado, art. 261.





lugar á la formación de una familia extraña, y por eso ha permitido que, *en los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, sus herederos y cualquiera persona que tenga interés actual en ello, tendrán dos meses para interponer la demanda. Este término correrá desde el día en que el hijo hubiese entrado en posesión de los bienes del marido (art. 258, 2ª parte).*

Se debe tener presente, que el derecho de los que tengan interés en reclamar la legitimidad, no toca á la familia misma, que conservará su nombre y posición, sino en cuanto se relaciona con los bienes que ha dejado el marido, ó con los que en su carácter de mujer ó de hijo quieran tomar en adelante; y que el término de dos meses señalado por el art. 258 no tiene nada de común con el de 60 días del art. 254, relativo á las reclamaciones que el marido puede hacer de la legitimidad de los hijos nacidos durante el matrimonio.

El plazo de dos meses debe contarse desde la toma de posesión de los bienes, y se aplicará en los casos de no existir matrimonio, ó ser nulo ó haberse anulado, ó ser concebido el hijo fuera de matrimonio, con excepción del art. 253.

Cuando el matrimonio se hubiere anulado por ser contraído con alguno de los impedimentos del art. 9, ley Matr. Civ., se debe tener en cuenta la buena fe de los cónyuges, porque respecto de los hijos surtirá todos los efectos del matrimonio válido, si hubo buena fe por uno solo de ellos.

Se debe hacer diferencia entre el tiempo en que pueden hacerse las reclamaciones sobre la legitimidad, y los casos en que tiene lugar, de aquellos que sólo se refieren á los bienes: así, únicamente el marido puede reclamar la de los hijos concebidos *durante* el matrimonio y dentro de los 60 días desde que tuvo conocimiento del parto, mientras que en los demás, pueden deducirla los herederos dentro de los dos meses de la entrada en posesión de los bienes. En el primer caso, el desconocimiento del hijo lleva en sí una especie de acusación de adulterio (aunque no se persiga esta acción), y será necesario que se demuestre no sólo la aproximación sexual de la mujer con un extraño, sino la imposibilidad en que se encontraba el marido



de tener acceso con ella, á menos de que esta sola causa pueda fundar la demostración, como en el caso del art. 246.

No se permitirá al marido alegar su impotencia anterior ni la posterior, aún en caso de ocultación del parto, cuando hubiera hecho vida común con la mujer, de manera que no sea posible determinar con certeza que el hijo no le pertenece. lo que no sucedería cuando se pudiera demostrar la imposibilidad del acceso. Los jueces apreciarán la prueba con suma prudencia, teniendo presente que en la duda, deben fallar en favor de la legitimidad, que mantiene el estado del hijo, que es inocente.

Quando se trate de *la filiación de que el hijo esté en posesión, aunque sea conforme á los asientos parroquiales* (ahora del Registro Civil), *puede ser contestada en razón de parto supuesto, ó por haber habido sustitución del verdadero hijo, ó no ser la mujer, la madre propia del hijo que pasa por suyo* (art. 261), casos

(Art. 261.) Se ha seguido á Freitas, art. 1482 y á Demolombe, V, 223, estableciendo una doctrina contraria al art. 322 del Código Francés. « Si se viene á decir, por ejemplo, que el individuo A, hoy en posesión de su estado de hijo legítimo de Pedro y de Sofía, no es el mismo que aquel á quien el acta de nacimiento atribuye á Pedro y Sofía, ó si se ofrece probar que después de la redacción del acta de nacimiento, ese niño ha muerto y ha sido reemplazado por otro, ó que en casa de la nodriza se ha sustituido otro hijo al de Pedro y Sofía, ¿deberá admitirse esta prueba? Pienso que sí, porque ella tiende á aislar la posesión del título, tiene por objeto demostrar que esta posesión no es conforme al título, y que el individuo que posee el estado de hijo legítimo, no es el mismo que aquel para quien se hizo el acta de nacimiento. » Demolombe, l. c. Nuestro Código va más adelante, pues admite la suposición del parto, lo que Aubry y Rau y Demolombe rechazan, por el gravísimo peligro que ofrece, pues no habría medio de prueba evidente, y sería fácil atacar de esa manera la más clara legitimidad. ¿Cómo demostrar en efecto que antes de la inscripción en el registro hubo sustitución? Mientras que una vez registrado el nacimiento, se puede demostrar que ese niño ha muerto ó que se le ha cambiado por otro. Son cuestiones que ofrecen suma gravedad, y en las que los jueces deben tener mucha prudencia. En las de parto supuesto sobre todo, en que no se aísla la posesión del título, sino se ataca ambos al mismo tiempo; porque como dice Demolombe, « el acta de nacimiento inscrita en el registro



completamente diferentes de los del art. 257, y que no están sujetos á término alguno sino en cuanto á la posesión de los bienes.

del estado civil, ha sido redactada en efecto para el mismo niño que tiene la posesión de estado de hijo legítimo que este título le atribuye.» palabras que trae, negando se pueda atacar la filiación, ofreciendo probar que el acta de nacimiento ha sido falsificada. Los autores franceses rechazan la hipótesis de que el hijo sea admitido á atacar el acta del registro, cuando está conforme la posesión de estado con el título que se quiere combatir, cuya opinión no aceptamos por los términos expresos con que el artículo autoriza á ejercer este derecho, tanto á los padres como á los hijos.—Comp. MERLIN, *Rep.* 1º. *Legitimidad*, Sec. 2, n° 4. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE, § 162. DEMANTE, II, n° 48, *bis* II.

Nuestro Código, en efecto, autoriza tanto al hijo como á los padres para contestar la legitimidad de que se esté en posesión *aunque sea conforme con el asiento del registro*. Demante, dice: «que el hijo no sería admitido á demostrar que fué inscripto bajo falso nombre, si su posesión de estado fuera conforme al título que quiere combatir». pues, como lo afirma Demolombe, cuando estas condiciones existen, *la filiación legítima está probada de una manera absoluta*.

Por nuestro Código, la filiación puede ser atacada: 1º, por razón de *parto supuesto*; en esta parte se separa completamente de la doctrina francesa, que no admite la prueba. (AUBRY y RAU, § 544 *bis*, nota 20. DEMOLOMBE, V, 224.) El que ataca la filiación debe demostrar que no hubo parto verdadero, lo que será casi imposible porque es una prueba negativa; la única positiva, aunque indirecta, sería el examen de la mujer, pero nadie puede obligarla á someterse á él; 2º, por *haber habido sustitución del verdadero hijo*; la sustitución debería ser posterior á la inscripción del registro, porque si fuera anterior, la partida se habría levantado no para el niño sustituido, sino para el que se ha tenido presente en el momento del acto; así dicen AUBRY y RAU, l. c., nota 21: «la aplicación del art. 322 supone que la identidad del niño con el individuo para el que se levantó el acta de nacimiento es constante; de donde resulta, que esta identidad puede siempre ser contestada por medio de la prueba, sea de una sustitución del hijo hecha posteriormente al acta de nacimiento, sea de una alteración material cometida después, en las enunciaciones de ese acto». ¿Qué prueba podría darse, si la sustitución se hubiera hecho antes de la inscripción en el registro? Ninguna, porque el acta se habría levantado para el sustituto y estaría conforme con su estado de hijo legítimo. 3º, *que no sea la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo*; lo que puede



Cuando hay verdadero matrimonio y el hijo fuere concebido dentro de él, la acción de desconocimiento de la legitimidad debe deducirse dentro de los 60 días en que tuvo conocimiento del parto, en los casos de los arts. 246, 250, 252 y 253. Cuando no hay matrimonio ó fuera nulo ó anulado, ó el hijo no fuere concebido durante él, la acción de desconocimiento sólo se refiere á la posesión de los bienes y puede deducirse dentro de los dos meses de la entrada en posesión. Cuando ha habido parto supuesto, ó sustitución del verdadero hijo. etc. art. 261, la acción es perpétua y no se extingue por prescripción, aunque sí los derechos pecuniarios.

§ 102. ACCIÓN DE LOS HIJOS PARA RECLAMAR SU LEGITIMIDAD

Así como es imprescriptible la acción para reclamar contra la filiación de que esté en posesión el hijo legítimo, *los hijos gozan del mismo derecho, y pueden reclamar su filiación legítima cuando sean desconocidos por los padres. Esta acción es imprescriptible. Los herederos y descendientes podrán continuar la acción intentada por ellos, ó entablarla cuando el hijo desconocido por los padres hubiese muerto en la menor edad (art. 259)*, pero en es-

tener lugar cuando un matrimonio, p.e., toma un niño de la cuna ó de otra persona y lo hace inscribir en el registro como su hijo legítimo: en este caso no hay parto supuesto, ni sustitución, ni se ha querido tal vez cometer un delito; aunque en el fondo haya una usurpación del estado civil, porque es un hijo de otro el que se quiere hacer pasar por propio. En estas hipótesis se admite toda clase de pruebas, y no se deben confundir con los casos de los arts. 246, 250, 251 y 257 que se refieren al nacimiento prematuro ó tardío, al hijo adulterino, ó á la nulidad del matrimonio. — Comp. DEMOLOMBE, V, 222 y sig. BONNIER, *De pruebas*, n° 136. TOULLIER, DUVERGER, II, 881. VALETTE sobre PROUDHON, II, 85. AUBRY Y RAU, § 544 *bis*, nota 22. FREITAS, art. 1482. CÓD. DE CHILE. arts. 807 y 808.

(**Art. 259.**) La acción que tiene el hijo para reclamar por sí mismo su legitimidad es imprescriptible, y cualquier renuncia ó convenio

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 261.—La contestación sobre la filiación de una persona á quien se atribuye como madre una mujer casada, no es prohibida por la ley.—Jur. Civ., I, 559. Sér.



tos casos se exige que *la acción de filiación no pueda ser intentada*

que hiciera lleva consigo la nulidad, porque son leyes de orden público que no se pueden contrariar. Así, la acción deducida en juicio, aún después de su desistimiento, en nada impedirá que pueda volverse á entablar, y vamos hasta creer, con Demolombe, V, n° 280, que la conformidad manifestada *expresamente* con la sentencia de 1ª Instancia no tendría valor alguno, porque significaría un convenio previo, no así la que resulta de haber dejado vencer el plazo para apelar, tomando la sentencia la fuerza de la cosa juzgada. Cuando el demandante desistiera de su acción, creemos con Toullier, II, 908 y Duranton, III, 143 y sig., que el demandado puede pedir se siga el juicio y se resuelva definitivamente: porque sólo así podrá librarse de una amenaza que pesará siempre sobre él.

Hemos intervenido en un asunto en que el Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires admitió un desistimiento de la hija natural, pero no se ha decidido caso alguno, que juzgue como irrevocable el desistimiento en esas condiciones y concluya toda acción.

La imprescriptibilidad de la acción de filiación ejercida por el hijo mismo, art. 4019, n° 2, trae consigo la imprescriptibilidad de la acción contraria para contestar la legitimidad, porque el estado de las personas está fuera del comercio y no se perdería por efecto de una enajenación, y como la prescripción reposa en su mayor parte en una presunción de enajenación, de ahí es que sea imprescriptible.

¿Pueden los acreedores ejercer esta acción cuando tienen un interés directo? El art. 1196 los autoriza á ejercer los derechos de sus deudores que no sean *inherentes á su persona*, y el 964 á ejercer las facultades que hubiere renunciado el deudor y cuyo ejercicio pudo mejorar su fortuna; lo que está en armonía con los arts. 3351, 3808 y 3963. La dificultad consiste en averiguar si este derecho es inherente á la persona. La ley romana decía, *que persona sumi, ad heredem non transeunt*, l. 196, tit. 17, lib. 5 Dig., máxima que nuestro Código ha consignado en el art. 498, diciendo: son derechos inherentes á la persona, los que no son transmisibles á los herederos, como el derecho adquirido por el pacto de preferencia, p. e., que no pasa á los herederos del vendedor, art. 1396 y como según el presente art., los herederos pueden continuar la acción ó entablarla, cuando el hijo desconocido hubiere fallecido en la menor edad, resulta de ahí que este derecho no es inherente á la persona, porque no es intransmisible; pero para ejercerlo es necesario que tengan un interés pecuniario, así, no podrán intentar proceso alguno, sólo para hacerlo reconocer como hijo ó para negar la legiti-

sino contra el padre y madre conjuntamente, y por fallecimiento de éstos, contra sus herederos (art. 260).

midad, y deberán obrar bajo la forma de petición de herencia, en los casos y con las limitaciones de que se habla en seguida.—Comp. TOLLIER, VI, 372. MARCADÉ, al art. 1166. MERLIN, *Cuestiones de derecho*, 1.º *Hipoteca*, § 4, n.º 4; en contra DEMOLOMBE, V, 283.

¿Podrían los hijos, viviendo su padre, ejercer ellos mismos y por propia autoridad la acción del reconocimiento contra su abuelo? Creo decididamente que no. Esta acción es tan personal, que por una excepción se permite continuarla, si ha sido intentada ó entablada cuando hubiere muerto en la menor edad, limitación que rige para los herederos ó acreedores interesados; si el padre vivo no la ha intentado, ellos no pueden hacerlo después de su fallecimiento, y menos podrán viviendo él. Freitas, art. 1486, dice expresamente, que este derecho sólo compete al hijo durante su vida. La ley ha podido determinar un plazo en que debiera hacerse la reclamación, como lo hace el Código Francés, art. 329 y los que lo siguen, con tanta más razón cuanto que en el art. 4029 concede al hijo reconocido para oponerse al reconocimiento, el plazo de dos años después de llegado á la mayor edad. Juzgamos que hay una deficiencia que debe llenarse; mientras una disposición expresa no la contenga, debemos admitir que el derecho no se prescribe cuando es ejercido por el hijo mismo; pero para los herederos se prescribirá por 10 años como una acción personal cualquiera.—DEMOLOMBE, V, 299. AUBRY y RAU, § 544 *bis*, nota 14.

Cuando ha fallecido en la mayor edad sin hacer reclamación, todo derecho ha desaparecido.—Comp. DEMOLOMBE, V, 288. DALLOZ, *Rep.* 1.º *Filiación*, cap. 2, S. 3, n.º 4. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, I, pág. 290. FREITAS, art. 1486. GOYENA, arts. 113 á 115.

(**Art. 260.**) Se supone que ambos lo desconozcan, porque si la madre lo reconociera, como sucede en los casos de los arts. 246, 250, 251 y 253, es inútil dirigir la acción contra ella. El artículo se refiere á los casos del 261 en que estando conforme el asiento del registro con la filiación de que está en posesión, los padres negaren que es hijo. La demanda debe ser contra el padre y la madre al mismo tiempo, porque tratándose de la legitimidad, solamente contra los dos se puede obtener, no así cuando es el reconocimiento de hijo natural. Si uno de los padres hubiere fallecido, debe demandarse al vivo y á los herederos que repre-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 259.—Cód. Francés, art. 328 y sig.—Cód. de Holanda, art. 321 y 325.—Cód. Sardo, art. 169 y 170.





Se exige la acción conjunta, porque se supone que el padre y la madre los desconocen; pero si uno de ellos los reconociese se seguirá el juicio contra el otro.

La acción de reconocimiento ejercida por el hijo mismo es imprescriptible; pero los herederos no podrán deducirla, porque no pueden promover una cuestión que su causante no ha creído oportuno entablar.

Cuando el hijo hubiere entablado la demanda, el derecho de continuarla que corresponde á los herederos, está sujeto á la prescripción ordinaria, pues, no hay disposición alguna que la declare imprescriptible, y por el contrario el art. 4019, n° 2, supone que no lo es desde que limita su imprescriptibilidad á los casos en que la acción es ejercida por el hijo mismo.

Las acciones sobre filiación interesan al orden público, y por esa razón la ley ha declarado que, *el derecho de reclamar la filiación, ó de contestar la legitimidad no se extingue, ni por prescripción ni por renuncia expresa ó tácita; mas los derechos pecuniarios, ya adquiridos, están sujetos á la prescripción (art. 262).*

senten á aquél; en este caso, como en el de muerte de ambos cónyuges, en que pueden ser demandados los herederos, la ley de procedimientos debe obligarlos á una sola representación. La razón de esta demanda conjunta contra marido y mujer la expresa Demolombe, V, 261, cuando dice, que no hay necesidad de dos juicios, desde que el marido y la mujer son demandados, es seguro que se concluirá por declarar al hijo legítimo de uno ó de otro; pues desde que se pruebe la maternidad contradictoriamente con él, bastará para demostrar la paternidad del marido, probar contra él la maternidad de la madre, si es que no se encuentra en algunos de los casos de los arts. 246, 250, 252 y 253.—Comp. FREITAS, art. 1487.

(**Art. 262.**) Se dijo en el art. 259 que el derecho de reclamar la filiación legítima era insprescriptible, estableciéndose como un derecho exclusivo del hijo; pero se guardó silencio sobre el derecho de contestarla que debe ser igualmente perpetuo. La acción para contestar la legitimidad en los casos del art. 261, no se extingue por la prescripción, pues no debe estar sujeta á término la demostración de un delito; como sería el de parto supuesto, ó la de sustitución del verdadero hijo. Freitas, art. 1488, dice: «el derecho de reclamar la filia-

En las cuestiones sobre legitimidad no tiene influencia alguna la declaración favorable ó adversa de la madre que no puede

ción ó *de constatarla* ó el de contestar la legitimidad, no se extinguen por prescripción, etc.,» comprendiendo así la acción perpetua y la excepción, haciendo la diferencia que existe entre la reclamación, la negativa de la legitimidad y la acción de contestación. Téngase presente que las demás hipótesis de los arts. 246, 263, 257 y 258, en su primera parte están sujetas á plazos determinados, y la acción del padre no es perpetua; pero en los casos de los arts. 250, 251 y 261 debe serlo. por que se trata del estado de familia. La acción de filiación es imprescriptible cuando la ejerce el hijo mismo (art. 4019, n° 2), porque los herederos sólo pueden continuarla, cuando ha sido intentada por él, ó cuando el hijo ha muerto en la menor edad; en este último caso debe terminar cuando hubiere cumplido la mayor edad, art. 259. No creo que las acciones concedidas por este artículo sean prescriptibles, porque no deben serlo las que se refieren al *estado de familia*, que como hemos visto, no se puede adquirir ni perder por el tiempo, pues está fuera del comercio; pero no así la que corresponde á los herederos cuando el causante ha fallecido en la menor edad, que debe prescribirse como toda acción personal, según lo digimos en el art. 259. Si el hijo ha entablado una acción de reconocimiento y renunciado en seguida ó hecho un convenio, en nada impedirá que pueda volver á entablarla, porque el estado de familia es irrenunciable; pero los herederos no podrán hacerla revivir, desde que sólo pueden continuar la *acción deducida*, y en este caso no hay acción qué seguir. Los derechos ya adquiridos están sujetos á las prescripciones ordinarias, según la clase de bienes de que se trate, y según la ausencia ó presencia de las personas. ¿Qué sucederá cuando la acción de filiación legítima venga á demostrar que el hijo es adulterino? ¿No es una violación del art. 326 que prohíbe la indagación de la maternidad, cuando tiene por objeto atribuir el hijo á una mujer casada? Pero el que reclama su filiación legítima ejerce un derecho expresamente concedido por la ley, no intenta infamar á la que cree su madre, pues se supone concebido dentro del matrimonio; si el padre en su defensa demuestra que no es su hijo y resulta adulterino, es una consecuencia que la ley no ha podido prever, y los esposos deben sufrir las consecuencias: lo que la ley ha prohibido es que nadie se diga hijo natural de una mujer casada, con el objeto de impedir explotaciones indignas, amurrallando de esta manera el hogar doméstico. Y téngase presente esta consideración, para rechazar la hipótesis de que la mujer casada pueda reconocer hijos





perjudicar ni mejorar la condición del hijo, pues *cualquiera declaración ó confesión de ella, afirmando ó negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna (art. 255)*, porque ninguno de los cónyuges puede alterar la naturaleza de los hechos que forman la materia del proceso. Son cuestiones que sólo se deciden por la prueba.

naturales, como lo creímos en la nota 34 de la Instituta y algunos autores posteriormente siguieron esta opinión, que hoy consideramos errónea. La mujer casada no tiene derecho á traer esa gran perturbación en la familia. Pensamos que los jueces deben rechazar toda acción que tienda expresamente á probar la filiación adulterina. DEMOLOMBE, V, n° 262 y 263, donde cita varias decisiones de la Corte de Casación en este sentido.

(**Art. 255.**) El Código Chileno, art. 188, n° 3, no admite el testimonio de la madre en el juicio de legitimidad, cuando declara haber concebido al hijo en adulterio, porque no debe perjudicarlo; pero Freitas, art. 1479, lleva al extremo este procedimiento al decidir, que «la madre no será citada, ni podrá intervenir en el proceso» cuando se trata de su propia honra. En toda acción de desconocimiento de la legitimidad hay tres personas interesadas: el marido ó sus herederos por una parte, la madre y el hijo por la otra. Nuestro artículo no habla de la intervención judicial de la madre y, por consiguiente, no se le debe negar el derecho de defenderse. Se comprende que estando interesada, no se dé valor alguno á su declaración, aunque sea contraria á sí misma, porque no puede perjudicar á su hijo, reaccionando en esta parte contra la opinión de la nota 42 de la Instituta; pero tampoco su declaración debe favorecerlo. Algunos han creído, que como la declaración de la madre no tiene valor, no debe intervenir, sino para dar ciertos esclarecimientos, lo que es un error, porque en el juicio tiene un interés directo y debe ser parte.—Comp. arts. 65, 68 y 243.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 262.—Toda persona que conceptúe propios los derechos que disfrute un hijo espúreo, tiene personería para impugnar su estado civil y probar su origen, á fin de recuperar el que respectivamente le corresponde ante la ley.—Jur. Civ., X, 97, Sér. 2°.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 255.—La prescripción de la ley que niega todo valor á la declaración ó confesión de la madre, negando ó afirmando la paternidad legítima, es aplicable á los hijos naturales.—Jur. Civ., IX, 307, Sér. 2°.



§ 103. PRUEBA DE LA FILIACIÓN LEGÍTIMA

La filiación legítima es una condición de existencia de la familia, y la ley ha debido rodearla de medios seguros para demostrarla en su exterioridad, ya que es imposible llegar á una certeza absoluta en muchos casos. La prueba traduce sólo la convicción de los padres, y aunque se pueda demostrar de una manera evidente, muchas veces, que el hijo no es legítimo, debe cederse al convencimiento de los padres que lo reconocen como tal

Las diversas maneras de demostrar la filiación tienen por objeto asegurar el estado que la ley atribuye á los nacidos, y por eso se dice, que *la filiación legítima se probará: por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, donde exista y á falta de este, por la inscripción en el registro parroquial y por la inscripción del matrimonio en el Registro Civil desde la vigencia de esta ley, y en los parroquiales antes de ella. A falta de inscripción, ó cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres ó como de padres no conocidos, la filiación legítima puede probarse por todos los medios de prueba* (art. 114. ley Matr. Civ.) que reemplaza al (**art. 263**), cuyo original vá al pie en forma de nota. (1)

(**Art. 263.**) Este artículo fué modificado dos veces; en la primera se corrigió el error de la conjunción *y* que ligaba los periodos de la inscripción del nacimiento y del matrimonio, con la posesión de estado; en la segunda se ha suprimido la *posesión de estado*, desde que está comprendida en toda clase de prueba. La inscripción del nacimiento, como del matrimonio, es necesaria para dejar probada la legitimidad; jamás bastará la inscripción sola del nacimiento, aunque contenga todas las enunciaciones necesarias; ni el reconocimiento expreso de los padres para constituir al hijo un estado que el matrimonio únicamente puede darle.

(1) Art. 263. *La filiación legítima se prueba por la inscripción en los registros parroquiales, tanto del nacimiento como del matrimonio de los padres, ó por la posesión constante del estado de hijo legítimo, fundada en actos que la demuestren. A falta de inscripción en los libros parroquiales y de la posesión de estado, la filiación legítima puede probarse con testigos, cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres, ó como de padres no conocidos.*

Pero las dos condiciones son esenciales, y aunque la inscripción del matrimonio viene en segundo término, sin embargo, en el orden natural de los hechos y su importancia debe conside-

El acta de nacimiento no prueba sino la filiación; es decir, demuestra de quién es hijo; el matrimonio prueba un hecho diferente que si no está íntimamente ligado al del nacimiento, por sí solo nada significa; la legitimidad está, pues, sujeta á dos pruebas: la del matrimonio y del nacimiento.—MARCADÉ, al art. 319. TOULLIER, II, 846 y 877. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE, § 162, nota 1.

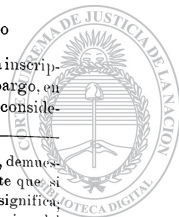
En los casos en que el acta de matrimonio hubiere sido *suprimida* en el registro, ó como equivocadamente dice el art. 98, n° 3 de la ley del matr. civ. *omitida*, será necesario restablecerla y sólo entonces podrá justificarse la legitimidad.

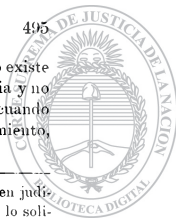
Si no hay inscripción del acta de nacimiento, ni de la partida de matrimonio, lo natural hubiera sido desechar toda clase de prueba, desde que falta la base de una demostración seria; pero nuestro Código la admite equivocadamente, á nuestro juicio, poniendo en la mano de testigos la demostración de más transcendencia, pues se trata de constituir ó rehacer la familia legítima. Un hombre que necesita demostrar su filiación legítima y no exhibe ni partida de nacimiento, ni acta de matrimonio de los que llama sus padres, no debía ser admitido á la prueba, á menos que no demostrase previamente que ambos registros se hubieran perdido ó destruido; sin esta circunstancia especial, no debiera permitirse demanda alguna.

Es muy diferente el caso en que la inscripción del nacimiento se hubiere hecho como de padres *no conocidos*; porque entonces existe una partida equivocada que es permitido corregir.

Téngase presente que la posesión de estado de hijo legítimo no sería suficiente por sí sola, si no se demostrase la existencia del matrimonio. Los jueces deben proceder con suma prudencia y no sólo buscarán su convicción personal, que puede estar muchas veces en oposición con la prueba legal, sino que deben dar preferencia á esta cuando los hechos resultaran perfectamente comprobados. Pueden renmirse tal cúmulo de circunstancias, que sin la posesión de estado, resulte que el hijo, cuya filiación se ha ocultado bajo un falso nombre, pruebe de una manera que no deje duda su verdadera filiación, y entonces no se debe trepidar en reconocerla.

¿Qué sucederá, si pasados los tres días del art. 31 del Registro Civil se presentaran los padres pidiendo una inscripción y confesando que





rarse como primera, porque si la partida de matrimonio no existe ni puede exhibirse, la de nacimiento pierde su importancia y no basta para demostrar la legitimidad. Por el contrario, cuando existe la partida de matrimonio y se ha omitido la de nacimiento, la posesión de estado le bastará.

no lo habían hecho por descuido? En ese caso, se necesita orden judicial para efectuar la inscripción (art. 34); pero bastará que así lo soliciten para realizarla? La ley nada prevée, y en este caso el *reconocimiento* podrá ser contestado por los que después tengan un interés directo.

Sucede muchas veces que por miseria ó vergüenza, se expone una criatura en la cuna con la precaución de señales determinadas, y que cuando aquellas circunstancias han desaparecido, los padres la sacan y la reconocen: en ese caso se debe rectificar la partida de expósito: pero como en muchos otros se puede encubrir el deseo de defraudar á los verdaderos herederos, es necesario concederles el derecho para atacar tales reconocimientos. Debe tenerse presente que la legitimación se prueba por el acta de nacimiento, y la de matrimonio, no por el *reconocimiento*, como sucede con los hijos naturales, que es su único título.—Cons. MERLIN, *Cuestiones de derecho*, 1.^o *Legitimidad*. DURANTON, III, 125. MARCADE, al art. 319, n.^o 1. DEMOLOMBE, V, 193. Comp. arts. 80, 85, 179, 261, 325 y 979, n.^o 10 y art. 98, n.^o 3 y 114 *Matrim. Civ.*

El art. 263 que ha reformado la ley de matrimonio civil, va al pie del testamento en forma de nota.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 263—Cód. Sardo, art. 164—Zacharié, § 163—Merlin, *Rep. Verb. Maternité*.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 263*.—El carácter de hermano legítimo resultante de la respectiva partida de bautismo y reconocido además en escritura pública, no puede ser declarado falso por meras presunciones.—Jur. Civ., VIII, 410, Sér. 1.^a

La filiación legítima puede probarse, á falta de partidas en los Registros parroquiales, por la posesión de estado.—Jur. Civ., VII, 188, Sér. 1.^a

Es bastante para justificar la paternidad, el reconocimiento de hijo legítimo hecho por el padre en un instrumento público, aun cuando sea incidentalmente.—Jur. Civ., VII, 188, Sér. 1.^a

Sólo se prueba la filiación legítima presentando la partida de matrimonio, ó justificando plenamente en juicio contencioso la fecha y lugar en que éste se verificó.—Jur. Civ., IV, 35, Sér. 2.^a

La información producida ante la autoridad eclesiástica, tendente á justificar un matrimonio, no puede en ningún caso producir efectos civiles.—Jur. Civ., IV, 35, Sér. 2.^a



La posesión de estado se funda en tres hechos que abrazan en su generalidad todo lo que puede constituir una prueba acabada, y que la jurisprudencia ha condensado en estas tres palabras: *nomen*, *tractatus*, *fama*.

Nomen: que el hijo lleve el nombre del padre con su consentimiento y aprobación.

Tractatus: que haya sido tratado siempre como hijo legítimo, presentándolo á la familia y á la sociedad como tal, por actos sucesivos y constantes; alimentándolo y educándolo.

Fama: que los hechos hayan sido tan públicos y repetidos, que se conozcan de todos aquellos que por cualquier motivo hayan tenido alguna relación con la familia; en una palabra, que sean conocidos por todos, ó sean de fama pública.

La posesión de estado es una prueba muy importante, que partiendo del matrimonio, demuestra con más evidencia la legitimidad del hijo, que la misma partida del Registro Civil, revestida de las formalidades de un instrumento público, y que, sin embargo, no alcanza por sí sola á tener la fuerza de este reconocimiento de todos los instantes y en las circunstancias más capitales de la vida. Pero la posesión de estado no constituye prueba bastante, cuando no existe partida de matrimonio. Véase la nota 325.

Cuando el registro civil hubiere desaparecido ó destruídose en parte principal, puede reconstituírse haciendo concurrir á declarar á los testigos que asistieron al acto, si es que constaren sus nombres en la partida, ó los que sin haber figurado como testigos, lo hubieren presenciado.

La falta de inscripción de la partida del nacimiento es un hecho grave, que dadas las precauciones y penas que la ley impone, no puede suplirse sino por la declaración de sus padres, presentándose ante el juez del lugar donde el nacimiento tuvo efecto, para que, previa la declaración de los testigos que presenciaron el acto, como el médico, la partera, ayudantes, miembros de la familia, etc., se reconstruya la partida.

Cuando se tratare de la reconstrucción de una partida que no se hubiera inscripto en los registros parroquiales, antes de la vigencia de la ley de Registro Civil, no se podrá intentar ante

la curia eclesiástica, que no tiene autoridad para hacerla. Lo mismo sucederá para cualquiera alteración que se hiciera en los registros de la Capital que llevaban los párrocos.

Si los padres no hicieran la reconstrucción de la partida de nacimiento, ó si se negaren á hacerlo, el hijo no podrá obtenerla, sino previo un juicio contradictorio de reconocimiento deducido contra ambos, admitiéndosele toda clase de pruebas.

§ 104.—DE LA MUJER EMBARAZADA Á LA MUERTE DEL MARIDO Ó
EN CASO DE DIVORCIO

La mujer que, muerto el marido, se creyera embarazada, debe denunciarlo á los que, no existiendo el hijo póstumo, serían llamados á suceder al difunto (art. 247, 1ª parte): sin que la omi-

(Art. 247.) Y si la mujer no hiciera la denuncia, ¿se perjudicaría al hijo? El estado del nacido no puede recibir perjuicio por la negligencia de la madre. ULPIANO respondió á esta cuestión, diciendo: *sine uxor omiserit quæ eam ex-senatus consulto observare oportuit nihil præjudicare filio*, y D'AGUESSEAU, IX, pág. 599, nº 6, dice con razón, que la omisión de la denuncia y de todas las formalidades que le siguen, no deben jamás perjudicar á la verdad, ni al estado del padre, de la madre ó del hijo. . . . «por que aun en el caso de disimulo malicioso del embarazo, no cesaría de ser madre legítima». ¿Los interesados podrán desconocerlo, alegando todo género de pruebas, cuando se les hubiera ocultado el embarazo? Aunque la ley guarda silencio, como es un caso semejante al del art. 252, creo que no debe negárseles el mismo derecho concedido al marido.

No hay tiempo determinado para la denuncia, y puede hacerla, cuando le parezca conveniente, estando dentro de los plazos en que se consideraría legítimo el hijo que naciere, de modo que los parientes puedan cerciorarse de la verdad del parto. Aunque la mujer hiciera la denuncia del embarazo, eso no impediría que los herederos del marido atacaran la legitimidad del nacido, á menos que aquel hubiere fallecido y el hijo naciere antes de los 180 días del matrimonio: por que probablemente el matrimonio ha respondido á la necesidad de cubrir la falta que revela un alumbramiento demasiado prematuro. El marido ha muerto llevándose consigo el secreto, y nadie debe venir á turbar la legitimidad del hijo.

¿A quién debe hacer la mujer la denuncia de su embarazo? La ley dice:



sión de la madre pueda perjudicar al que debe nacer, ni estableness una presunción contraria á su legitimidad.

Hecha la denuncia, *los interesados pueden pedir todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar que el parto es efectivo y ha tenido lugar en el tiempo en que el hijo debe ser tenido por legítimo (art. 247, 2ª parte)*, sin que esas medidas puedan afectar al decoro, ni al pudor de la mujer. Deberán ocurrir al juez del domicilio y pedir se tomen las precauciones indispensables, y según la importancia de los intereses comprometidos,

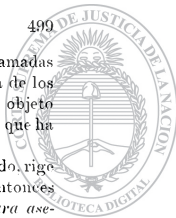
á los que no existiendo el hijo póstumo serían llamados á suceder al difunto; mientras que en el caso de la mujer divorciada, la denuncia debe hacerse al juez ó al marido; lo que da á comprender que en el caso presente, basta con que se dé cuenta á los herederos del marido, tratando de poder comprobar en cualquier tiempo la denuncia. Si la denuncia se hizo por error de derecho á los herederos más lejanos, no debe perjudicar ni á la mujer ni al hijo. Si hecha la denuncia, los herederos quisieran tomar medidas para asegurarse de la realidad del parto, ó de que no habrá sustitución, las pedirán al juez del domicilio que tenía el fallecido, si la mujer no lo cambió, ó al de esta en caso contrario.

Como se dijo en el art. 67, las medidas policiales de que habla el Código se entienden á las autorizadas por el Juez. Si los interesados no han pedido medida alguna, aunque hace presumir que reconocen la legitimidad del nacido, en nada les priva el derecho para desconocerla, accionando dentro de los plazos señalados por la ley.

Por las leyes romanas se establecía una presunción en favor de la verdad de la denuncia: *interim tenetur partum agnoscere, et nisi agnoverit contra ordinem coercetur, inó et alimenta ei prsetare*. No se pueden dictar medidas que ataquen el pudor, ni priven de la libertad que la mujer tiene derecho á gozar.

El art. 198 del Código Chileno, fija el término de 30 días para que la mujer haga la denuncia de su embarazo, como si pudiera causar perjuicio á los herederos el que la haga en cualquier tiempo, siempre que puedan asegurarse del día del nacimiento y de la realidad del parto. La denuncia en nada altera las presunciones de los arts. 240 á 243, como algunos han llegado á creerlo.—Comp. l. 1, tit. 9, lib. 37. Dig. l. 17, tit. 6. Part. 6, Cód. de Chile, y D'AGUESSEAU, l. c.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 247.—Véase L. 17, Tit. 6, Part. 6ª, y L. 1, Tit. 9, L. 37, Dig., y los artículos desde el 190 al 197, Cód. de Chile.



se puede ordenar que otras parteras ó médicos que las llamadas por la mujer, presencien el parto. Queda á la prudencia de los magistrados el acordar las medidas demandadas, con el objeto de asegurar la efectividad del parto y la fecha cierta en que ha tenido lugar.

Y lo que se establece para el caso de muerte del marido, rige igualmente para el divorcio, con la diferencia que entonces sólo el marido *podrá pedir las diligencias necesarias para asegurarse también de que el parto es efectivo, y ha tenido lugar en el tiempo necesario para que el hijo deba ser reputado legítimo (art. 249, 2ª parte)*, sin que los demás herederos puedan mezclarse en estas gestiones. Sin embargo, si algunos tuvieran derechos resolubles ó sometidos á la condición del nacimiento, podrían pedir medidas para asegurarse de la verdad.

Así es que, cuando *la mujer recién divorciada, se creyera embarazada, debe denunciarlo al juez ó al marido, en el término de treinta días desde su separación (art. 249, 1ª parte)*; pero su

(**Art. 249.**) No solamente en la hipótesis del artículo, sino cuando estuvieren separados de hecho, pendiente el juicio de divorcio, la mujer deberá hacer la misma denuncia. ¿Pero qué sucederá si de buena fe, por ignorancia ó de mala fe no hace la denuncia? Digamos, que el hijo no debe sufrir perjuicio alguno, ni que las medidas que tome el marido para asegurarse que el parto es efectivo, le impedirán negar la legitimidad del hijo, si tuviere prueba del adulterio de la mujer y se le hubiere ocultado el parto, ó cuando el hijo naciere fuera de los términos establecidos por la ley.

Si hubiere separación de hecho, el hijo que naciere, será considerado como del marido, si este no demuestra la imposibilidad del acceso con su mujer en los términos del art. 246 y su comentario.

La falta de denuncia establecerá, no una presunción en contra de la legitimidad, sino meras sospechas, que los jueces tendrán en cuenta al apreciar los hechos.

Si se ocultó al marido el embarazo, como se le priva de uno de los medios más efectivos para hacer constar la identidad del recién nacido ó la realidad del parto, creemos que por analogía con los casos del art. 252 se le debe admitir toda clase de prueba para desconocer la legitimidad del hijo.

El art. 191, Cód. de Chile, dice: *la mujer recién divorciada, ó que, pendiente el juicio de divorcio, está actualmente separada de su ma-*

omisión culpable ó inocente no puede perjudicar al que debe nacer.

La denuncia puede hacerse privadamente tratando de que se pueda probar que fué hecha, y cuando fuera judicial, debe hacerla conocer al marido para que pida las medidas que creyere necesarias.

En caso de muerte del marido, si la mujer hubiere denunciado su embarazo *tendrá derecho á que de los bienes que han de corresponder al póstumo se le asigne lo necesario para los gastos que se causaren por el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, ó resulte que la mujer no ha estado embarazada, no estará obligada á restituir lo que hubiere recibido (art. 248)*. Esta disposición

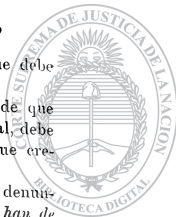
rido, y que se creyera preñada, lo denunciará al marido dentro de los 30 días de la separación (tomado del art. 313, n° 2, del francés), hipótesis que debemos aceptar con cierta prudencia, sólo cuando se demuestre de una manera evidente la separación de hecho.

La sentencia de separación establece una presunción de que el hijo que nace después de los 300 días no es del marido; presunción que puede ser desvanecida por la prueba contraria: pero durante el juicio de divorcio no hay presunción alguna, y la separación de hecho debe probarse de modo que no deje duda.—Véase lo dicho en los arts. 67 y 247.—Cons. Cód. DE CHILE, arts. 191, 196 y 197.

La denuncia puede hacerse á voluntad, ó ante el juez que conozca del divorcio ó al marido, á diferencia del Cód. Chileno que autoriza á hacerla á los parientes del marido, cuando no pudiera hacerlo á este. En cuanto á las medidas que puede dictar el juez á solicitud del marido, quedan librados al prudente arbitrio de aquel.

(**Art. 248.**) Opinamos en la nota 47 de la Instituta, siguiendo al Código de Chile, que los bienes asignados para gastos del parto debían devolverse en caso de mala fe de la mujer, ó cuando el hijo resultare ilegítimo. Creíamos entonces que no se debía fomentar la mala fe, y un principio de justicia nos inclinaba á sostener esta opinión; pero habiéndose tomado el artículo casi al pie de la letra de 199 del Cód. Chileno, suprimiendo *expresamente* la cláusula que trae dicho Código, de que no será restituido lo recibido por la mujer.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 249.—Véase L. 17, Tit. 6, Part. 6° y L. 1, Tit. 9, Lib. 7, Díg. y los artículos desde el 190 al 197, Cód. de Chile.



se explicaba en aquellos tiempos en que la mujer no era heredera forzosa de su marido, y en que se le acordaban como un favor todos estos gastos que quedaban á cargo de la sucesión. Ahora puede considerarse como un vestigio de las antiguas leyes, y aunque no tiene razón de existir, debe ser aplicada.

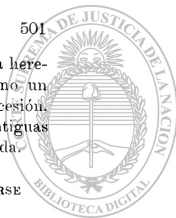
§ 105. CASO EN QUE LA LEGITIMIDAD PUEDE CONTESTARSE

Se dijo que el padre era el único que tenía derecho para contestar la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio; que durante su vida sólo él podía intentar la acción de desconocimiento, dentro de los sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto; que los herederos podían reclamarla, cuando él hubiera entablado la demanda en el caso del art. 258; ahora debemos decir, que *la legitimidad del hijo puede ser con-*

á menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada ó que el hijo es legítimo, no nos creemos autorizados á insistir en aquella opinión. Cuando el legislador, al tomar la disposición de un Código, suprime una parte de ella, pueden ocurrir dos hipótesis: 1º, que la supresión se haga impensadamente ó por error, lo que resultará de lo incompleto del sentido, ó de las consecuencias contrarias que se saquen; 2º, que la supresión se haga deliberadamente, lo que se supondrá cuando la disposición no necesita ser completada. Así, cuando la ley dice, que la mujer no devolverá lo que se le hubiere asignado para gastos, aunque el hijo *no nazca vivo* ó resulte que la mujer no estuvo embarazada, debemos aplicar sus palabras, sin hacer distinción. Cuando el hijo naciere vivo y resultare que no es legítimo, por que ha venido fuera de los plazos determinados, deberá devolver lo recibido, si de mala fe alegó el embarazo; pero no existiendo este no deberá devolver, porque se encuentra dentro de la excepción. Sobre todo, son cuestiones de poca importancia.

No creemos como algunos, que el hijo nacido después de la muerte del marido y en las condiciones del art. 247 pueda resultar adulterino, pues, es legítimo si nace dentro de los plazos, é ilegítimo si fuera de ellos, ó el matrimonio se anulare (art. 257 del Cód. y 86 ley de Matr. Civ.).

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 248.—L. 1, Tít. 9, Lib. 37, Dig.—Cód. de Chile, art. 190.



testada por no haber habido matrimonio entre su padre y madre, ó por ser nulo, ó haberse anulado el matrimonio, ó por no ser concebido el hijo durante el matrimonio (art. 257).

(Art. 257.) No se debe confundir la acción que nace de este artículo con la concedida por el art. 261, que se refiere á la reclamación de estado fundada en un delito, que es perpétua y no está sujeta á término alguno; ni con la del art. 258, que es personal al marido y que nadie puede intentarla y debe deducirse dentro de los 60 días en que tuvo conocimiento del parto, mientras que la concedida por el presente se puede entablar á los dos meses desde que el hijo haya entrado en posesión de los bienes dejados por el que se cree su padre. Cuando no ha existido matrimonio entre el padre y la madre, la reclamación puede hacerse aun durante la vida del marido por los que tengan un interés actual á los bienes, si la mujer ó el hijo pretendiesen ejercer derechos inherentes á ese estado: lo que sucedería si un hombre y una mujer se presentasen en la sociedad como casados, inscribiendo sus hijos como legítimos, y estos pretendiesen ejercer los derechos inherentes á ese estado, ó los padres quisieran tomar los bienes dejados para el caso en que alguno de ellos se casare.

La acción en este caso se refiere á la posesión de los bienes y está sujeta á la entrada en posesión de ellos; mientras no los pretendan, los herederos del marido no pueden intentar desconocimiento de la legítimidad.

Cuando el matrimonio fuese nulo, téngase presente que la acción de nulidad no puede deducirse sino durante la vida de los esposos (art. 86, matr. civ.), lo que no implica la prohibición de deducirla contra los hijos, que se atribuyeren derechos pecuniarios relativos á ese estado, podrían deducirla los herederos; p. e.: los hijos de un matrimonio entre hermanos, cuando hubo mala fe por ambos y quisieran tomar parte en la sucesión de sus abuelos, pueden ser rechazados, alegando la nulidad del matrimonio y demostrando la verdad de los hechos.

Cuando el matrimonio se anulare y ambos cónyuges hubieran estado de mala fe, es decir, que el matrimonio no fuera putativo, podrá alegarse la nulidad, y bastará entonces exhibir la sentencia que así lo declare, quedando colocados los hijos en la clase en que deben figurar.

Podrán igualmente los herederos alegar la nulidad por no ser concebido el hijo durante el matrimonio. Se ha tomado este artículo de Freitas 1480, n° 4, cuando nuestro 253, comprende y legisla de una manera





Cuando no hubiere matrimonio y el hijo usurpare el título de legítimo, cualquiera de los parientes del marido en grado sucesible, podrá reclamar los bienes que á título de heredero de su padre poseyere, y para esto no necesitará entablar la acción dentro de los dos meses del art. 258, porque los bienes sólo podrán ser adquiridos por prescripción, desde que es un extraño.

El hijo puede no ser concebido durante el matrimonio, como en el caso de la 1ª parte del art. 258; pero como nace dentro del matrimonio, sólo el marido podrá desconocerlo, á menos de encontrarse en la hipótesis del art. 253.

Cuando el matrimonio fuere nulo ó se hubiere anulado, los herederos tendrán derecho para desconocer al hijo en caso de mala fe de ambos cónyuges, y entonces deberán deducir la acción dentro de los dos meses de la entrada en posesión de los bienes con arreglo al art. 258.

diferente, parte de la misma hipótesis, que se tomó de Aubry y Rau, § 545, letras *a*, *b* y *c*; allí es un derecho exclusivo del marido, mientras que en este puede ser ejercido por los herederos; para conciliar ambas disposiciones debemos considerar la del art. 253, como una excepción del principio consignado en el presente artículo. Estando legislado el caso del hijo *concebido fuera* de matrimonio y nacido *dentro de él*, art. 253, tenemos que referir el presente artículo al hijo concebido después de disuelto el matrimonio, arts. 250 y 251.—AUBRY Y RAU, § 545, letras *a*, *b*, *c*, y FREITAS, art. 1480.—Comp. arts. 67, 262, 263 y 4019, n° 2.

TÍTULO III

DE LA PATRIA POTESTAD

§ 106.—DE LO QUE SE ENTIENDE POR PATRIA POTESTAD

La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden á los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados (art. 264). Y aunque parezcan con-

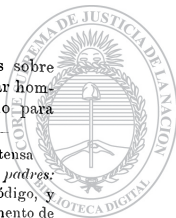
(Art. 264.) Se ha discutido extensamente entre algunos profesores argentinos, sobre si la definición contenida en este artículo, comprende igualmente á los hijos naturales: creo de poca importancia semejante discusión en presencia del art. 328, que expresamente concede al padre y á la madre los mismos derechos y autoridad sobre sus hijos naturales, que sobre los legítimos. Se dice, para sostener la teoría contraria, que la ley habla de los hijos legítimos: que la patria potestad comienza desde la concepción; que la facultad concedida es la de gobernar la persona y bienes, y como consecuencia, que un hijo natural sometido á la patria potestad de sus padres, tendría patria potestad sobre el hijo natural reconocido; que la madre natural, aun después de casada, conservaría patria potestad sobre los hijos naturales tenidos antes del matrimonio. Creo que tanto estos principios, como las consecuencias, son erróneas. Es cierto que la ley habla de los hijos legítimos al definir la patria potestad, sin perjuicio de decir más adelante, que los padres tienen la misma autoridad sobre los hijos naturales, lo que da á entender de una manera que no deja duda, que vienen á estar comprendidos en la definición, desde que los equipara y los pone en la misma categoría: no es de buena lógica apoyarse en una palabra para rechazar una disposición expresa como la del art. 328, que quedaría sin sentido. Si la patria potestad comienza desde la *concepción* para los hijos legítimos y en general no principia para los naturales, sino desde el nacimiento y reconocimiento, esto nada induce para negarla, porque en la misma condición se encuentran los legitimados, sobre los cuales nadie puede atreverse á negarles patria potestad. Sobre todo, hay hijos naturales que se pueden reconocer antes del nacimiento, en cuyo caso vendrían á encontrarse en las mismas condiciones que aquellos. Si



diciones esenciales, la legitimidad y la administración de los bienes, no lo son en realidad, porque la patria potestad existe aun sin ninguna de ellas.

la patria potestad comprende el gobierno de la persona y bienes, y sólo se concede autoridad sobre la persona de los hijos naturales, sin que tengan la administración de aquellos, no quiere decir que no haya verdadera patria potestad, porque nadie la negará á los padres insólventes (art. 303) cuando son privados de la administración, ni menos se sostendrá que esa potestad se disminuye por el hecho de no tener bienes los hijos, como generalmente sucede. Son raros los casos en que un menor de edad haya adquirido bienes por donación ó herencia, y en la generalidad los padres no ejercen más autoridad que sobre la persona. No se puede atacar una disposición expresa con la falta de detalles sin importancia alguna, como sería la administración de los bienes, y tan cierto es que los bienes no son sino un detalle, que la definición misma atribuye patria potestad desde la *concepción*, sin esperar el nacimiento. En cuanto á las consecuencias, son tan forzadas que casi no deberían tomarse en consideración. En efecto, de que el padre tenga potestad sobre su hijo natural menor, no se deduce que cuando este usa de un derecho personal al reconocer un hijo natural, haya de tener al nieto bajo su potestad; porque el mero reconocimiento no lo emancipa, y sólo el menor emancipado puede tener patria potestad sobre sus hijos; lo mismo sucede respecto de la madre, una vez casada pierde la patria potestad, no sólo sobre los hijos naturales, sino sobre los legítimos, porque no se concibe potestad bajo potestad. Si la ley sólo habla de un segundo matrimonio, es porque ha debido suponer el hecho normal de la mujer con hijos de un primer matrimonio; pero sin querer excluir por esto á la que los hubiera tenido sin casarse. Que los padres no tienen el deber de alimentar á sus hijos naturales sino hasta los 18 años, y fuera de esta edad, sólo cuando estuvieran imposibilitados, cuando la patria potestad impone otros deberes; de donde se podría sacar la consecuencia que esta concluye á los 18 años. La consecuencia no sería esa, sino que la patria potestad sobre los hijos naturales es más restringida y, por consiguiente, deben ser menos las obligaciones de los padres; pero no es el mayor ó menor poder que tengan sobre sus hijos lo que la constituye, sino la facultad de dirigir la persona. Pero, volvemos á repetir, la cuestión no tiene interés. El hecho es que los padres naturales, tienen la misma autoridad sobre los hijos naturales, que sobre los legítimos, con las restricciones que son consiguientes á la diferencia de estado.





En efecto; el poder que la ley concede á los padres sobre sus hijos es con el objeto de criarlos, educarlos y formar hombres útiles á la sociedad, y esta necesidad existe no sólo para

La definición es tomada de Goyena, que trae una más extensa

El conjunto de los derechos que las leyes conceden á los padres; ese conjunto lo forman las diversas disposiciones del mismo código, y se podría criticar la falta de la palabras *deberes* como complemento de *derechos*; pero queda sobre entendida y así debemos aceptarlo: esos derechos pueden ser más ó menos extensos, sin que por esto se cambie la patria potestad, que es la expresión que los condensa y comprende.

Desde la concepción de los hijos legítimos, lo que no excluye á los que fueron concebidos antes del matrimonio y nacieron dentro de él, ni á los naturales; FREITAS, art. 1509, dice: «desde la concepción de los hijos legítimos comienzan los *derechos y obligaciones* entre ellos y sus padres en cuanto á sus personas y á sus bienes;» la expresión de hijos legítimos se ha tomado como el tipo de un estado de familia que se regla expresamente en este título, sin perjuicio de comprenderlo en el título de los hijos naturales, como lo hace en el art. 328.

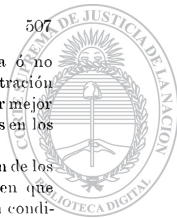
En las personas y bienes de sus hijos, expresión que comprende los casos excepcionales en que éstos tengan bienes, sin que se considere disminuida la autoridad porque no los tuvieren.—Comp. 131, 177, 327 y 328.

No emancipados; porque el matrimonio concede sobre la mujer una potestad que es excluyente de cualquier otra; lo que viene á confirmar la opinión manifestada en el art. 131; jamás el marido puede estar bajo una potestad extraña, á menos de incapacidad mental, en cuyo caso sería la mujer la curadora, y por una excepción podría serlo un extraño. La patria potestad se toma en una acepción extensa y abraza todos los derechos que corresponden al padre ó madre sobre la persona de sus hijos (art. 266) y en un sentido menos extenso comprende los derechos que se extinguen con la mayor edad ó la emancipación, art. 264.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 264. — Proyecto de Goyena, Tít. 7 — LL. 1 y 3, Tít. 17, Part. 4ª, L. 3, Tít. 20. Part. 2 y 18, Tít. 8, Part. 4ª.

Faltos de la Crim. de Apel. de la Crim.—Aplicación del art. 264. — El usufructo que la ley concede al padre sobre los bienes de los hijos se rige por las reglas de la patria potestad, y no por las del usufructo común.—Jur. Civ. I, 406. Sér. 1ª.

La madre reconocida como tal, sólo pierde la patria potestad sobre sus hijos, previa demanda en forma y sentencia judicial.—Jur. Civ., IV, 510, Sér. 2ª.



el hijo legítimo, sino para el natural reconocido, tenga ó no bienes. Es una consecuencia de este poder, la administración de los bienes, y una compensación ó un medio de cumplir mejor esos fines, el usufructo que concede á los padres legítimos en los bienes de los hijos menores que están bajo su poder.

La patria potestad puede existir sin la administración de los bienes y aun sin el usufructo, como sucede en los casos en que les hubieren dejado bienes á los hijos con esa expresa condición.

Si bien es cierto que una definición para ser buena, debe tener en sí todos los elementos de la cosa definitiva, también lo es, que no se puede circunscribir una institución jurídica á los estrechos límites de una definición. Así, aunque la patria potestad abraza la persona y bienes de los hijos, esta no se altera por que no existan bienes, como sucede generalmente, ó porque los padres no tengan la administración, que más bien es una carga, que tiene su compensación en el usufructo.

Podemos, pues, enseñar, que los derechos esenciales conferidos por la patria potestad, son los que corresponden sobre la persona de los hijos, y que los otros, como la administración ó el usufructo son accidentales, que pueden ó no existir, sin perjudicarlos.

§ 107.—OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS PADRES RESPECTO DE LA PERSONA DE SUS HIJOS

Los padres ejercen la patria potestad sobre sus hijos desde la concepción, lo que prueba que no es una condición esencial el nacimiento; que basta la existencia del hijo para que la protección pueda ejercerse, no sólo en los casos en que hubieren de recibir bienes por donación ó herencia, sino con relación á la existencia misma del no nacido, cuando fuere objeto de un delito.

La patria potestad comienza en su plenitud por el nacimiento; así, *los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres. Tienen estos obligación y derecho de criar á sus hijos, elegir la profesión que han de tener, alimentarlos y educar-*



los conforme á su condición y fortuna, no sólo con los bienes de ellos ó de la madre, sino con los suyos propios (art. 265).

(Art. 265.) La autoridad paterna es ejercida por el padre y la madre; por eso dice la ley, que los hijos menores están bajo el poder de sus padres, y por esa razón, muerto el padre, esa autoridad es ejercida por la madre; pero como el padre es el jefe de la familia y la única autoridad, su poder marital abraza cualquier otro poder, y durante el matrimonio él ejerce exclusivamente esta autoridad, que solamente puede ser aminorada por los consejos, ruegos y observaciones de la mujer, que llega á hacer prevalecer muchas veces sus designios, merced al ascendiente natural que su carácter suave y el cariño por su marido y sus hijos le dan en la familia: ella modifica, suaviza y modela el sentimiento de sus hijos, y tan grande es la influencia que ejerce en la familia, que son muy pocos los que en la vida común é íntima pueden resistirla. Así, la autoridad que lleva consigo la patria potestad no se puede transmitir, es personalísima, ni puede ser objeto de contrato: pero como viene de la ley que la confiere, está en su mano el extenderla ó retringirla, sin que nadie pueda adquirir un derecho determinado, para detenerla dentro de ciertos límites: por eso las leyes nuevas tienen inmediata aplicación á su respecto.

La patria potestad es de orden público, y cualquier cláusula puesta en las convenciones matrimoniales para restringirla ó extenderla sería de ningún valor; así, los arreglos que se hacen entre los esposos de diversa religión, para que los hijos sean criados en la de uno de los cónyuges, no tendrán más valor que la que el padre quiera darle.—DEMOLOMBE, V, 295.

Cuando el padre se encontrara imposibilitado de ejercer la patria potestad, como en los casos de demencia, ausencia, etc., entonces la madre debe ejercerla; pero como sucede muchas veces que el marido, sin declaración judicial, es llevado á una casa de dementes, ¿quién ejerce la patria potestad entonces? ¿Puede la mujer contratar y obligar los bienes del matrimonio, sin que haya sido nombrada curadora? No me atrevería á sostener semejante proposición; creó sí, que provisoriamente puede ejercer esas facultades, y aun ejecutar válidamente los contratos hechos por el marido; pero no realizarlos por propia autoridad.

La obligación de criar y educar á los hijos, implica el derecho de tenerlos en su poder y colocarlos donde lo crea conveniente, de elegir la religión y profesión que deben tener ¿esta autoridad admite control? Pensamos que los jueces, á reclamación de los mismos menores



En los casos de resistencia de los hijos adultos á seguir el oficio ó la profesión que los padres quisieran darles, contra su inclinación que los llevara á elegir otra, los jueces no pueden intervenir á solicitud de los menores, ni limitar esa facultad; porque el objeto de la ley al conferirles la patria potestad es buscar el desarrollo físico é intelectual del menor, haciéndolo útil para la sociedad en que vive al presente, ó de aquella de que debe formar parte en el porvenir, y de esa misión está encargado el padre.

asistidos del Ministerio Pupilar, pueden limitar esa facultad con arreglo al texto de la ley, que manda se dé *educación* á los hijos conforme á la *condición y fortuna de los padres*. Un padre con fortuna y con una posición social distinguida, no puede condenar á sus hijos á desempeñar oficios, que no estén en relación con su clase.

Cuando el padre por cualquier circunstancia no tuviera los medios para alimentar y educar á sus hijos, y la madre tuviera bienes propios cuya renta no alcanzara para estas necesidades, si fuera menor de edad, puede ser autorizado por el juez para vender los bienes necesarios.—Comp. Cód. Francés, arts. 203 y 372. GÖVEXA, arts. 144 y 146. FREITAS, arts. 1529 y 1550. AUBRY Y RAU, § 549 y 550.—Comp. arts. 266, 330, 367, 423, 1275, n° 1, 1300 y 1480.

El padre, y en su defecto la madre, tienen el derecho y el deber de enseñar á sus hijos los principios de una religión ó de la moral; de tomar conocimiento de su correspondencia, y aun de prohibirla en los casos que juzguen conveniente.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 265.—L. 1. Tit. 19, Part. 4°—L. 9, Tit. 2, Lib. 10, Nov. Rec.—La ley Romana decía: «*Tuteli erga Deum religio ut parentibus et patrie pareamus.*» LL. 4 y 5, Tit. 3, Lib. 25, Dig. y 4, Tit. 2, Lib. 27, idem, y 16, Tit. 10, Lib. 37, idem—Código Francés, art. 203, y los demás Códigos modernos—Zachariae, § 131, y véase L. 7, Tit. 2, Part. 3° y 13 y Tit. 7, Part. 6°.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 265.—La patria potestad que corresponde al padre comprende la obligación y el derecho de criar y dirigir la educación de sus hijos, y no puede suspenderse este derecho sin motivos legales y evidentes, XIV, 212.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 265.—Las cuestiones sobre pérdida ó restricción de la patria potestad, no pueden ser deducidas por extraños que reclamen la tutela.—Jur. Civ., X, 70, Sér. 4°.

Los padres para estar en juicio por sus hijos menores, no necesitan acompañar los documentos en que conste su carácter.—Jur. Civ., I, 378, Sér. 2°.



En algunos casos la patria potestad se encuentra limitada: así, *los padres no pueden hacer contratos de locación de los servicios de sus hijos adultos, ó para que aprendan algún oficio sin asentimiento de ellos (art. 280)*, porque se encuentran en una edad en que tienen discernimiento, y es necesario consultarlos, para no hacer inútil el esfuerzo que debe conducirlos al fin deseado.

(**Art. 280.**) La ley ha tratado de favorecer al menor adulto, defendiéndolo contra el deseo de lucro de sus padres, que después de hacerle aprender una profesión ú oficio, quisieran impedirle su ejercicio libre, locando sus servicios. La locación de servicio de los menores adultos, como lleva consigo el servicio personal del menor, debe consultarse su voluntad, á diferencia de la representación en los demás contratos, en que para nada interviene. ¿Cómo podría forzársele á prestar un servicio, que el menor se niega á ejecutar? Sería necesario llegar á la violencia personal, y aunque los niños deban ser obligados, por medio de correcciones moderadas á ejecutar lo que sus padres les ordenan, no siendo posible el ejercicio de la patria potestad de otra manera, cuando se trata de hacerles prestar servicios fuera de la casa paterna, es necesario consultar su voluntad, sobre todo, cuando el padre obtiene un lucro cualquiera con esos servicios.

No se debe confundir, como lo hacen algunos, la locación de servicios del hijo, con cualquier otro contrato que los padres pueden hacer para que aprendan una profesión ú oficio, porque entonces pueden ser obligados á ejecutarlos, pues no hay más interés que el de los hijos, y se considera como una proyección de la educación que los padres están obligados á darles, y en que no pudiendo hacerlo personalmente, la confían á otro. —Comp. FREITAS, art. 1520, n° 2, y nuestros arts. 330, 412 y 1043.

Cuando los padres, contra la prohibición de la ley, hicieran contratos de locación de los servicios de sus hijos sin consultarlos, estos pueden negarse á cumplirlos resistiéndose á la ejecución, y en caso de ser compelidos por la fuerza, pueden ocurrir á la justicia en demanda de protección.

Si los padres han ofrecido que los hijos aceptarían el servicio, deben los daños y perjuicios como en el caso del que ofrece el hecho de un tercero garantiendo su ejecución; si por el contrario, se han limitado á hacer el contrato, no tienen responsabilidad, porque ambos contratantes saben, que los hijos deben ser consultados.



Al lado de estas limitaciones necesarias al poder paterno; se encuentran las que la ley ha conferido á los padres; así, *los hijos no pueden dejar la casa paterna, ó aquella en que sus padres los han colocado, ni enrolarse en el servicio militar* (en los cuerpos de línea, se entiende), *ni entrar en comunidades religiosas, ni obligar sus personas de otra manera, ni ejercer oficio, profesión ó industria separada, sin licencia ó autorización de sus padres* (art. 275), y en que estos pueden ocurrir á la autoridad para

(Art. 275.) Pueden dejar la casa paterna por razones especiales, cuando no fuere posible esperar la autorización, sin peligro para la salud, y se reputan autorizados para tomar prestado lo absolutamente necesario, á fin de salvar del peligro: como si la casa donde estuvieron colocados fuese invadida por una enfermedad contagiosa ó cosa semejante.

La ley de enrolamiento obliga á los que tienen 18 años á enrolarse en la guardia nacional.

Necesitan el consentimiento de sus padres para ejercer una profesión ó industria separada, y si creemos que en algunos casos, muy raros, pueden los jueces intervenir para hacer cesar la excesiva autoridad de los padres respecto á la profesión que deban seguir los hijos (art. 265 y su com.) sólo será con el objeto de que ella sea limitada á la cláusula de que debe ser conforme á su condición y fortuna; jamás para que puedan contrariar la voluntad de los padres en la elección de la profesión, como algunos han pensado.

Se ha creído que esta autoridad extraña podría ser ejercida por los jueces, contrariando la voluntad paterna, porque en ciertos y determinados casos estos pueden privarles de la patria potestad, sin comprender que una cosa es el castigo por la falta de cumplimiento de deberes y otra intervenir en el interior de la familia. No creo que se pueda sostener con una disposición del Código, ni con razonamientos de peso, la intromisión del juez en el gobierno de la familia: porque no es argumento aquel, de que quien puede lo más, puede con más razón lo menos, pues es sabido que el autorizado para vender, que es lo más, no puede hipotecar, que es lo menos.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 374. GOYENA, art. 145. FREITAS, art. 1518, n° 1. Cód. FRIBURGO, art. 192.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 275.—Cód. de Friburgo, art. 192—En cuanto al enrolamiento militar, en contra; el Cód. Francés, art. 274—Cód. Sardo, art. 212—y L. 4, § 11, Dig. *De re militare*. La razón especial de esta ley puede verse en Leclerc, *Droit Romain*, I, 441.



hacerse respetar en sus derechos, ó para anular las obligaciones que hubieren contraído.

Si los hijos dejasen la casa paterna, ó aquella en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hayan sustraído á su obediencia, ó que otros los detengan, los padres pueden exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad (art. 276, 1ª parte). Cualquiera que sea la autoridad á la que ocurrieren debe prestarles asistencia, siempre que esté justificado sumariamente el hecho.

Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores ó demandados, y á nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su admi-

(**Art. 276.**) Como una facultad necesaria para llenar los objetos de la educación que la ley confía á los padres, los hijos no deben dejar la casa paterna, ni aquella en que fueran colocados, á menos de causas graves, como se dijo en el art. 275. Cuando la abandonasen y hubiere urgencia en hacerlos volver, pueden ocurrir á la autoridad policial para restituirlos al hogar; pero si alguien reclamare derechos sobre ellos, debe excusarse la policía dejando á la acción de los tribunales la decisión de la controversia: porque la acción de aquella sólo debe ejercerse, mientras no hubiere derechos encontrados haciendo respetar á los padres. Freitas, 1518, n° 1, inc. 2, indica este deber á la policía, porque no sería posible ocurrir á cada momento á los tribunales, para hacer volver á la casa paterna á un niño que la ha abandonado ó ha huído de un colegio donde su familia lo colocó. Así es que la expresión de: *pueden exigir que las autoridades públicas les presten toda asistencia*, está perfectamente elegida, porque comprende según los casos, á la policía y á los tribunales.

Cuando los hijos fueren detenidos indebidamente en cualquier lugar, seducidos ó el objeto de cualquier acto ilícito ó criminal, los padres pueden intentar las acciones que les competa, independiente de la voluntad de aquellos, acusando á los que los retuvieron.

La legislación francesa exige una orden del Presidente del Tribunal, para que los agentes de la fuerza pública presten su auxilio á los padres, y creo que nuestra disposición consulta mejor la celeridad y respeto que se debe guardar en estos casos.—Comp. FREITAS, l. c. y nuestros arts. 275, 278 y 373.

nistración (**art. 274**), así como pueden acusar criminalmente á los seductores ó corruptores de sus hijos, y á las personas que los retuvieren (**art. 276**, 2ª parte) en caso de abandono de la casa paterna ó de aquella en que los colocaron; pero al lado de estas facultades, se debe colocar la responsabilidad en que incurren, y los padres responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habiten con ellos (**art. 273**), por que no tienen discernimiento ni libertad.

(**Art. 274.**) Este artículo fué reformado en el sentido de la observación que hacíamos en la nota 50 de la Instituta, viniendo á desaparecer la inconsecuencia que notamos, de la mayor autoridad que se daba al tutor respecto del padre mismo. Cambiando la palabra *impúberes* por la de *menores*, los padres vienen á quedar como los tutores.

Los hijos no deben tener intervención alguna en los asuntos judiciales, á menos que fueran de aquellos en que, á pesar de su menor edad, la ley los autoriza á obrar con entera libertad. como cuando reconocen hijos naturales, p. e., en que siendo adultos, pueden hacerlo sin intervención alguna, art. 286; pero cuando fueran demandados criminalmente, aunque los hijos puedan defenderse con un tutor especial, no pueden privar á los padres que ejerzan este derecho, en cuyo caso el menor no debe intervenir.

Los padres podrán deducir como actores, demanda criminal á nombre de sus hijos sin darles intervención. Pero ¿qué sucederá cuando el menor adulto quisiera interponer una demanda criminal y el padre se negara? La ley no autoriza al menor para estar en juicio sin la autorización paterna, sino cuando fuera demandado criminalmente; á eso se reduce su derecho, dejando al cuidado de los padres las ofensas que se hicieron á sus hijos: pero debemos hacer una distinción; cuando se trate de hechos criminosos que interesen al orden social, entonces el Ministerio Público puede intervenir, aun á pesar del silencio de los padres, á menos que fueran delitos contra la honestidad en que, por temor al escándalo, la vergüenza ó la deshonra pueden oponerse. Los padres, en los límites de su administración, pueden hacer cualquier contrato á nombre de sus hijos menores: pero cuando se refiere á servicios personales, si fueren adultos, necesitan del consentimiento de los hijos, art. 280, quienes podrán oponerse si tuvieran razones para ello.—Comp. arts. 411, 845, 1807, nº 7. Comp. GOYENA, art. 146. FREITAS, art. 1519.

(**Art. 273.**) Nuestro Código se ha separado del Cód. DE CHILE,





La patria potestad no se comprendería sin la facultad de corregir á los hijos, porque al lado del poder protector, debe estar la pena como una sanción necesaria, y por consiguiente, *los padres tienen la facultad de corregir ó hacer corregir moderadamente á sus hijos; y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes (art. 278, 1ª parte);* pero como las correcciones pueden pasar

art. 2319, y de FREITAS, art. 1529, n° 3, que señalan la edad de siete años, así como del Cód. FRANCÉS, art. 1384, que comprende bajo la palabra de *menor* á todos los que no sean mayores de edad, y creemos que el término adoptado de diez años, consulta mejor el desarrollo del niño.

No debe confundirse, como lo hacen algunos, el daño causado por hechos involuntarios de que habla el art. 907, en que sólo se responde cuando el que lo ejecutó se enriqueció con él; con los ejecutados por los menores de 10 años, que habitasen con sus padres, en caso de negligencia; en esta hipótesis los padres deben abonar el perjuicio que causaren sus hijos, aunque no se hubieren enriquecido. Si bien es cierto que se reputan hechos sin discernimiento, los actos lícitos ejecutados por menores impúberes, eso nada tiene que ver con los padres ó tutores que responden por los perjuicios, cuando les fué posible evitarlos, art. 908. Véase, Com. al art. 907. Y se comprenden en la expresión de hijos, no sólo á los legítimos, sino á los naturales, incestuosos ó adulterinos, siempre que habitasen con los padres y los reconocieran como tales. Los padres que viven en perpetua falta, insultando á la sociedad, no pueden ser de mejor condición que los que la honran y respetan. Desde que los menores vivan con ellos y no tengan otro guardador, deben responder del daño causado.—Comp. Cód. FRANCÉS, l. c. Cód. DE CHILE, l. c. y FREITAS, l. c. y nuestros arts. 433, 907, 908, 921, 1114 á 1116.

(**Art. 278.**) Las correcciones moderadas tienen por límite extremo, la excesiva dureza del art. 309, en que los jueces pueden privar de la patria potestad á los padres. Son cuestiones de hecho, que se apreciarán según los casos y circunstancias.

Nuestro Código, siguiendo á Goyena, art. 147, se ha separado del Francés, art. 376, que señala hasta la edad de 16 años para que los hijos puedan ser detenidos en un establecimiento correccional por un mes, con sólo solicitarlo de la autoridad; y ha dejado en la incerti-

de ciertos límites, *la autoridad local debe reprimir las que fueren excesivas* (art. 278, 2ª parte) llegando hasta privarles de

dumbre la autoridad que puede ordenar la detención y la manera como debe hacerse. Goyena, dice: «con intervención del juez del domicilio,» y el Cód. Francés, con una orden del Presidente del Tribunal del Departamento: creo que entre nosotros se debe ocurrir al juez de lo civil del domicilio para hacerlo detener.

¿El juez debe conocer de las causas de detención ó está obligado á librar la orden á la simple requisición del padre? Creo que el juez presta su autoridad en todos los casos, dejando á la voluntad de los padres el manifestar la causa, cuando no encuentren inconveniente: pues habrá casos en que puede negarse á darla, por motivos especiales, y debe respetarse su silencio. El Cód. Francés, art. cit., se decide por esta teoría, que creo consulta mejor la autoridad y respeto de los padres. Naturalmente que esto tendrá un límite: como si se tratase de un niño demasiado pequeño, en que habría verdadera crueldad el ponerlo en un establecimiento de corrección.

Hay un vacío en esta disposición: porque las faltas que puede cometer un niño menor de 16 años, no pueden equipararse á la de otro mayor de esa edad.

Los jueces debían estar autorizados para detenerlos por 6 meses, como lo hace el Código Francés, y el vacío es mayor si uno supone que se trata de un joven que ejerce una profesión ú oficio con consentimiento de su padre. La ley francesa lo exceptúa en ese caso: porque es necesario dar esa garantía á la posición que desempeña y que exige necesariamente ciertas libertades.

La detención de un mes que el padre puede pedir se aplique á alguno de sus hijos, se repetirá cuantas veces lo exija, según las circunstancias, y el padre á su voluntad puede abreviar esa prisión.

La ley de procedimientos nada determina: pero se debe tener en cuenta que casi todos los Códigos, que tratan sobre esta materia tan delicada, no exigen petición escrita, ni actuaciones judiciales, para salvar el decoro del hijo y aun el de la familia, como dice Goyena, no dejando rastros de una corrección ó castigo que debe considerarse como doméstico. En mi opinión, los jueces deben dictar la orden de detención exigida por los padres, sin necesidad de juicio ni controversia, sin prueba alguna, dejando á los padres toda la responsabilidad de la medida.

Cuando la mujer ejerce la patria potestad, ya por viudez ó por otra causa cualquiera, tiene toda la autoridad del marido. El Código Fran-





la patria potestad. Se entiende que la autoridad que debe intervenir es la del juez de 1.^a instancia del domicilio de los padres.

Al lado de la facultad de corregir á los hijos, que es necesaria para su conveniente educación, debe venir como una consecuencia, la de poder usar de sus servicios, y por eso *los padres pueden exigir que los hijos que están en su poder les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho á reclamar paga ó recompensa (art. 277)* alguna. En lo relativo á los tra-

cés, art. 380, prevé el caso de un segundo matrimonio del padre, y entonces restringe en algo su autoridad, para hacer detener á los hijos del primer lecho, teniendo en cuenta la influencia de la nueva mujer, con frecuencia hostil hacia los hijos del primer matrimonio; consideraciones que debían tenerse en cuenta, cuando se trate de reformar y aclarar el artículo.

La autoridad *local*, dice el artículo, debe reprimir las correcciones excesivas. ¿A qué autoridad se refiere? Se trata de la potestad de los padres que debe merecer mucho respeto, para no quebrar el prestigio que ejercen sobre sus hijos, y refiriéndose á correcciones más ó menos duras, cualquiera autoridad puede intervenir amistosamente por medio de consejos, para reducir las correcciones á sus justos límites; pero cuando existen verdaderas crueldades, la policía puede hacerse cargo momentáneamente de los hijos, hasta que el juez de lo civil determine, si merece privarlos de la patria potestad.—Comp. GOYENA, art. 147, Cód. FRANCÉS, arts. 376, 377 y 380. Cód. DE CHILE, art. 233. FREITAS, art. 1518, n° 2. DEMOLOMBE, VI, 312 y sig.

(**Art. 277.**) La autoridad de los padres no debe tener más limitación que la propia prudencia, y no pensamos que los tribunales deban intervenir en estas controversias de familia, en que la autoridad paterna debe salir respetada. Nos parecería algo extraño que los jueces entendiesen en juicios de esta clase, permitiendo que los hijos pudieran forzar á sus padres á dejarlos ejercer separadamente la profesión ú oficio que les hubieran enseñado. Los tribunales no tienen más misión que impedir á los padres dén tratamientos crueles y malos ejemplos á sus hijos; su autoridad no debe intervenir en el interior del hogar. Desde el momento que los padres permitan á sus hijos el ejercer un empleo, sea civil, militar ó eclesiástico, se deben considerar emancipado á ese respecto, porque no es compatible el ejercicio de ciertas funciones, con la completa sujeción á la autoridad paterna: por eso es que el art. 287, n° 1, autoriza á los hijos á percibir para ellos lo que



bajos que los padres pueden exigir, no hay otro criterio que el del padre; pero los hijos pueden reclamar cuando el trabajo fuere excesivo ó nocivo á su salud; en una palabra, la autoridad de los padres no tiene más limitación, que la de no impedir el desarrollo físico, intelectual y moral de los hijos.

Y como en caso de fallecimiento, de interdicción ó de pérdida de la patria potestad del padre, la madre es quien debe ejercerla, de ahí la necesidad de que en esos casos *los derechos y deberes del padre sobre sus hijos, y los bienes de ellos, corresponden á la madre* (**art. 305**) que los ejercerá en los mismos límites.

ganaren con ocasión de cualquier cargo que desempeñasen, lo que no implica la facultad en los hijos para disponer libremente de esos emolumentos, pues los padres, si lo creen conveniente, los depositarán en los bancos, ó tendrán el dinero adquirido como capital propio del hijo adulto.

Los padres pueden oponerse á que desempeñen tal ó cual cargo, sin que puedan ser controlados por los jueces, pues de otra manera se destruiría la autoridad paterna, que á cada momento se vería ante los tribunales, por la menor divergencia entre padres é hijos.

La naturaleza del poder de los padres, el cariño natural de estos, la autoridad y respeto que les deben los hijos; todo tiende á dejar á la prudencia de aquellos, estas facultades que habría peligro en controlar por medio de la autoridad judicial. ¡Qué ejemplo pernicioso no presentaría el espectáculo, de hijos menores amenazando á sus padres con la intervención de la justicia á la menor divergencia! Es preferible permitir los casos raros de abusos de autoridad, con relación á la elección de profesión, de religión, de educación, etc., antes que facultar á los jueces para entender en estas controversias, que destruirían la confianza y armonía que debe reinar en una familia.

No creo que los jueces deban intervenir en estas deferencias, para decidir en juicio controvertido, sobre el lugar donde convenga más á los hijos el ejercer su oficio ó profesión; debe dejarse completa libertad á los padres.—(Comp. FREITAS, art. 1518, n.º 3. GOYENA, art. 155. CÓD. CHILE, art. 246 y nuestro art. 1625.

(**Art. 305.**) En la nota 56 de la Instituta, observamos con el doctor Leguizamón, que la disposición contenía un vacío al restringir la patria potestad á la madre *viuda*, cuando hay muchos casos en que la mujer la ejerce aun existiendo el marido, como en el de la condena á



§ 108.—DE LOS ALIMENTOS DEBIDOS Á SUS HIJOS

La obligación de criar á los hijos lleva consigo naturalmente la de alimentarlos.

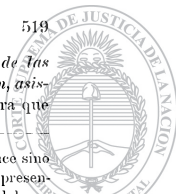
presidio ó de ausencia con presunción de fallecimiento. Nos parece que la redacción de Goyena, art. 164, es más completa: «la madre sucede al padre en la patria potestad, con todos sus derechos y obligaciones,» comprendiendo en su generalidad todos los casos en que el padre no puede ó no debe ejercerla. También es más completa la del Código Francés, arts. 384 y 390, que comprende la disolución del matrimonio «abrazando los casos de muerte, nulidad y divorcio».

Nuestro Código, siguiendo al Sardo, art. 235, ha indicado el caso de muerte del padre, cuando el Dr. Freitas, arts. 1549 y 1550, que ha servido de modelo á todas estas disposiciones, consignó separadamente los casos en que la madre ejerce la patria potestad: 1º, en caso de ausencia del marido; 2º, caso de fallecimiento; 3º, caso de nulidad de matrimonio, si la mujer estaba de buena fe; 4º, caso de divorcio, si el juez le confiare los hijos. Faltan los de condena á presidio; de demencia; cuando los hijos tienen menos de 5 años en caso de divorcio ó nulidad, y por profesar el padre en institutos monásticos, hipótesis que no se puede realizar entre nosotros, porque no hay instituto que admita á los hombres casados.

¿Puede el padre renunciar á la patria potestad? No; porque es una institución de orden público, pero si no puede ser objeto de una renuncia expresa, resultado un contrato, puede el padre abandonar á su mujer é hijos, y la patria potestad la ejercerá la mujer, como consecuencia del divorcio, por abandono voluntario y malicioso.—Comp. GOYENA, art. 164. CÓD. FRANCÉS, arts. 384 y 390. FREITAS, arts. 1549 y 1550, y nuestros arts. 308, 383, 478 y 1114.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 305.—Proyecto de Goyena, art. 164. Los Códigos modernos no están conformes con la resolución de este artículo. En unos la patria potestad pasa á la madre, después del fallecimiento del padre, con todos los derechos y obligaciones impuestas á este; en otros, la patria potestad de la madre es limitada en sus facultades; en otros, lo es en sus derechos, no dando á la madre sino la mitad del usufructo en los bienes del hijo menor que está en su poder, y en otros, que son los menos, la patria potestad se acaba con la muerte del padre.

Esta era la marcha natural de la civilización, elevando, contra las más antiguas costumbres, la condición de las madres de familia. El derecho ha marchado también, y acabará por ser reconocida en los países cultos la necesidad y



La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades (art. 267), de manera que

(Art. 267.) El monto de la pensión alimenticia no se reduce sino á una cuestión de hecho, que los jueces deben decidir teniendo presente las necesidades del que los solicita, la capacidad ó fortuna del que los presta, y la condición social de las personas y su manera de vivir. El que ha vivido siempre en una condición humilde, y que demanda alimentos á un pariente poseedor de gran fortuna, no debe recibir sino aquello con que habitualmente vivía, en la condición en que se encontraba.

Entre nosotros, el pariente que fuere condenado á prestar alimentos, no puede pedir su cuota proporcional á otro pariente que tuviere la misma obligación, encontrándose en igual grado; (art. 371), pero eso no implica que el demandante no pueda accionar contra todos, para que cada uno se los preste en la proporción debida.

Entre los hijos debe considerarse como una obligación solidaria, y aunque la solidaridad sólo la crea la ley ó la convención, también puede ser constituida por decisión judicial; pero ¿cómo salvar la contradicción en que aparece esta teoría con el art. 371? La dificultad es

conveniencia de poner á la madre en sus relaciones de derecho, á la par del padre.

El Derecho Romano y las Partidas negaron la patria potestad y todas sus ventajas á la madre, aunque la ley Romana decía: «*Non minorem curam erga filiorum utilitatem matres constat frequenter impendere.*» ¿Cuál era pues la razón de no dar á la viuda los derechos todos que sobre los hijos tenía el padre? Sólo la razón histórica de que en el matrimonio, la mujer comenzó por ser una hija de familia. Después fué conveniente darle la tutela de los hijos, una patria potestad supletoria sin los derechos de la verdadera patria potestad, y después fué preciso autorizarla con uno de los más importantes derechos de los padres, la necesidad de su asentimiento para el matrimonio de sus hijos. Al fin, el mayor número de legisladores ha dado á la madre viuda la misma autoridad, poder y derechos sobre sus hijos y sus bienes, que los que tenía el marido. Goyena, en una nota al art. 164 de su proyecto, funda muy bien el artículo que de él tomamos.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 305.—El Ministerio de Menores debe justificar los motivos que se invoquen para privar á la madre de la patria potestad, sin que se requiera tutor especial.—Jur. Civ., XIII, 106, Sér. 4°.

La madre, en ejercicio de la patria potestad, no está obligada á tener depositados los fondos pertenecientes á los menores.—Jur. Civ., IX, 322, Sér. 4°.

cuando se habla de alimentos quedan comprendidos los que esta palabra abraza.

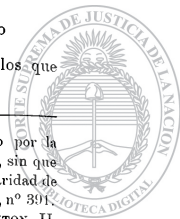
grave; pero haremos notar que ese artículo supone condenado por la sentencia sólo á uno de los parientes á prestar los alimentos, sin que prohíba al juez el establecer en la sentencia misma la solidaridad de la obligación.—Apoyan esta opinión, POTHIER, *Matrimonio*, n° 391. DELVINCOURT, I, pág. 87, nota 5. TOULLIER, II, 613. DURANTON, II, arts. 424 y 425 y muchas decisiones de cortes francesas.

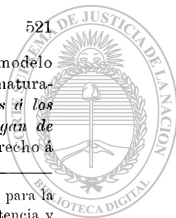
La obligación de alimentos es por su naturaleza variable é intermitente, puede aumentar, disminuir ó extinguirse según las necesidades del alimentado ó la fortuna del que los presta; no hay, pues, nada de irrevocable y definitivo en este juicio, puede promoverlo cuantas veces crea necesario, el uno ó el otro, y cualquier convención que la fijara se debe reputar como subordinada á la condición de que la pensión quedará en el mismo estado, mientras subsista la condición de las personas.—LOCRE, IV, 292. DEMOLOMBE, V, 67.

En cuanto al pago de la pensión ó la manera de darla, los jueces pueden determinar que se haga en el domicilio del deudor; ó bien que venga á recibir los alimentos en la casa misma, cuando no pudiera darse pensión.—POTHIER, *Oblig.*, n° 390.

¿Podrá el acreedor de los alimentos exigir fianza ó hipoteca por la cantidad que le es debida? Algunas cortes francesas así lo han decidido; pero me parece tan fuera de lugar que tales obligaciones puedan dar derecho á exigir hipotecas, que á primera vista rechazamos semejante proposición. La verdadera razón es que una deuda condicional, no comienza ni dura, ni existe sino bajo la condición de que el deudor pueda pagarla, y deja de ser exigible desde el momento en que sus recursos no le permitan; luego no debe asegurarse con hipoteca ni fianza, pero sí las pensiones debidas.

La persona que ha recibido los alimentos, no está obligada á devolver lo recibido cuando mejore de fortuna, porque el deudor no ha hecho un adelanto ni un préstamo, ha pagado una deuda exigible; deuda que se ha extinguido por haber desaparecido las condiciones en que se encontraba: tampoco podría ser repetida de aquellos parientes más próximos que no pudieron darlos y que adquieren bienes posteriormente; pero no sucedería lo mismo, si un tercero hubiera realizado el pago; porque cuando una persona ha obrado útilmente por otra tiene la acción de *in rem verso*, por lo que se hubiera enriquecido.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 385. FREITAS, art. 1613. Cód. DE CHILE, art. 323.





Nuestro Código se ha separado en esta parte de su modelo (Freitas, art. 163, que divide los alimentos en civiles y naturales) y ha establecido que *la obligación de dar alimentos a los hijos no cesa aun cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta* (art. 268), por que ésta solo daría derecho á

La palabra alimentos comprende todo lo que es necesario para la existencia de los hijos, manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos de enfermedades; *legatis alimentis, cibaria et vestitus et habitatio debitor quia sine hisali corpus non potest*, decia la ley romana; pero no comprende la obligación de pagar las deudas que hubiere contraído, ni tampoco la de alimentar al que estuviere preso.—Comp. DURANTON, II, 398. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, 131, nota 24. POTHIER, XVIII, 392.

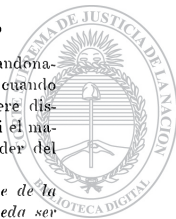
(Art. 238.) Los alimentos se deben á los hijos de cualquier edad que sean, siempre que tengan necesidades, aunque provengan de disipación ó de mala conducta.

¿Qué diremos cuando el hijo hubiera cometido una acción indigna que fuera causa de desheredación? El derecho romano y la mayoría de los autores franceses, piensan que no es justo ni moral admitir á un hijo ingrato á gozar de un privilegio, cuando ha desconocido sus deberes.—POTHIER, X, 385. TOULLIER, II, 614. MARCADE, II, art. 211. DURANTON, II, 385.

Por nuestro derecho no puede ofrecer la menor duda, pues el art. 373, hace cesar la obligación entre ascendientes y descendientes y vice-versa, por las causas de desheredación, ó cuando se casaren los hijos sin consentimiento de sus padres, ó cuando dejaren la casa paterna sin su licencia. No hay contradicción entre estos dos artículos, como lo han juzgado algunos, pues, la *mala conducta* de que se habla como término general y vago se encuentra limitada por el art. 373 que exceptúa determinados casos. No hay que recurrir al medio de dividir los alimentos, en *congruos* y *necesarios*, diferencias que no existen en nuestro derecho y que podrían reputarse arbitrarias; basta decir, que la *mala conducta* no priva de los alimentos sino en los casos del art. 373, pues una expresión general, debe considerarse siempre limitada por la especial.

Si los padres son privados de la patria potestad, la obligación de

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 267.—L. 5, Tit. 33. Part. 7.ª y 2, tit. 20, Part. 4.ª—Zacharie, § 131—LL, 43 y 41, Dig. *De verb. Signif.*



corregirlos, sin que la obligación cesara si no cuando abandonaren la casa paterna en que salen del poder del padre, ó cuando se casaren sin su consentimiento, ó el del juez, si hubiere disenso; pero la obligación de dar alimentos renacería, si el matrimonio se anulare y volvieran los hijos bajo el poder del padre.

Si el hijo de menor edad (adulto ó impúber), ausente de la casa paterna, se hallase en urgente necesidad, que no pueda ser atendida por los padres, las suministros que se le hagan se juzgarán hechas con autorización de ellos (art. 269), siempre

alimentos subsiste, por que la mala conducta para con los hijos no puede libertarlos de esas obligaciones sagradas. La *Novela*, 12, cap. 2, citada por el Dr. Velez como origen de este artículo, apoya esta conclusión, pues se refiere á los padres que han tenido hijos de una unión criminal, y dice: «pero no serán dispensados de alimentarlos y suministrarles las cosas necesarias á la vida: *porque aunque se haya hecho criminal no deja por eso de ser su padre*». Concluimos, pues, que la obligación de alimentos cesa en los casos del art. 373, porque expresamente así lo establece y que esa obligación continúa en cualquier otro caso de mala conducta del hijo.—Comp. DEMOLOMBE, IV, 48. VAZELLE, II, 514.

Se ha juzgado en Francia que la madre que vuelve á casarse puede reclamar los alimentos de sus hijos ó de sus padres, cuando su marido no pudiera proporcionárselos, y así debemos considerarlo entre nosotros.—Comp. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, § 131, nota 12. Comp. arts. 284 y 373.

(**Art. 269.**) Este artículo, tomado del 232 Código Chileno, es necesario armonizarlo con el 284 tomado del 1526, n° 1, de Freitas. La ausencia de la casa paterna debe ser autorizada por los padres, pues cuando lo hicieren sin su consentimiento, art. 373 abandonándola, pierden hasta los alimentos. Deben encontrarse en urgente necesidad, y los jueces clasificarán esta urgencia según las circunstancias en caso de controversia.

Cuando la ausencia fuere en lugar muy apartado de la República, pueden hacerse autorizar por el juez del lugar, pero si no lo hubiere ó

Nota del Dr. Velez Savsfield al art. 269.—La Nov. 27, cap. 2, dice: «*Quia legum contentores et impii sint parentes tamen sunt*». En contra, L. 6, Tit. 19, Part. 4°, y proyecto de Goyena, art. 72.



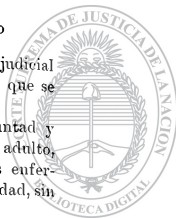
que la ausencia sea con su consentimiento: pero cuando fueren *hijos de familia adultos ausentes de la casa paterna, con licencia del padre, ó en país extranjero, ó en lugar remoto dentro de la República, que tuviesen necesidad de recursos para sus alimentos ó otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar, ó por el Cónsul de la República para contraer deudas que satisfagan la necesidad en que se hallaren* (art 284).

estuvieren distante, no por eso dejará de estar obligado el padre por los suministros que les hicieran, y siempre tendría el que los hizo la acción de *in rem verso*. No creo como algunos, que sea de necesidad absoluta la autorización del juez ó del cónsul, cuando se trata de suministros, en que tenga derecho á los alimentos, el hijo ausente de la casa paterna. ¿Para qué autorización si se prueba la necesidad urgente? Freitas sólo exige que se haga constar su verdad por ante el cónsul, cuando la obligación fué contraída en el extranjero. Y ni aun esta circunstancia será necesaria, desde el momento que el prestamista tomase las precauciones para demostrar la urgente necesidad en que se hallare el menor.—Comp. ZACHARIE, § 131. nota 31. DEMOLOMBE, IV, 55. VAZELLE, II, 509. Cód. de CHILE, art. 232. FREITAS, art. 1526, n° 1.

(Art. 284.) Los hijos pueden encontrarse ausentes de la casa paterna con licencia de los padres: 1º, fuera de la República; 2º, en la misma República, pero en lugar remoto. En el primer caso, si estando en el extranjero tuvieran urgentes necesidades, pueden hacerse autorizar por el cónsul ó vice cónsul de la República para tomar prestado, y esa obligación es válida como si hubiera sido autorizado por el mismo padre; si no hubiera cónsul argentino, puede hacerse constar el préstamo y la necesidad, ante el cónsul de una nación amiga. En el segundo caso, el préstamo debe ser autorizado por el juez del lugar, y si no lo hubiere, se hará constar ante testigos, porque se busca más que la forma, la manera de probar la necesidad y la realidad del préstamo.

Del contexto del artículo se deduce la consecuencia, de que los padres no están obligados por esas deudas, si los hijos han abandonado la casa paterna, conclusión que se armoniza con la disposición del art. 373.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 269.—Cód. de Chile, art. 232.—Zacharie, § 131.



teniendo presente que este artículo exige autorización judicial para *contraer deudas*, diferenciándose del anterior en que se trata de suministros para urgentes necesidades.

Para contraer obligaciones es necesario tener voluntad y discernimiento, y por eso se exige que el menor sea adulto, mientras que para vestirse, comer ó ser asistido en sus enfermedades, bastará recibir esos servicios en caso de necesidad, sin que precisen de autorización previa.

Cuando los menores adultos se encontraren en la República, el juez del lugar á que deberán ocurrir para hacerse autorizar, es al de 1.^a Instancia, ó en su defecto al de Paz ó del departamento donde se encontrare el menor.

En caso de divorcio, ó separación judicial de bienes, ó de nulidad del matrimonio, incumbe siempre al padre el deber de dar alimentos á sus hijos y educarlos, si el juez los dejare en su poder (art. 271). Y como no se puede tener patria potestad estando

Por *paraje remoto* dentro de la República, debe entenderse aquellos lugares en que la comunicación es tardía ó rara, y no con relación á la distancia, pues esa incomunicación puede existir en un paraje relativamente cercano y aislado, mientras que estando en comunicación directa con otro verdaderamente lejano, no debería considerarse como remoto. En caso de una peste ó de un aislamiento momentáneo de un lugar en que se produjera la falta de comunicación, comprendería la hipótesis del artículo, porque el padre no ha podido autorizar expresamente el préstamo ni enviar recursos. El hijo que, autorizado por supadre, se interna en un lugar desierto, aunque no esté muy distante de su residencia puede encontrarse en estos casos.—Comp. lo que digimos en los arts. 168 y 169; así como FREITAS, art. 1526.

(**Art. 271.**) En caso de divorcio, la obligación de alimentar á los hijos no solamente pesa sobre el padre, cuando el juez los deja en su poder, sino también sobre la madre cuando esta fuera la culpable y tuviera bienes, estando imposibilitado el marido para proporcionárselos.

Como regla general puede establecerse, que incumbe al padre la obligación de alimentos, principio que tiene sus excepciones como en el de separación de bienes, en que cada uno debe contribuir proporcionalmente á su fortuna. á la manutención de los hijos art. 1300; cuando el padre no tuviera bienes y la madre fuera rica, ésta deberá costearlos



bajo otra potestad, resultará que el menor adulto casado, que debería volver bajo el poder de su padre, según el art. 132, una vez que la sentencia de nulidad del matrimonio pase en autoridad de cosa juzgada, no volverá, desde que el juez le haya confiado el cuidado de sus hijos. Es un caso de excepción, que se admite para armonizar las instituciones de la emancipación, el matrimonio, sus efectos legales y la patria potestad.

Si el padre (ó la madre en su caso) faltase á esta obligación, puede ser demandado por la prestación de alimentos, ó por el propio hijo si fuese adulto, asistido por un tutor especial, ó por cualquiera de los parientes, ó por el Ministerio de Menores (art. 272), y en caso fuere impúber, pueden exigir el cumpli-

(arts. 78 y 80, ley Matr. Civ.). La separación judicial de bienes concluye la sociedad conyugal, art. 1299, y aunque no presupone necesariamente la separación de los esposos y por consiguiente de sus hijos, porque puede suceder el caso, por demás raro, de continuar la vida marital; sin embargo, debemos hacer notar que los arts. 1299 y 1302 comprenden la separación de bienes, que es consecuencia del divorcio y no aquella que proviene de la mala administración (art. 1294) que sólo la mujer puede pedir: pues no se debe suponer que sin divorcio la sociedad conyugal termine y la mujer recobre su capacidad para contratar.

En los casos de nulidad de matrimonio, si la mujer ha estado de mala fe, puede ser obligada á prestar alimentos á su marido ó hijos art. 88, n° 1, ley Matr. Civ. si tuviere como hacerlo. Téngase presente lo dicho en el art. 267 y su com., respecto de la manera como deben prestarse los alimentos. La Novela, 117, cap. 7, dice: «si el padre es quien ha dado los motivos de separación y la madre no pasa á segundas nupcias, los hijos deben ser alimentados en casa de la madre y el padre debe suministrar los alimentos». —Comp. FREITAS, art. 1530, n° 3, y Cons. nuestro art. 1300.

(**Art. 272.**) Cuando fuere impúber, los mismos parientes ó el Ministerio de Menores, conociendo el abandono del niño, pueden pedir al juez le señale alimentos y le nombre un tutor especial, privando al padre de la patria potestad, con arreglo al art. 307. Los hijos adultos

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 271.—Véase el Tít. Del matrimonio, cap. Del divorcio.



miento de la obligación cualquiera de los parientes; pero *los padres no están obligados á dar á sus hijos los medios de formar un establecimiento, ni á dotar á las hijas* (**art. 270**), habiéndose separado en esta parte de las legislaciones europeas, que consideran la dote como una conquista en favor del enaltecimiento é independencia de la mujer. Así es que los padres, fuera de los

pueden ocurrir en queja al Ministerio de Menores, cuando fueren tratados con excesiva dureza ó recibieren malos ejemplos, para que interponga demanda, y los parientes ó el Ministerio pueden deducirla en estos casos. Freitas, art. 1529, hace incurrir en la pérdida de la patria potestad al padre que faltare á los deberes de alimentar y educar á sus hijos. En caso de una gran avaricia del padre ó de la madre, en que teniendo fortuna no diesen á sus hijos ni los alimentos suficientes, ni la educación que les corresponde según su clase, es muy dudoso que el juez pudiera intervenir para imponerles una norma de conducta á este respecto. Sería peligroso dejar entrar á la autoridad judicial en lo más íntimo del hogar, sin una causa grave que requiera su asistencia. Esto demuestra la falta de un consejo de familia, que pueda juzgar de estos asuntos, que salen verdaderamente de la misión del juez, que debe limitarse á decidir las controversias entre partes, sin tener que recurrir á su arbitrio para velar por la familia.—Comp. FREITAS, l. c. y nuestros arts. 375 y 376.

(**Art. 270.**) Los padres cumplen con la obligación que la naturaleza y la sociedad les impone, de criar, educar é instruir á sus hijos para que se puedan proporcionar los medios de vivir honestamente, y su misión ha terminado, cuando han cumplido con este deber; es cierto que podrían aún ayudarlos para que se establecieran convenientemente, ya sea comprando un pequeño establecimiento, ya adelantándoles á cuenta de su legítima; pero es más justo dejar todo esto al cariño y buena voluntad de los padres, que no imponerles deberes que la naturaleza ni la sociedad les podrían demandar con justicia. ¿Qué más puede exigirse de un padre que dé á sus hijos una profesión ú oficio?

La dote es una institución que todavía no tiene raíces entre nosotros, y nuestros hombres se casan sin necesidad de ella, porque la vida es relativamente fácil; cuando llegue á ser difícil, el cariño de los padres establecerá la costumbre europea de dotar á las hijas, sin necesidad de una ley.

Dejemos á los padres la libertad de ayudar como mejor creen al establecimiento de sus hijos, y no transformemos una obligación de con-



alimentos, no pueden ser obligados á hacer erogaciones de ninguna especie.

Aunque en general la obligación de los padres de dar alimentos á sus hijos, reconoce y tiene por base la autoridad que ejercen sobre ellos, no se debe tomar la regla como absoluta, de modo que pueda negarse cuando la patria potestad haya cesado; porque la obligación subsiste, siempre que se justifique la necesidad y la falta de medios para adquirirlos, sea cual fuere la causa que los hubiere reducido á ese estado.

§ 109. DERECHOS DE LOS PADRES RESPECTO DE LOS BIENES DE SUS HIJOS LEJÍTIMOS.—ADMINISTRACIÓN Y USUFRUCTO

Es un principio general, de que *el padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aún de aquellos bienes de que no tenga el usufructo (art. 293)*, sin que

ciencia, que muchas veces no se presentará clara á su espíritu, en una civil de difícil cumplimiento.—Comp. DEMOLOMBE, IV, 10. TOULLIER, XIV, 69 y 70. FREITAS, art. 1614.

(**Art. 293.**) ¿Bajo qué regla y condiciones tiene el padre esa administración? ¿Pueden los jueces ordenar medidas de conservación sobre los bienes sujetos al usufructo? Habiendo suprimido nuestro Código todas las garantías de la antigua legislación, como la hipoteca legal, p. e., el poder del padre se encuentra limitado por los arts. 297 á 300 y fuera de esa prohibición puede obrar libremente; sin embargo, cuando la administración fuere ruinosa, ó los bienes se deteriorarán por abandono, el menor adulto ó el Ministerio de Menores, pueden solicitar del juez se le prive de la administración, art. 301, de manera que los hijos no deben recibir perjuicios.

Los padres tienen la administración aun de aquellos bienes sobre los que no gozan del usufructo; y hemos dicho en el art. 287, n° 2, que les corresponde, también la de los bienes que adquieran sus hijos por su profesión, ó en juegos permitidos, y en los casos del art. 287. Algunos enseñan lo contrario, confundiendo los actos de administración del ca-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 270.—Cód. Francés, art. 204—Zacharie, § 130—Toullier, XIV, n° 69 y 70—En contra: en cuanto á dotar á las hijas: L. 8, Tit. 11, Part. 4°—Cód. de Nápoles, art. 194—Cód. de Prusia, en cuanto á los hijos é hijas, en contra, art. 232 y 233.

contrato alguno pueda limitarles ó privarles de esta facultad, conferida en vista de un interés social.

Los arrendamientos que los padres hagan de los bienes de sus

pital adquirido, con los contratos ú obligaciones que celebran con relación á la profesión ú oficio que ejercieren.

La administración, como la patria potestad, no puede ser cedida por convención, y aunque los jueces en determinados casos pueden privar á los padres de una y de otra, eso en nada les quita el carácter de personal.

La administración de los bienes de los hijos no es un atributo *esencial de la patria potestad*, como lo enseñan algunos, porque ésta existe en muchos casos sin administración. Los padres tienen patria potestad y no administran los bienes dejados bajo esta condición (art. 294); pueden ser privados de la administración en caso de ineptitud ó cuando sea ruinosa para los hijos (art. 301), y la patria potestad existe; en caso de concurso puede nombrarse un tutor especial (art. 303), y el padre no pierde la patria potestad.

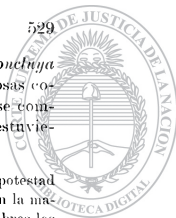
Nuestro sistema de legislación difiere en esta parte de la francesa y la teoría contraria sostenida por Laurent, no puede ser aceptada en presencia de los textos expresos que hemos citado.—Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 383 y 389. GOYENA, art. 150. Cód. DE CHILE, arts. 247 y 248. DEMOLOMBE, VI, 422, 447 y 448. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE, § 207, nota 17. TOULLIER, II, 1170 y nuestros arts. (13 ley Matr. Civ., 287, 301, 303, 304, 308 y 1807, n° 7.

Cuando el padre y la madre fueran incapaces de administrar por interdicción, la patria potestad se suspende, pero el usufructo les corresponde; el juez nombrará un curador, que será el tutor de los menores; pero cuando sólo el padre es privado por ineptitud (art. 301), como la mujer continúa bajo el poder marital, no podrá ejercer la administración.

El Cód. Civ. Alemán art. 1639 supone el caso en que el testador ó donante hubieren dado instrucciones para la administración de los bienes dejados, y manda á los padres el conformarse con ellas, á no ser que fueran perjudiciales á los bienes del menor, en cuyo caso debe hacerse autorizar por el tribunal para separarse de ellas.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 293.—L. 5, Tit. 17, Part. 4.º.—Cód. Sardo, art. 231. El Cód. Francés, art. 389; de Holanda, art. 362, y el de Nápoles, arts. 291 y 311, poseen la cláusula: *durante el matrimonio*. Según el artículo y





hijos, llevan implícita la condición que acabarán cuando concluya la patria potestad (art. 300), porque reputándose las cosas como una proyección de la actividad de la persona, no se comprendería que estando libres del poder paterno, no lo estuvieran los bienes que les pertenecen.

(**Art. 300.**) La expresión es impropia, porque la patria potestad se concluye, sin que se altere el contrato de arrendamiento, en la mayor parte de los casos. El objeto es dejar completamente libres los bienes del menor, una vez que entrare á administrarlos, hipótesis que sólo comprende la mayor edad, y la emancipación por el matrimonio. El art. 443, n° 10, comprende estos casos sin abrazar el de muerte del menor. Si el menor mayor de 18 años falleciere, no habría razón para ligar á los herederos por todo el contrato, entregando los bienes arrendados.

El arrendamiento hecho por el padre lleva la cláusula implícita de terminar cuando concluye la patria potestad por parte del menor, hipótesis á las que debemos limitar la generalidad de la expresión, *cundo concluya la patria potestad*. No creo, pues, acertada restringirla como lo hacen algunos, únicamente á los casos de emancipación y mayor edad, dejando obligados los bienes que pasan á otras manos cuando el menor mayor de 18 años ha fallecido; sería en cierto modo limitar su facultad de disponer por testamento. Se comprende, que cuando la patria potestad ha cesado por muerte del padre, ó por la profesión religiosa, ó por haberla perdido en los casos de abandono ó malos tratamientos, ó por las segundas nupcias en la hipótesis de la mujer viuda, el contrato de arrendamiento no se altere, porque la posición del menor no ha cambiado, del poder del padre ó de la madre pasará á la del tutor; no hay razón para hacer cesar el contrato; no así cuando se ha emancipado ó llegado á la mayor edad ó fallecido; en los dos primeros casos debe recibir sus bienes libres, y en el tercero sus herederos. No se puede traer como argumento el art. 1278, que contiene una disposición

el Cód. Sardo, el padre, ni por enviudar, ni por contraer segundas nupcias, pierde la administración de los bienes de los hijos menores de edad.

*Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 293—*Mientras los padres legítimos no sean privados de la patria potestad, no están obligados á depositar en el Banco el dinero perteneciente á los menores.—Jur. Civ., I, 308. Sér. 1°.

El capital de los menores debe ser entregado á los padres en carácter de administrador, invertido en títulos que no sean de la deuda nacional.—Jur. Civ., III, 601. Sér. 2°.



Se pueden considerar como de derecho excepcional, las cláusulas impuestas en una donación ó en un testamento, contrariando los principios sobre administración, porque la voluntad del donante se debe cumplir como si fuera ley; así es que *el padre no tiene la administración de los bienes donados ó dejados por testamento á los hijos, cuando han sido donados ó dejados bajo la condición de que no los administre (art. 294), pero la condición*

expresa para la disolución del matrimonio, que no será aplicable á la de este artículo, pues se trata allí de una sociedad que se liquida, y en que la disolución no debe alterar los contratos existentes.

(Art. 294.) Se ha controvertido vivamente entre los jurisconsultos franceses, sobre si era permitido imponer la condición de que los bienes legados ó donados no fueran administrados por los padres, ni tuvieran el usufructo legal; nuestro Código se ha decidido por la afirmativa: pero separando ambas prohibiciones. El art. 289, permite legar ó donar bienes cuyo usufructo no corresponda á los padres, y el presente autoriza á imponer la condición de que no los administren: pero el art. 293, declara al padre administrador legal de los bienes cuyo usufructo no tuviere, y el art. 295, informa que la cláusula de no administrar, no importa privarle del derecho de usufructo. Si las cláusulas pueden imponerse separadamente, no vemos por qué se prohibiría unir las. La patria potestad, que no puede ser objeto de convención ni renuncia, es institución de orden público, no lleva como condición esencial el usufructo y la administración de los bienes de los hijos, y este es uno de los argumentos más poderosos para los que sostenemos la tésis, de que los padres naturales tienen patria potestad sobre los hijos reconocidos, aunque no tengan el usufructo, ni la administración de los bienes, como en el caso de los hijos legítimos.

Nuestro Código, al permitir á los hijos el recibir bienes cuyo usufructo y administración no tengan los padres, ha tenido presente que esta es una facultad accidental, que en nada toca al poder paterno. En efecto, la familia está organizada de tal manera, que se pueden dividir los poderes que la ley confiere á los padres sobre los hijos, en esenciales, que miran al orden público y no pueden alterarse, y en accidentales que pueden ó no existir sin cambiar la patria potestad. Así,

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 300.—El contrato de locación que haga el padre en el interés de la cosa de sus hijos menores, cesa al llegar estos á la mayor edad.—LXI. 4.

que priva al padre de administrar los bienes donados ó dejados á los hijos, no le priva del derecho al usufructo (art. 295).

podemos considerar como poder esencial, el darle su consentimiento para casarse, ó para comparecer en juicio civil ó para ejercer una industria separada, ó el derecho que tiene para corregirlo moderadamente: pero la administración, es accidental, porque ordinariamente los hijos no tienen bienes, y careciendo de ellos no hay usufructo legal.

La patria potestad nada sufre como poder, porque falte la administración y el usufructo de los bienes.

Si el testador ó donante ha impuesto la condición de que los bienes dejados serán administrados por el padre en unión con una persona designada, esa cláusula será válida, y creemos que el padre estaría obligado á administrarlos, aunque puede renunciar por razones especiales que el juez aceptará ó rechazará, y si bien no hay disposición expresa que autorice al donante ó testador para nombrar la persona que deba administrar los bienes legados ó donados: sin embargo, pienso que los jueces deben confirmar ese nombramiento, si se encuentra en las condiciones de la ley. Los arts. 294, 303 y 397, n° 3, dan á entender que el juez puede nombrar un tutor especial en ese caso. No creemos que el testador ó donatario pueda imponer las condiciones que quiera como sostienen algunos, sino las permitidas (arts. 530 y 531). A las legítimas forzosas no se puede imponer condición alguna, art. 3598.—Comp. MARCADÉ, II, al art. 389, n° 6. TAULIER, I, pág. 499. DEMANTE, II, 133, *bis* III.

El CÓD. CHILENO, art. 247, priva á los padres de la administración de los bienes que pasan al hijo por indignidad del padre, libertándolo así de una obligación, como una pena, en lo que hay error. Véase FREITAS, art. 1536.

El Emperador Justiniano, dice en la Novela, 117, cap. I: «Se pueden dejar bienes por acto de última voluntad bajo la condición que sus padres ó aquel, bajo cuyo poder estén, no tendrá ni el usufructo, ni ninguna otra parte en los bienes donados. . . . Así ordenamos que esto sea permitido á los parientes y á los extraños».

(**Art. 295.**) Algunos, confundiendo los términos, enseñan que ni el testador ó donante, pueden imponer la condición de que el padre ó madre no tengan el usufructo, pues, dicen que con excepción de lo expresado en el art. 287, siempre tendrá el padre derecho al usufructo; lo que es un grayísimo error. Así, como la cláusula de privar á los padres del





Los padres no tendrán el usufructo de los bienes de sus hijos en los casos siguientes, en que pertenecen á estos: 1º, *de los bienes adquiridos por herencia, donaciones legado, cuando el donante ó testador ha dispuesto que el usufructo corresponda al hijo (art. 289);* 2º, *cuando los bienes fuesen donados ó dejados con*

usufructo no importa quitarles la administración, del mismo modo, la condición de que no tendrán la administración no lleva consigo la de privarles de aquel; pero jamás ha podido entenderse que el donante ó testador no puedan imponer las dos condiciones á la vez. El Cód. de Chile, art. 248, de donde ha sido tomado el nuestro, manifiesta claramente el pensamiento agregándole: á menos que el donante ó testador, expresen lo contrario. Son medios de interpretación de la voluntad de las personas, que la ley considera como su expresión legal, mientras no se demuestre lo contrario; así el determinar el empleo que debe darse á todo el usufructo del bien dejado, implica la cláusula de no tenerlo el padre, art. 290, salvo la voluntad contraria del testador ó donante expresada claramente.

(Art. 289.) Es necesario que el donante haya dispuesto expresamente que el usufructo corresponda al hijo; en caso de duda se debe interpretar en favor de los padres, que tienen las cargas de la educación y alimentos de los hijos y la administración de sus bienes.

El testador ó donante pueden imponer las condiciones que crean convenientes, siempre que sean permitidas; así, pueden ordenar que no tengan los padres la administración de los bienes donados, lo que no les privará del usufructo, ó que no tengan estos, lo que tampoco les privará de la administración, ó que no tengan ni la administración ni el usufructo.

Cuando el padre hubiere sido instituido heredero conjuntamente con el hijo, la Novela, 118, cap. 2, dice: «el padre no podrá en este caso prevalerse del usufructo de la porción deferida á los hijos ó hijas, porque damos á estos por la presente ley, el derecho de herencia en esta porción en propiedad y en usufructo».

Por nuestro derecho no sucede tal cosa; no hay disposición alguna que prive al padre del usufructo en semejantes casos. Pero supongamos se hubiere legado al menor una renta vitalicia ó el usufructo de una casa. ¿Les corresponderá á los padres como usufructo legal? Creo que sí; porque legar el usufructo á un menor bajo la potestad de sus padres, sin especificar que corresponderá exclusivamente al menor legatario, es significar que se dá al padre ese usufructo para contribuir

indicación del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos ó rentas, en que se considera implícita la cláusula de no tener el padre el usufructo de los bienes donados ó dejados á los hijos (art. 290).

Además de los casos expresados, *los padres perderán la administración de los bienes de sus hijos, cuando ella sea ruinosa al haber de los mismos, ó se pruebe la ineptitud de ellos para administrarlos, ó se hallen reducidos á estado de insolvencia y concurso*

á las cargas de la educación y alimentos, y que sólo tomará los frutos para sí, cuando haya llegado á la mayor edad.—Véase ZACHARIE, § 189, nota 2. DEMOLOMBE, VI, 511. DALLOZ. *Rep.* 1.^o *Usufructo legal*.

En nuestro derecho ha desaparecido la cuestión que agitó por tanto tiempo á los jurisconsultos, sobre si la privación del usufructo á los padres podía extenderse á la legítima debida al hijo en la sucesión del disponente, en los bienes reservados: porque al presente no se pueden imponer condiciones de ninguna especie y debe recibirlos sin carga alguna.—Comp. TOULLIER, II, 1067. DURANTON, III, 376. TAULIER, I, 500. DELVINCOURT, I, pág. 93, nota 6. MARCADE al art. 387, n.^o 2. FREITAS, art. 1532.

(**Art. 290.**) ¿Cualquiera indicación que se haga sobre el empleo de los frutos, bastará para privar á los padres del usufructo? Así parece desprenderse de la redacción del artículo: pero no podemos llevarlo á tales extremos, contrariando la misma voluntad del donante. Si se dice, p. e., deben emplearse los frutos en la educación del menor, no será bastante esa indicación, para privar á los padres de lo restante, que no se invirtiera en ella. Es necesario que se indique el empleo de *todos los frutos ó rentas* para que los padres queden privados del usufructo. Indicaciones generales sin determinar cantidades, no se considerarían bastante y sería necesario que la ejecución de la liberalidad sea incompatible con el usufructo de los padres. Hemos dicho que para privar á los padres de este derecho, debe ser por cláusula expresa y clara, y en caso de duda se resolverá en favor de estos.—Comp. DEMOLOMBE, VI, 509. FREITAS, art. 1533.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 290.—L. 5, Tít. 17, Part. 1.^a.—Cód. Francés, art. 385—de Nápoles, art. 209, y Sardo, 230—y véase la importante L. 8, § 4, tít. 61, Cód. Rom.





judicial de sus acreedores. En este último caso podrán continuar con la administración, si los acreedores les permiten y no embargar su persona (art. 301).

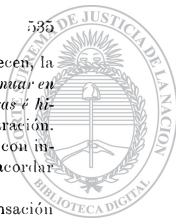
(**Art. 301.**) La administración de los bienes es una de las consecuencias de la patria potestad, aunque no necesaria, y si hay causas para privar al padre del poder sobre sus hijos, con más razón puede hacerse tratándose de sus bienes por mala administración. Freitas, agrega una cuarta causa: cuando el padre es comerciante y ha sido declarado en quiebra. No debe confundirse esta, con la insolvencia, como lo hacen algunos; la insolvencia tiene lugar cuando el haber no alcanza para pagar á los acreedores, como si hiciere cesión de bienes; la quiebra por el contrario se declara cuando en un momento dado no se puede pagar á un acreedor, aunque tenga un activo del doble. Cuando la quiebra es el resultado de la insolvencia, debe considerarse comprendida en la tercer hipótesis; no así en caso contrario.

La administración puede ser ruinosa á los intereses del menor sin existir ineptitud en el padre ó en la madre, y el menor adulto podrá hacer la denuncia, solicitando la autorización del juez como en el caso del art. 285, ó hacer intervenir al Ministerio de Menores.

La ineptitud ó falta de capacidad para administrar es una expresión ambigua, porque no se sabe si se refiere á una persona capaz, cuyas condiciones intelectuales no es permitido examinar, ó si se trata de una incapaz que debe ser suspendida en el ejercicio de la patria potestad; nos inclinamos á creer que la palabra *ineptitud* se refiere á la incapacidad del segundo caso; porque de otra manera sería permitido al hijo entrar á examinar las condiciones intelectuales del padre, promoviéndose un juicio extraño, que no puede intentar contra su tutor (art. 457, n° 3), sino por mala administración.

El padre ¿podrá ser privado de la administración por faltar á los deberes que le impone el usufructo? Aunque no está expresamente comprendida esta causal, creo que sí; porque el art. 303 autoriza á nombrar un administrador, que satisfará los gastos de administración, alimentos y educación de los hijos entregando el sobrante al padre, y sería por otra parte la única manera de obligar á cumplir con estos deberes.—Véase FREITAS, art. 1540, n° 2.

No creo, como algunos autores franceses, que la falta á esas obligaciones sea causa para privar de la patria potestad á los padres, pues no está comprendido en el art. 306.—Comp. M. ALLEMAND, *Matrimonio*, II, 1140. CHARDON, *Patria Potestad*, n° 158. ZACHARIÆ, § 190, nota 24.



Como una muestra de la confianza y respeto que merecen, la ley permite á *los padres aún insolventes, que puedan continuar en la administración de los bienes de sus hijos, si dieran fianzas ó hipotecas suficientes (art. 302)* para garantir la administración.

En todos estos casos debe procederse judicialmente con intervención del Ministerio de Menores, y el juez puede acordar ó negar la administración, según las circunstancias.

La administración es una carga que tiene su compensación en el usufructo, y se puede decir que es una proyección de la autoridad que se ejerce sobre la persona; por consiguiente, cesando la patria potestad ó el derecho de gobernar á los hijos, no podrán conservarla sobre los bienes; por esa razón, *los padres pierden la administración de los bienes de los hijos, cuando son pri-*

En caso de insolvencia, la ley no presume mala administración, y sólo puede suspendersele momentáneamente, mientras esté privado de su libertad personal.—Comp. FREITAS, art. 1540, n° 1, 3 y 4. Cód. DE CHILE, art. 251.

La prisión por deudas está abolida entre nosotros, y en el caso de cesión de bienes, los acreedores no pueden embargar la persona del insolvente. El Cód. Civ. Alemán art. 1667, confía al tribunal de tutela la facultad de tomar las medidas que sean convenientes para evitar el peligro en caso de insolvencia.

(Art. 302.) La administración en este caso supone que el padre tiene el usufructo de los bienes de sus hijos, porque el usufructuario insolvente está obligado á afianzar, art. 2860. Si no pudiera dar fianza ó hipoteca (no siendo esta última permitida á los demás usufructuarios) se procederá como se expresa en el art. 303.

El artículo se refiere á los padres *insolventes* ¿y si fuera *quebrado*, pero no insolvente? Lo probable es que haría levantar el auto de quiebra ó se le concederían moratorias; pero suponiendo que no sucediera así, no se aplicaría lo estatuido si probara que no está insolvente.

El importe de la fianza ó de la hipoteca no se establecerá arbitrariamente por el juez, sino con relación á las cantidades que debe aplicar á la conservación y administración de los bienes, alimentos y educación del menor. Freitas, art. 1541, dice: en cualquiera de las hipótesis del artículo anterior (que es también el nuestro) se procede como se ha dispuesto para el caso en que el padre incurre en la pérdida de la patria potestad.—Véase arts. 1296, 2860 y 2854.

rados de la patria potestad, pero si lo fuesen por demencia, no pierden el derecho al usufructo de los bienes de sus hijos (art. 304).

(Art. 304.) La patria potestad se suspende: 1º, por incapacidad mental; 2º, por la ausencia con presunción de fallecimiento; 3º, por ser condenado el padre á la pena de presidio (art. 63, n° 2, Cód. PENAL).

Como la administración es una consecuencia de la patria potestad, una vez suspendida ésta, se suspende aquélla; pera así que renace por haber desaparecido las causas que la suspendieron, la administración vuelve con ella.

La palabra *demencia* está tomada en el sentido general de los arts. 140 y 141, y comprende el estado habitual de manía, de demencia ó de imbecilidad.

En caso de ausencia ó de condena á presidio, creo que el usufructo corresponde á los padres, porque la patria potestad sólo está en suspenso y no se ha perdido.

La ausencia debe ser con presunción de fallecimiento, ó aquella en que se ignora la existencia del padre: pues la otra ausencia, que se traduce por la no presencia del lugar, y autoriza el nombramiento de un defensor en el juicio, nada tiene que ver con la patria potestad. Declarado el padre ó la madre ausente, con presunción de fallecimiento, se dá la posesión provisoria á los herederos, y se les entrega la administración; pero el usufructo corresponderá á los padres.

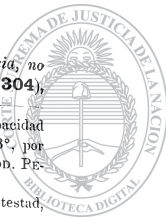
En el caso de condena á presidio, no le es posible administrar, y la ley los incapacita para todos los actos de la vida civil, menos para disponer por testamento ó recibir donación, herencia ó legado.

El artículo habla sólo de los dementes, que no pierden el derecho al usufructo de los bienes de sus hijos, y creo justo y razonable aplicarlo á los casos análogos de suspensión.

Goyena, art. 163, sostiene la pérdida del usufructo durante la suspensión; pero no veo la razón por qué la perdería, desde que la patria potestad no ha desaparecido por completo.—Comp. FREITAS, art. 1539. Cód. DE AUSTRIA, art. 176. Cód. DE CALIFORNIA, art. 419, y nuestros arts. 307 á 310.

El Cód. Civ. Alemán art. 1676 dice, que la patria potestad se pierde por la incapacidad del padre, mientras que nuestro código sólo la suspende, lo que es más conforme con la razón.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 304.—Cód. Austriaco, art. 176—Proyecto de Goyena, art. 163.





porque la patria potestad no se ha perdido, está sólo en suspenso, y debe volver á continuar, una vez que haya recobrado la razón.

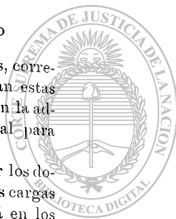
Removido el padre de la administración de los bienes, el juez la encargará á un tutor especial, y este entregará al padre el sobrante de las rentas de los bienes de los hijos, después de satisfechos los gastos de la administración, de los alimentos y educación de ellos (art. 303), sin que esto perjudique los derechos que

(**Art. 303.**) Se puede creer por la generalidad de la expresión, que el artículo sólo comprende los casos en que el padre tiene el usufructo, desde que el administrador nombrado debe entregarle los sobrantes; pero no es así. La administración es una consecuencia de la patria potestad, y mientras el padre no haya sido privado de esta, conserva aun la de los bienes cuyo usufructo no le corresponda, como sucede en los casos de los arts. 287 y 289; con la diferencia, que el administrador nombrado no le entregará los sobrantes, y serán colocados en los bancos á nombre de los hijos. Cuando los hijos tuvieren bienes diferentes, sujetos unos al usufructo legal del padre y otros que les correspondiese á ellos, el tutor especial sólo entregará al padre los sobrantes del que les corresponda una vez cubiertas las cargas que deben pesar exclusivamente sobre los frutos que produzcan estos bienes, sin consideración al menor ó mayor valor de lo producido por los otros. Estos principios deben aplicarse al cónyuge que conserve la patria potestad, no sólo durante el matrimonio, sino después de su disolución sea por muerte ó nulidad.

Como es el caso de una tutela *especial*, debe tenerse presente las disposiciones de la tutela legítima, entregando la administración á los abuelos del menor ó al hermano mayor, en caso no hubiera impedimento alguno. Debe tratarse en cuanto sea posible de no hacer intervenir á personas extrañas, á fin de no debilitar la autoridad paterna.

Los gastos de educación y alimentos de los hijos los fija el padre, porque es un atributo propio de la patria potestad que conserva, y sólo en caso de queja ó de diferencias entre padres é hijos, deben intervenir los jueces, decidiéndola con arreglo á la importancia del usufructo.

Téngase presente que la privación de la administración en nada disminuye el poder del padre respecto de la persona de sus hijos.— Véase FREITAS, art. 1541. CÓN DE CHILE, art. 252, y nuestros arts. 61, 291, 304 y 397. n° 2.



tiene el padre sobre la persona de sus hijos para educarlos, corregirlos y darles una profesión ú oficio; de donde resultan estas consecuencias: 1º, que la patria potestad puede existir sin la administración; 2º, que se puede nombrar un tutor especial para los bienes á los hijos que estén bajo la patria potestad.

Cuando los padres fueren privados del usufructo por los donantes ó testadores, lo que queda después de atender á las cargas legales (art. 291), pertenecerá á los hijos y se depositará en los bancos á intereses pupilares ó se comprarán fondos públicos con autorización judicial.

Siendo el usufructo de los bienes de los hijos una compensación, aunque pequeña, de las cargas impuestas á la patria potestad, es un principio de que *el padre y la madre tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, con excepción de los siguientes (art. 287):*

Removido el padre de la administración, continuará con ella hasta que se le haya dado conocimiento, y los terceros de buena fé que contrataren con él, habrían celebrado un acto válido: no así cuando conocían la creación.—Véase Cód. Civ. Alemán, art. 1682.

(**Art. 287.**) Dos condiciones son necesarias para que los padres puedan tener el usufructo: 1º, que los hijos sean legítimos ó legitimados; 2º que estén bajo la patria potestad, y cuando esta se suspende, como en el caso de demencia ó de ausencia, art. 304 y 310 no pierden el usufructo.

Nuestro Código ha decidido las cuestiones á que daba lugar el art. 384 del Cód. Francés y ha impuesto como condición esencial, el ejercicio de la patria potestad, para que los padres tengan el usufructo, dando así razón á la teoría de que este se acuerda como una recompensa ó compensación de los cuidados y trabajos que imponen á los padres la educación de los hijos y la administración de sus bienes.

Cuando la patria potestad se suspende, art. 304, ó cuando la administración se confía á otro, por circunstancias especiales, art. 303, el usufructo continúa, lo que forma una excepción.

Como el usufructo es en general una condición de la patria potestad, no necesita de aceptación, ni formalidad alguna por parte de los padres, y pueden renunciarlo expresamente, sin perjuicio de los derechos de terceros. Como es un derecho concedido al padre y á la madre, ambos deben renunciarlo; pues si uno sólo lo hiciera, la parte del re-

1° *De los bienes que los hijos adquieran por sus servicios civiles, militares ó eclesiásticos (art. 287, n° 1).*

2° *De los que adquieran por su trabajo ó industria, aunque vivan en casa de sus padres (art. 287, n° 2).*

nunciante se consolidaría con la nuda propiedad de los hijos y la otra vendría á pertenecer exclusivamente al que no hubiere renunciado; porque perteneciendo por mitad á ambos cónyuges, no sería justo que fuera ganancial la parte del que no renunció; pero estaría obligado, en proporción, á contribuir á las cargas del usufructo.

Ni el marido ni la mujer pueden renunciar el usufructo de sus hijos en favor de uno ó de otro; porque sería un contrato no permitido, ni aun en las convenciones matrimoniales.—Comp. arts. 290, 293 á 295, 303, 304 y 3301.

Cuando la patria potestad se extingue en los casos del art. 306, el usufructo se acaba: pero renace con ella cuando el matrimonio se anulare, art. 132, ó cuando el padre fuere restituído á ella, ó si la madre que contrajo segundas nupcias volviera á enviudar, como lo demostraremos en el art. 308.

(**Art. 287, n° 1.**) Esto se llamaba en la antigua legislación, *peculio castrense* y *cuasi castrense*, y comprendía los bienes adquiridos en la profesión de las armas, ó de servicios eclesiásticos ó empleos públicos. Cada uno de estos estados exige una especie de emancipación, porque no se comprendería la continuación de la patria potestad bajo el servicio militar, p. e., en lo que se relaciona con ese oficio; sin embargo, para todos los demás actos de la vida civil está sujeto á ella. Lo mismo sucederá con relación al empleo público que desempeñe.—Véase DEMOLOMBE, VI, 497.

(**Art. 287, n° 2.**) Vivir en casa de los padres y estar sujeto á la patria potestad, no comprende el caso en que ejerzan la profesión ú oficio en casa del mismo padre, como si el padre comerciante lo tuviera de dependiente en su casa de comercio ó lo empleara como agente; ó si el padre fuera carpintero y lo empleara en su taller; en esos casos no estaría obligado á pagarle sueldo alguno, porque entra en la disposición del art. 277. Es necesario, pues, que ejerzan una profesión ó industria separada, como dice el art. 387, Cód. Francés.

El hijo debe ejercer su oficio en otro taller ó en su casa, si su industria ú oficio es diferente del de su padre. Así, si el padre es carpintero y el hijo relojero, aunque trabaje en casa de su padre, lo que ganare no pertenece á este, ó si teniendo el mismo oficio le permi-

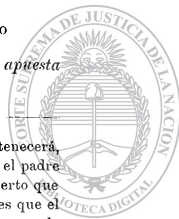


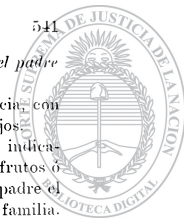
3° *De los que adquieran por casos fortuitos, como juego, apuesta etc. (art. 287, n° 3).*

tiera tomar obras de otro taller. Con mayor razón le pertenecerá, cuando fuere de oficio diferente y trabajara á parte, como si el padre fuera banquero y el hijo empleado del gobierno; pero si es cierto que lo ganado pertenece al hijo en plena propiedad, también lo es que el padre puede limitar el empleo de ese dinero, obligándolo á que no lo gaste formándole así un capital. La administración de lo que el hijo ganare, le corresponde al padre con excepción de los casos del n° 1, porque él administra los bienes, aun aquellos de cuyo usufructo no gozare art. 293.—Comp. DEMOLOMBE, VI, n° 505.

(**Art. 287, n° 3.**) Los hijos pueden jugar en los juegos permitidos, empleando lo que sus padres les dieran de su propio peculio, ó de lo que adquirieran con su trabajo, y si ganaren, ya en la lotería, ya en las carreras, ó en otros lugares donde se les permite jugar, deben entregarlo á sus padres, quienes están obligados á conservarlo. ¿Qué sucedería si un menor impúber comprare un billete de lotería que resulta premiado? El impúber es absolutamente incapaz de consentir, y por consiguiente no hay compra propia, es el padre que la hace suya aceptándola, y á él pertenece lo ganado.

Tratándose de juegos prohibidos, el padre tiene derecho á devolver el dinero que su hijo hubiere ganado, si fuera posible establecer la identidad de la persona que ha perdido, ó de donarlo á instituciones de caridad, á fin de que el hijo cese en un vicio que sería fomentado. si se le conservare el fruto de una ganancia reprobada. La ley habla de lo adquirido por casos fortuitos, poniendo por vía de ejemplo, el juego, la apuesta, etc.; lo que daría á entender que sólo se refiere á casos semejantes, pero no creo que así deba considerarse. El hallazgo de una cantidad perdida y no reclamada, como el de un tesoro en el terreno del mismo hijo ó de otro, entraría en la categoría de lo adquirido por caso fortuito y correspondería al hijo; pero cuando lo hubiera encontrado en terreno ajeno, le pertenecería la mitad. Nuestro Código, siguiendo á Freitas, art. 1532, se ha separado en esta parte del francés, art. 387, que sólo concede á los hijos la propiedad de lo adquirido por su trabajo ó industria, lo que consideramos más moral, porque no se les incita al juego ó á la apuesta, como lo hace nuestro artículo: así es que todo lo adquirido por los hijos, fuera de los medios lícitos y honestos, debería corresponder á sus padres, esto sería más moral.





4º *De los que hereden con motivo de la incapacidad del padre para ser heredero (art. 287, nº 4).*

5º De los que fueren dejados por donación ó herencia, con la condición de que el usufructo corresponderá á los hijos.

6º Cuando los bienes fuesen donados ó dejados con indicación del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos ó rentas (en que) es implícita la cláusula de no tener el padre el usufructo de los bienes donados ó dejados á los hijos de familia.

7º En caso de pérdida del usufructo, como sucedería si en los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre, ó de la ma-

(Art. 287, nº 4.) Cuando el padre ha perdido la herencia por causa de indignidad, y no sería justo que sus faltas recayeran sobre sus hijos, estos entran por derecho de representación, como si estuviera muerto, y toman la herencia de su padre vivo; pero si se le ha privado por su indignidad de la herencia, no debe tener el usufructo de estos bienes, art. 3749. ¿Qué diremos en este caso de la madre á quien corresponde también el usufructo de los bienes de sus hijos? En justicia no debería privársele de la mitad que le pertenece: los arts. 3301 y 3749, privan expresamente al padre indigno del usufructo de sus bienes, sin comprender á la madre, y como el art. 287, dice, que el usufructo corresponde al padre y á la madre, no habría razón para quitarle á esta de su parte. Si la herencia hubiera sido tomada cuando el padre vivía ¿el usufructo renacería en su totalidad para la madre una vez muerto el marido indigno? Así lo creemos, de acuerdo con la teoría sostenida en el art. 308.—Comp. VAZEILLE, *Matrimonio*, II, 456. DURANTON, III, 377. AUBRY y RAU, § 550, *bis*, nota 16. DEMOLOMBE, VI, 519. DEMANTE, II, 132, *bis* I. Cód. FRANCÉS, arts. 384, 387 y 730. FREITAS, arts. 1532 y 1536. Cód. DE CHILE, arts. 243, 246 y 247, y nuestros arts. 3301 y 3749.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 287.—L. 5, Tít. 17, Part. 4ª, y L. 13, Tít. 8, Part. 6ª—Cód. Sardo, art. 237. Estas leyes dan sólo el usufructo al padre. En cuanto á los bienes exceptuados, Cód. Sardo, art. 226—De Austria, 151, y Cód. Francés, art. 387. En contra: L. 7, Tít. 17, Part. 4ª. Las leyes 6 y 7 del mismo título conforme con el artículo en cuanto al peculio castrense, y en contra respecto á los otros bienes, LL. 4, 6 y 8, Tít. 61, lib. 6, Cód. Romano.

Faltos de la Cóm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 287.—El padre en ejercicio de la patria potestad, puede hipotecar los bienes de sus hijos, siempre que el producido sea para mejorar su valor aumentando la renta, debiendo el juez intervenir en la inversión de los fondos.—Jur. Civ., VI, 415, Sér. 2ª.

dre, el sobreviviente no hiciera inventario judicial de los bienes del matrimonio, determinando en él los bienes que corresponden á los hijos, so pena de no tener el usufructo de los hijos menores (art. 296).

(Art. 296.) La aplicación de este artículo no ha entrado completamente en nuestras costumbres, porque no se le ha dado la importancia que tiene en sí. Los escribanos observan, sin embargo, que el que ha adquirido una cosa bajo el estado de casado, no puede disponer de ella estando viudo, á menos que no le hubiera correspondido por la división de la herencia, y recién los padres cumplen tardíamente con este deber. La ley, al imponer la obligación y la sanción legal, ha olvidado conceder acción á los parientes ó al Ministerio Pupilar, para exigir su cumplimiento. FREITAS, art. 1543, n° 1, siguiendo las trazas del Cód. Francés, art. 1442, completó el término que no marcaba dicho artículo para hacer el inventario; pero suprimió el derecho que tienen los herederos ó sucesores universales del fallecido, ó cualquier otro interesado, para solicitar se cumpla con el mandato legal: derecho que debemos considerar como incorporado á este artículo.

No realizado el inventario dentro del término legal, se pierde el usufructo por el sólo vencimiento del término. ¿A quién pertenecen los frutos percibidos dentro de los tres meses? Hecho el inventario, el padre sobreviviente ha cumplido con su deber, y no hay causa alguna para privarle del usufructo; la ley le ha concedido ese término y no puede quitarle el derecho á los frutos porque haya usado de él; pero cuando no lo verificó, ocurre la duda de si los frutos percibidos durante los tres meses corresponden al padre, y creo que sí, porque durante ese término ha usado de un derecho, y no se le puede aplicar una pena por haberlo ejercido. Si el término ha vencido, y el sobreviviente hubiere pedido una próroga, el juez debe concederla según los casos, y me separo del común sentir de los autores, que reputan fatal el término, y no creo que el padre esté sujeto á las consecuencias señaladas en el artículo, y sólo pueda eximirse de ella, como lo enseñan, si alegare y probare circunstancias especiales que hubieran intervenido, haciéndole imposible el inventario.—TOULLIER, XIII, 16 y 17. DURANTON, III, 389. MARCADÉ, al art. 1442. DEMOLOMBE, VI, 571 á 573. AUBRY y RAU, § 515, nota 3.

Sería demasiado dureza la de penar una falta leve como la de no hacer inventario y división de los bienes dentro de tres meses. Los





Cuando los padres tengan el usufructo de los bienes de sus hijos, serán cargas legales de ese usufructo:

1.º *Las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar* (art. 291, n.º 1).

jueces deben tener en consideración el trastorno consiguiente que trae en una familia, la muerte de uno de los cónyuges y el natural interés de los padres para con sus hijos, que impide suponer un deseo de fraude.

¿Puede el juez de oficio privar al sobreviviente del usufructo, cuando se presentó después de los tres meses? Como tendrá parte en el juicio el Ministerio de Menores, si este solicita la aplicación de la pena, debe imponérsela, según las circunstancias.

Cuando los menores fueran emancipados no rige la misma teoría, pues, ni los padres tienen patria potestad sobre ellos, ni gozan del usufructo de sus bienes.

Cuando ha fallecido uno de los cónyuges en el extranjero ó en lugar no conocido ó de difícil comunicación, los tres meses para hacer el inventario correrán desde que se tuvo noticia del fallecimiento; en el caso de posesión definitiva por fallecimiento presunto, el término se contará desde la sentencia que ordena la posesión.—Véase nota al art. 1291.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1442. FREITAS, arts. 1543 y 1552. GOYENA, art. 499 y nuestros arts. 1313, 3366, 3368 y 3515.

La sociedad de hecho continuará, sin que el sobreviviente pueda separar el usufructo, ni lo que él mismo hubiera producido con su industria, y si hubiera disminuido el haber social, responderá con sus propios bienes.

El Cód. Civ. Alemán, art. 1640, contiene una disposición semejante á la de nuestro artículo y autoriza á los padres á indicar en el inventario sólo el valor de los bienes que componen el mueblaje de la casa. Nuestro artículo no hace distinción.

(Art. 291, n.º 1.) Aunque el usufructo legal, no es un verdadero usufructo en el sentido estricto, sino porque atribuye á los padres todos los frutos durante la menor edad de los hijos; sin embargo, está dispuesto que tenga todas las cargas de los usufructuarios ordinarios, menos la de afianzar; esas cargas son: las de hacer inventario en presencia de un representante que el juez debe nombrar al menor (art. 2846), procediendo á tomar un estado de los inmuebles sujetos al usufructo. Deben gozar de las cosas como un buen padre de familia, según el art. 2878, expresión que ha quedado suprimida en nuestro derecho,

2º *Los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción á la importancia del usufructo (art. 291, n° 2).*

3º *El pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo (art. 291, n° 3).*

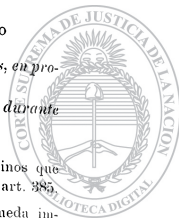
haciendo los gastos de conservación y reparación en los términos que se dirán en el título del usufructo. — Comp. Cód. Francés, art. 385.

(Art. 291, n° 2.) La obligación de educar á los hijos queda imputada por el art. 265 y repetida por el 373; pero se diferencia esencialmente de la presente. Por esos artículos el padre debe alimentarlos y educarlos con arreglo á *su fortuna personal*, mientras que por este debe hacerlo según *la fortuna propia del hijo*. Supongamos que este hijo gana en un empleo público cuatro mil pesos anuales, y tiene bienes cuya renta le producen mil pesos mensuales; el padre y la madre, sin tocar las ganancias del hijo, deben gastar en su educación con arreglo á la renta; pero en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho que quedan á la prudencia de los padres, pudiendo ser controlados por los magistrados, pues, si los padres son pobres y tienen otros hijos sin fortuna propia, no sería conveniente que se hiciera una diferencia notable entre la manera de tratar á los hermanos entre sí. Así, en caso de que los acreedores de los padres embargasen el usufructo legal, tendrían que dejar lo necesario para cumplir esas cargas, sin consideración alguna, por lo que ganarán los hijos separadamente. — Comp. AUBRY Y RAU, § 550 *bis*, nota 19. MARCADE al art. 385, n° 2. DEMOLOBE, VI, 538 y 542. MASSÉ Y VERGER sobre ZACHARIÆ, § 189, nota 14.

(Art. 291, n° 3.) Los intereses de los *capitales* que venzan durante el usufructo, dice el art. separándose del Cód. Francés, art. 385, n° 3, que habla del pago de lo atrasado ó de los intereses de los capitales; así es que los padres que tienen el usufructo legal, no deben las rentas vencidas antes de tomar el usufructo, sino los intereses de los capitales.

Pero y los intereses atrasados que se debían antes de tomar el usufructo? No se deben por el usufructuario, porque esos no *venzan* durante el usufructo, han vencido antes y disminuyen el capital fructuario. Supongamos se lega al menor una casa hipotecada que debe un año de interés; como la hipoteca garante hasta dos años los intereses, esa deuda pesa sobre la propiedad y disminuye el legado: los que venzan durante el usufructo serán á cargo del usufructuario.

Si los intereses debieran abonarse anualmente ó por un plazo ma-



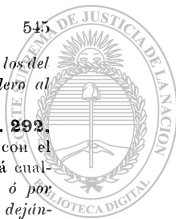
4º *Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo (art. 291, n° 4).*

Las cargas del usufructo legal son cargas reales (art. 292, 1ª parte), en el sentido de que pesan sobre las rentas con el privilegio de que deben ser llenadas con preferencia á cualquier otra, y por eso es que á los padres por hechos ó por deudas no se les puede embargar el goce del usufructo, sino deján-

yor, ó al vencimiento del plazo y este hubiera corrido en su mayor parte, de modo que viniera á vencer cuando se goza del usufructo, los intereses no se deberían por los padres, sino en la proporción del tiempo transcurrido desde que tomaron el usufructo: porque esos réditos devengados gravaban el patrimonio recibido y no el usufructo mismo.—Comp. DURANTON, III, 401. TAULIER, I, pág. 502. CHARDON. *Poder Paterno*, n° 150. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, § 189, nota 14.

(Art. 291, n° 4.) Se ha salvado la dificultad que hacía nacer la redacción del Código Francés, controvertiéndose, si se comprendían los gastos de última enfermedad de la persona que hubiere instituido por heredero al hijo. Nuestro Código, adoptando la opinión de Delvincourt, I, pág. 93, nota 4, y Taulier, I, pág. 503, se decide por reducirla á los gastos de entierro y funerales del testador. Pero si bien el padre debe directamente todas las cargas del usufructo legal, y los acreedores tienen derecho á exigírselas personalmente, también debemos admitir, que es en su calidad de detentador de los bienes pertenecientes á sus hijos, y sólo en este carácter puede deducir las excepciones que estos pudieran oponerles; como, p. e., los efectos del beneficio de inventario, cuando la herencia se hubiere aceptado así; puede también abandonar el usufructo á sus acreedores, para que abonando las cargas tomen el sobrante y se paguen sus acreencias. ¿Puede el padre ó la madre renunciar al usufructo y libertarse para el porvenir de las cargas que él impone? La cuestión ha sido muy controvertida.—Véase POTHIER, *Viudedad*, n° 237. DURANTON, V, n° 623. MARCADE, II, art. 605, n° 3.

Por nuestro derecho las cargas del usufructo legal, son *cargas reales* y no obligan á la persona sino *propter rem*, mientras tienen las cosas sujetas al usufructo y la renuncia podría hacerse, restituyendo los frutos percibidos y libertándose así de las obligaciones impuestas. Se libertaría solamente de las cargas impuestas en de los núms. 1 y 3, quedando modificada la 2ª y permaneciendo la 4ª.



doles los que fuese necesario para llenar aquellas (art. 292). No es una carga real en el sentido de que provenga de una obliga-

(Art. 292.) *Carga real* no implica una obligación *real* pues no existe por nuestro derecho; indica únicamente que los padres responden personalmente mientras tengan las cosas en su poder, *propter rem*, y que desaparece con ella. Es una expresión impropia, si se quiere; pero se usa frecuentemente en derecho.— Véase ZACHARÉ, § 189, n° 4.

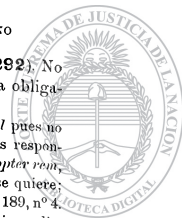
Si la cosa fructuaria viene á desaparecer por terremoto, incendio, etc., la carga personal en sí, pero sujeta á la condición de posesión de la cosa, habrá desaparecido.

Los acreedores del padre pueden embargar el usufructo, es decir, el producido de la cosa fructuaria, y cumpliendo con las cargas que pesan sobre ella, tomar lo demás á cuenta de sus creencias. Si el padre no tuviera sino los bienes fructuarios y se encontrare imposibilitado de adquirir alimentos, como tendría derecho á que el hijo se los diera, no debe embargarse la parte que á este corresponda, si el juez los hubiera determinado.

¿Pueden los acreedores, embargando el usufructo, privar al padre de la administración de los bienes fructuarios? Nuestro Código ha seguido la afirmativa profesada por Proudhon, I, 125 á 221, *De Usufructo*, y la de Duverger, *Venta*, n° 213, cuando autoriza en caso de concurso á nombrar un administrador con el nombre de tutor especial. Ha sido desechada la solución contraria defendida con calor por Demolombe, VI, 527. Los acreedores pueden, pues, embargar el usufructo y hacer nombrar un administrador quien, entregándole lo necesario para cumplir con las cargas reales distribuirá lo demás entre los acreedores.

El Dr. Llerena sostiene que el padre no puede ser privado de la administración de los bienes fructuarios; pero el art. 303 quita al padre la administración para entregarla á un tutor especial, con la obligación de darle el sobrante de las rentas, y no veo por qué los acreedores no podrían usar de este derecho para pagarse sus créditos. Aubry y Rau, § 551 *bis*, n° 1 citado, para apoyar esta opinión, dice: los acreedores no pueden embargar sino la porción que excede á las cargas.

¿Puede hipotecarse ó cederse el usufructo legal? ¿Qué sucedería en caso de expropiación de la cosa fructuaria? Nuestro sistema hipotecario difiere esencialmente del francés, pues permite la hipoteca del usufructo, art. 2118, mientras nuestro art. 3120 la niega expresamente, pues sólo se constituye sobre cosas inmuebles y expresa-



ción, porque no hay obligación que corresponda á derechos reales, sino en el sentido del privilegio que la ley confiere sobre esas rentas, para que con ellas se llenen las obligaciones que se imponen á los padres.

El usufructo de los bienes exceptuados (en el art. 287) *corresponde á los hijos* (art. 288).

mente determinadas; sin embargo, se puede ceder ó arrendar según el art. 2870; pero como el padre no ha dado fianza creemos puede ser exigida en caso de cesión ó de arrendamiento, si los hijos tuvieran algún temor de deterioro de las cosas sometidas al usufructo.

Cuando la cosa fructuaria se hubiera expropiado, el usufructo se extenderá á la renta que el dinero pagado produzca, ó á los frutos de los bienes adquiridos con permiso del juez. El dinero pagado por la expropiación no debe ser entregado al padre, so pena de no quedar desobligado el deudor si así lo hiciera; se hará el depósito á nombre del menor en el Banco Nacional, ó en el que la ley determinare.

(Art. 288.) El usufructo de los bienes adquiridos por los hijos en los casos del artículo anterior corresponde á estos exclusivamente, pero eso no importa privar al padre ó á la madre de la administración de ellos, ni limita el derecho de los padres para impedir que gasten lo ganado en tales servicios. Debemos, no obstante, hacer una excepción con lo adquirido por servicios militares, por la calidad del servicio, por la autoridad de los que han llegado al grado de oficiales, y por la libertad de que gozan, no es posible ejercer control alguno. Por otra parte, si los padres han consentido dejarlos seguir esa carrera, deben considerarlos como emancipados para todo lo concerniente á ese servicio, y á la administración de lo ganado por ocasión de él.

La ley civil, en esta parte, debía guardar armonía con la militar, tan severa y dura algunas veces, declarándolos completamente emancipados en lo que se refiere á los servicios, emolumentos y administración de lo ganado.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 292.—Véase sobre la materia Zacharie, § 188 y nota 14.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 292.—El padre usufructuario de los bienes de los menores, no puede cargarles los gastos de contribución directa.—Jur. Civ., X, 235, Sér. 4°.

El usufructo que la ley concede al padre sobre los bienes de los hijos se rige por las reglas de la patria potestad y no por las del usufructo común.—Jur. Civ., I, 406, Sér. 1°.





§ 110. DE LOS ACTOS QUE PUEDEN PRACTICAR LOS PADRES SOLO
CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Hay actos que los padres no pueden ejecutar respecto de sus hijos, ni aun con autorización judicial, y otros en que basta esa autorización.

Así, *los padres no pueden enajenar sin autorización del juez del domicilio, los bienes inmuebles de los hijos, ni las rentas que estén constituidas sobre la deuda nacional; ni constituir derechos reales sobre dichos bienes; ni transferir derechos reales que pertenezcan á los hijos sobre bienes de otros (art. 297, 1ª parte). No podrán tampoco enajenar los ganados de cualquier clase, que formen los establecimientos rurales, sino aquellos cuya venta es permitida á los usufructuarios que tienen el usufructo de rebaños*

Los padres ¿pueden solicitar directamente la separación del servicio militar de sus hijos menores? Es una de las facultades inherentes á la patria potestad; pero deben someterse á la ley especial de la ordenanza que no autoriza semejante intervención. El menor adulto no ha podido entrar al servicio militar sin el consentimiento paterno ó materno en su caso; pero una vez dado, la ley militar lo considera responsable de sus acciones y sujeto exclusivamente á sus ordenanzas.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 387. Cód. DE NÁPOLES, art. 301. Cód. SARDO, art. 227.

(**Art. 297.**) Los padres pueden realizar ciertos actos con la expresa autorización del juez ó intervención del Ministerio de Menores; pero hay otros que no pueden ejecutar aun con esa autorización. Se comprende el error cometido al traducir el art. 1537 de Freitas, agrupando los siete incisos en un solo número: así Freitas, dice: prohibese á los padres: 1º, Enajenar por título gratuito ó por título oneroso, *sin autorización del juez de su domicilio*, los inmuebles de sus hijos. . . 2º, Constituir sin igual autorización, derechos reales sobre inmuebles de sus hijos. . . 3º, Comprar por sí ó por interpuesta persona, etc., faltando desde este número hasta el 7º, la cláusula de la autorización judicial que no puede darse; así en la forma establecida por Freitas, se prohíbe á los padres ejecutar todos esos actos, y sólo los indicados

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los art. 288.—Argumento de la L. 11, Tit. 4, Part. 6ª y Nov. 117—Cód. Francés, art. 357—Cód. de Nápoles, art. 301—Cód. Sardo, art. 227.

(**art. 298**). La autorización debe ser dada con intervención del Ministerio de Menores, y la enajenación de los bienes indicados se hará en subasta pública, como una saludable precaución para evitar mayores perjuicios.

en los dos primeros números pueden hacerlos con autorización judicial.—Comp. Cód. DE CHILE, arts. 255 y 256. GOYENA, art. 158. Cód. SARDO, art. 232 y nuestros arts. 1359 y 1361. Cód. Civ. Alemán art. 1641.

(**Art. 298.**) Esta es una de las disposiciones que menos observancia tienen en la práctica, y por cuya causa pueden quedarse los menores en la miseria. Supongamos que el inventario determina dos ó tres mil cabezas de ganado vacuno correspondiente á los menores, ó cincuenta mil ovejas, porque la fortuna estuviera en semovientes; los padres sólo tienen obligación de conservar el capital recibido, reemplazando los animales que falten con los que nacen; pero queda escrito y jamás se hace. El padre dispone como verdadero dueño y no hay inconveniente, pues tal es el cariño y desinterés que tratan siempre de mejorarlos. Pero vienen los malos tiempos, el padre hace malos negocios y compromete su nombre, y tratando de salvarlo ó creyendo mejorar de fortuna, dispone de la de sus hijos. ¿Qué garantías tienen los menores para no quedar en la miseria? Por eso aconsejaremos siempre, como una medida de alta previsión, ordenar la venta de esos bienes y comprar inmuebles ó títulos de la renta nacional.

El derecho del padre se extiende hasta vender los ganados que excedieren del capital recibido, tratando de renovar siempre los viejos con las crías, para mantenerlos en el mismo estado: por eso conviene determinar en el inventario las edades aproximadas de grandes grupos de animales. Creo, pues, que el Ministerio de Menores y el juez deben obligar á los padres á la venta de esos bienes para asegurar á los hijos el porvenir, contra las contingencias de negocios que ofrecen serios peligros.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 297.—L. 24, Tít. 13, Part. 5ª—L. 6, § 2, Tít. 61, Lib. 6, Cód. Rom.—Cód. Sardo, art. 232—de Nápoles, arts. 291 y 92—de Holanda, art. 364—El Cód. Francés guarda silencio.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 297.—Los padres pueden comprar los bienes de la sucesión, en tanto no se haya verificado la partición y adjudicación á los menores.—Jur. Civ., V, 98, Sér. 4ª.





Aunque no se exige la tasación de los bienes, porque podría considerarse deprimente para los padres, sin embargo, como ella da una idea exacta del valor de estos, y hace que los interesados tengan una base para las ofertas, se debe hacer, siguiendo lo que disponen las leyes de procedimientos; pero el no admitir la venta por menos de las dos terceras partes de la tasación, se debe considerar como un resto de las antiguas travas que se ponían a la enajenación de los bienes de los menores, que nada garanten, y sólo aumentan los gastos con nuevas tasaciones.

La autorización para la enajenación de los bienes de los menores debe darse, en casos de necesidades comprobadas ó de una evidente utilidad, supliendo así el silencio de la ley, según las disposiciones análogas de la tutela, y teniendo en cuenta que las leyes han depositado en los padres una gran confianza, que no alcanza á los tutores, por la naturaleza de las funciones de unos y otros y por el cariño que aquellos tienen respecto de sus hijos. Sin embargo, por más confianza que el cariño de los padres inspire, es necesario resguardar los bienes de los hijos, no contra la mala fe de los padres, pues raras veces ocurrirá, sino contra el engaño de que ellos mismos pueden ser víctimas.

Cuando los padres tengan el usufructo de establecimientos rurales de sus hijos, podrán vender los productos, cuidando de reemplazar lo vendido con las crías, de manera que el capital se conserve intacto, siendo los animales de la misma ó semejante edad, en los términos de los arts. 2903 y 2904.

Debe tenerse en cuenta, que si los usufructuarios ordinarios tienen esas facultades, es porque han prestado fianzas, y en todo caso está garantido el capital recibido; pero en cambio los padres tienen su cariño que reemplaza con ventaja esa garantía, y pone á cubierto á los hijos de cualquier perjuicio.

§ 111. DE LOS ACTOS QUE NO PUEDEN EJECUTAR LOS PADRES AUN CON AUTORIZACIÓN

La ley ha prohibido absolutamente á los padres ejecutar ciertos actos respecto de los hijos, ya porque sea imposible á la misma persona desempeñar el papel de obligado y de acreedor,



ya porque el interés de los padres sea contrario al de sus hijos. Así, los padres *no pueden comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes muebles ó inmuebles de sus hijos (ni aún) en remate público (art. 297, 2ª parte)*, y aunque el juez los autorizare, la compra ó la venta no tendría valor; pues el padre sería el vendedor y comprador á la vez, y por la misma razón *no podrán hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su potestad (art. 279)*.

No podrán ni con autorización judicial *constituirse cesionarios de créditos, derechos ó acciones contra sus hijos, á menos que las cesiones no resulten de una subrogación legal (art. 297, 3ª parte)*, es decir, de un pago que el padre esté obligado á hacer, como co-obligado con su hijo; tampoco *podrán hacer remisión voluntaria de los derechos de sus hijos (art. 297, 4ª parte)*, porque

(**Art. 279.**) Los padres tienen tal influencia sobre los hijos bajo su potestad, que por más precauciones tomadas por el legislador para resguardarlos, no sería posible impedir fueran perjudicados en los casos raros en que movidos por un interés pecuniario, quisieran contratar con sus hijos. Es más moral y previsor impedir cualquier contrato, haciendo imposible que pueda tener lugar, y no tomar precauciones para no perjudicar al menor. Este es uno de los casos de nulidad *manifiesta* que los jueces deben declarar de oficio, y aunque fuera favorable al menor, no debe darse curso al contrato, en perjuicio del padre.

La ley prohíbe todo contrato entre padres é hijos, y contra su mandato, que se funda en razones de un orden superior, no debe prevalecer ni el interés del mismo menor. Pero si el padre estuviera privado de la patria potestad, ó si el hijo menor fuere emancipado, faltaría uno de los principales fundamentos de la prohibición y el contrato celebrado sería válido, si hubiere sido realizado con las autorizaciones y formalidades necesarias, y en caso de ser anulable por falta de algún requisito, se debe tener presente la disposición del art. 1164, en que sólo corresponde al incapaz el derecho de alegar la nulidad.—Comp. L. 3, tit. 4, Part. 5ª. L. 8, tit. 11, lib. 1. FUERO REAL y nuestros arts. 297, 450, 1043, 1160, 1359, 1441, 1490, 1513 y especialmente el art. 1805.

(**Art. 297.**) Véase pág. 548.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 279.—L. 3, Tít. 4, Part. 5ª y 8, tít. II Lib. 1, Rec. Cas.



la remisión es una donación que en ningún caso puede autorizarse; *ni hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia materna de ellos, ó de herencia en que sea con ellos coheredero ó legatario; ni obligar á sus hijos como fiadores de ellos ó de terceros* (art. 297, 5ª parte).

Y pienso que estos actos deben figurar como los trae Freitas, separados de los tres primeros, de manera que no puedan ser ejecutados por los padres, aún con autorización judicial, y es á ellos que se refiere la ley, cuando declara que, *los actos de los padres contra las prohibiciones de los dos artículos anteriores son nulos y no producen efecto alguno legal* (art. 299), porque la falta de autorización puede cubrirse por un acto posterior del juez, cuando fuere de evidente utilidad para el menor, y no puede ser atacado por la persona capaz; pero los actos prohibidos son como si no se hubieren realizado.

Se puede sentar como regla general, que todo acto prohibido absolutamente al tutor, con relación á los bienes de su pupilo, lo estará igualmente al padre, que tiene mayor ascendiente sobre los hijos que están bajo su poder.

§ 112. DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

Los hijos deben respeto y obediencia á sus padres (art. 266, 1ª parte), mientras se encuentran bajo su potestad, y les deben

(Art. 299.) Es necesario distinguir; hay actos *nulos y anulables* entre los comprendidos en esos artículos. Así, la enajenación de un inmueble del menor hecha sin autorización judicial, será válida si es favorable á los intereses del menor, y la persona capaz no puede demandar la nulidad. Si la persona capaz exigiera se llenen las formas ordenadas por la ley, el juez, oído el Ministerio de Menores, puede acordar la autorización. Si por el contrario, el padre hubiera vendido ó comprado á su hijo algunos bienes, el contrato sería nulo y no produciría efecto, aunque fuera favorable al hijo; porque se ha realizado contra la prohibición expresa de la ley; mientras en el caso anterior, falta sólo llenar la formalidad que puede anularlo. Hay, pues, diferencia entre realizar un acto prohibido, ó ejecutarlo sin ciertas formalidades exigidas para su validez.—Véase FREITAS, art. 1537, nº 3 y sig. Comp. arts. 18, 1042 y 1043.

(Art. 266.) El respeto y la obediencia debidas por los hijos á sus



siempre respeto, aun cuando hubieren sido privados de la patria potestad ó llegaren á la mayor edad. *Aunque estén emancipados están obligados á cuidarlos en su ancianidad, en el estado de demencia ó enfermedad, y á proveer á sus necesidades en todas las circunstancias de la vida, en que les sean indispensables sus auxilios. Tienen derecho á los mismos cuidados y auxilios de los demás ascendientes legítimos (art. 266, 2ª parte).* Pero todos estos deberes no tienen ni pueden tener sanción penal, pues son de tal naturaleza, que no podrían llenarse sin la buena voluntad exigida en todo acto personal, y que se traduce en cuidados y satisfacciones íntimas. Son preceptos de moral y no están bien en un Código.

El hijo de familia (adulto) no puede comparecer en juicio como actor, sino autorizado por el padre (art. 281), y no importa

padres, son dos cosas diferentes. Cualquiera que sea la edad del hijo ó del padre, aquel le debe el respeto que compendia la religión cristiana en esta fórmula: honra á tu padre y á tu madre; pero la obediencia se refiere al tiempo en que estén bajo la potestad de sus padres.

El antiguo derecho español, tomando la disposición del romano, exigía á los hijos pidiesen la venia judicial para demandar y á sus padres, por eso muchos autores franceses opinan que los hijos no pueden intentar contra sus padres una acción que los deshonne (Duranton, III, 350; Proudhon, I, pág. 238); pero en nuestro derecho no sabríamos fundar semejante opinión.

La obligación de cuidar á los padres en su ancianidad no se refiere sino á los hijos menores, pues, respecto á los mayores sólo hay la obligación moral, pues, se libentan de la civil, prestándoles los alimentos sean necesarios.

En caso de demencia de los padres, deben pedir se les nombre curador ó se les coloque en casa de sanidad con el objeto de que recobren su salud.—Comp. arts. 367, 369 y 3295. GOYENA, art. 143. Cód. DE CHILE, arts. 219 y 220. DEMOLOMBE, V, 273 y sig.

(Art. 281.) El hijo de familia, adulto, pues el impúber es absolutamente incapaz.

Es cierto que el art. 1897, autoriza á conferir el mandato á una per-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 266.—Las leyes del Tit. 19—Part. 4ª.

establecer que aun dada la autorización pueda hacerlo, sin la asistencia de un tutor especial, y será necesaria aun en los casos en que *no es precisa la autorización del padre para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto fuese demandado criminalmente* (art. 286, 1ª parte), porque el tutor debe completar

sona *incapaz de obligarse*, y representando á un mayor de edad no puede alegar la incapacidad del mandatario; pero en los procedimientos judiciales se exige que la persona sea mayor de edad y se encuentre en ciertas condiciones, pues se ha decidido que la mujer, p. e., no puede ser procuradora. Y el art. 282, que dá al hijo un tutor especial para intentar la acción civil contra la voluntad del padre, autoriza á sostener la tesis del texto, pues la licencia no es bastante para estar en juicio sin la asistencia de otra persona; mas, cuando el juez suple la autorización, el menor no concurre al juicio sino con un tutor especial.

En el sistema adoptado por Freitas, art. 1520 á 1522, los padres completan la persona del menor adulto sin excluir su voluntad, y así como no pueden locar sus servicios sin su consentimiento, tampoco pueden estar en juicio como demandantes ó demandados, y creemos que habría conveniencia en ciertos casos, como si tuvieran 21 años, en tomar en cuenta la voluntad del hijo, para deducir una acción que puede comprometer sus intereses.

La autorización del padre ó del juez no es necesaria, cuando el adulto fuere acusado criminalmente, pero siempre necesitará de un tutor especial para estar en juicio; pues el menor aun emancipado art. 3456, tiene necesidad de ser asistido por un curador especial.

El Código de Chile, art. 258, dice: el menor no puede comparecer en juicio como actor, *contra un tercero*, y así debe sobreentenderse en nuestro artículo, pues en el siguiente se refiere á la acción intentada contra un tercero. La falta de autorización hace anula- ble el procedimiento, pero la nulidad sólo puede alegarla el incapaz. —Comp. FREITAS y CÓD. DE CHILE, l. c., y nuestros arts. 54, 274, 282, 285 y 286.

(**Art. 286.**) Se entiende que si demandado criminalmente, el padre no lo defendiera, pues entonces debe defenderse asistido de un tutor especial, designado por el juez, para completar su persona. El tutor especial debe obrar de acuerdo con el menor cuya persona completa, pero llevando la dirección del asunto, y haciendo preva-



su persona. Lo mismo sucederá cuando los hijos de familia quieran demandar á sus padres, pues *no pueden hacerlo, sino por sus propios intereses, y previa licencia del juez del territorio, aún*

lecer su voluntad en los casos de disentiimiento, á diferencia del juicio de divorcio, en que siendo personalísimo, el interesado debe tener su dirección en cuanto le afecta personalmente.

En las disposiciones de última voluntad, sólo cuando el hijo de familia tenga 18 años cumplidos puede manifestarla, ó revocarla, art. 3614; pero la ley guarda silencio sobre la edad en que pueden reconocer los hijos naturales.

Cuando el menor es demandado criminalmente, basta ser púber para ejercer el derecho de defensa, y se comprende, pues se vé obligado á hacerlo en defecto de su padre: no es un acto voluntario y espontáneo como el de hacer testamento ó el de reconocer hijos naturales. Por mi parte, me inclino á creer, que por analogía se debe restringir el derecho de reconocer hijos naturales á la edad de 18 años, pues si admitiéramos la teoría contraria, llegaríamos á permitir el reconocimiento á los 14 años, suponiendo una capacidad física anterior para jenerar, que la ley ha desconocido, pues no les permite casarse sino después de esa edad.

Si la ley no les permite disponer de sus bienes por testamento sino á los 18 años, quiere decir que no pueden nombrar herederos sino después de esa edad, y esa disposición sería destruida en parte, si se les permitiera reconocer hijos naturales, pues entonces designarían los herederos que les han de suceder.

El Dr. Velez Sarsfield, en la nota al art. 3614, para justificar la edad de 18 años acordando la facultad de testar, dice, «considero tan fácil seducir ó engañar á un niño de 14 años y por eso señalo la edad de 18». ¡Cuánto más fácil no lo será cuando se tratare de una pasión naciente que lo domina por completo, al reconocer á un hijo natural!

Con relación á la patria potestad y deberes consiguientes, el menor que hubiere reconocido á un hijo natural, no puede ejercerla, ni ser obligado á cumplir los que le corresponden con respecto á su hijo, si él mismo está sujeto á la potestad de su padre. El hijo natural reconocido por su padre menor de edad, sólo puede accionar contra el abuelo natural por los alimentos.

¿Puede una hija de familia adulta reconocer hijos naturales? Es una cuestión gravísima, porque pone en la mano de una menor el de-





cuando tengan una industria separada ó sean comerciantes (art. 285); en todos estos casos se le nombrará un tutor especial con intervención del Ministerio de Menores.

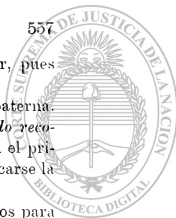
El Código habla del juez del territorio, juez del lugar, juez del domicilio indistintamente, para indicar los jueces llamados de 1ª Instancia; es decir los que juzgan en primer resorte y de donde se apela para ante la Cámara de Justicia, y así debe entenderse, teniéndose presente que se trata de las formalidades ne-

recho de deshonorar á toda una familia, sin que comprenda tal vez, la gravedad de su acción. La ley no hace distinción entre la mujer y el varón, y no nos es permitido hacerla; pero se podría decir, tampoco la hace determinando la edad fijada por analogía en 18 años. He dado las razones que me inclinan á esta opinión y las creo aplicables á las hijas mujeres. Si no necesitan autorización del padre, la supletoria del juez tampoco es necesaria.—Véase FREITAS, art. 1527 y Cód. CHILE, arts. 260 y 261, establecen la obligación del padre de suministrar los medios necesarios para seguir el juicio criminal.—Comp. arts. 188, 192 y 197.

(Art. 285.) Los intereses propios de los hijos sólo se refieren á los bienes, pues respecto de la conducta de los padres para con ellos, no pueden demandarlos, sino hacer denuncias al juez ó al Ministerio de Menores, para que tome las medidas necesarias, á fin de reprimir las correcciones excesivas ó privarles de la patria potestad. No hay conveniencia en autorizar demandas de esta clase contra los padres, porque sería ponerles bajo la amenaza constante de una queja ante el juez, mientras la denuncia al Ministerio, bastará para que este tome las medidas necesarias, á fin de que no se repitan ciertos actos de excesiva severidad.

Cuando los hijos demandaren á sus padres por sus intereses propios, deberán solicitar la autorización judicial y podrá serles negada, si el juez reputare que no hay motivo fundado. Esa autorización puede pedirla el menor adulto por sí sólo, sin asistencia de tutor alguno; pero cuando le fuere concedida, necesita se le nombre un especial para el juicio.

Los jueces deben tener suma prudencia al acordar esa facultad, teniendo presente que hay cierta anomalía en la posición de un hijo, bajo la potestad de su padre, y viviendo en la misma casa, y que esté en pleito con él. Se ha debido legislar pues, esta situación especialisi-



cesarias para los juicios, que cada provincia puede alterar, pues tienen jurisdicción exclusiva sobre el procedimiento.

El hijo de familia adulto no necesita de autorización paterna. *ni para las disposiciones de su última voluntad, ni cuando reconociere sus hijos naturales* (art. 286, 2ª parte), pero en el primer caso deberá tener 18 años, y por analogía debe indicarse la misma edad para lo segundo.

La autorización paterna que necesitan los hijos adultos para ejecutar ciertos actos puede ser *expresa*, cuando en cada caso se les hubiera acordado, ó les hubieran dado una general que comprendiera expresamente el negocio; puede igualmente ser tácita, como cuando dice la ley: *se presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algún empleo público, ó alguna profesión ó industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público ó á su profesión ó industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes, cuya administración y usufructo, ó sólo el usufructo, no tuviese el padre* (art. 283), porque no pueden com-

ma, que someterá al hijo á una constante mala voluntad, y á vejámenes morales, muchas veces difíciles de soportar.

Por juez del territorio, debe entenderse el de lo civil de la localidad, quien tiene jurisdicción para entender en las demandas; pero se puede sentar como principio general, que la autorización para demandar á los padres, debe darla el juez que intervendrá en la demanda, ó por lo menos otro de la misma jurisdicción.

Como los hijos de familia tienen el domicilio de los padres, deberá ser el juez de su domicilio, aunque el hijo tenga el domicilio legal en otra parte.

(Art. 283.) Este artículo fué corregido siguiendo la observación del Dr. Segovia, cambiando la *o* por la *y*, en las palabras administración y usufructo.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 285. — Al sólo efecto de revisar la cuenta particionaria, no puede nombrarse tutor especial sin que conste de autos debidamente justificada la oposición de los intereses de los padres con los de los hijos.—Jur. Civ., VII, 236, Sér. 1ª.

La autorización que los jueces pueden conceder á los menores para demandar á sus padres, se refiere únicamente á las cuestiones de intereses.—Jur. Civ., I, 392, Sér. 2ª.

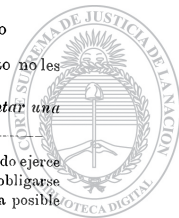
prometer lo que está en ajena potestad ó cuyo usufructo no les pertenece.

Si el padre niega su consentimiento al hijo para intentar una

Es una necesidad el suponer autorizada á la persona cuando ejerce una industria ó profesión, cualquiera que sea su edad, para obligarse y obligar en lo relativo con esa profesión; el comercio no sería posible de otra manera.

El padre puede, en determinados casos, hacer saber al público ó á los que contratan habitualmente con su hijo adulto, que no está autorizado para hacerlo, y puede, en uso de su autoridad, impedirle ejercer la profesión separadamente, como se dijo en el art. 177, exceptuándose á los hijos naturales cuya obligación de alimentarlos cesa á los 18 años. Las obligaciones contraídas por los adultos, en lo relativo á la profesión ú oficio que ejerzan, sólo recaerán sobre los bienes cuya administración no tuviera el padre sino los mismos hijos, así como sobre aquellos cuyo usufructo correspondiere á estos. Y como en general no tienen ni la administración ni el usufructo de los bienes de sus hijos naturales, estos podrían comprometer en sus contratos todos los bienes que se les hubiere dejado por donación ó herencia; sería dar una inteligencia demasiado extensa de la disposición del artículo. Sólo pueden comprometer los bienes adquiridos con la profesión ó industria, teniendo presente que los padres legítimos deben tomar esos dineros y depositarlos en los bancos.

Respecto de los hijos legítimos, sería mejor que no pudieran comprometer los bienes cuya administración ó usufructo no tengan los padres, pues de lo contrario quedarían, en cierto modo, abandonados á sus propias fuerzas y podrían arruinarse. Es justo que puedan comprometer y aun pierdan lo ganado con su trabajo ó industria; pero no así lo recibido por donación ó herencia. Sin embargo, reputo esta opinión muy dudosa, y me inclino más bien á una reforma del artículo en el sentido de salvar los bienes de los hijos. Freitas, art. 1523, de donde ha sido tomado el artículo, como siempre más previsor trae estas diferencias: 1º, se reputa autorizado el hijo de familia adulto, cuando ejerce el comercio, porque entonces lo está necesariamente, para todos los actos concernientes á la profesión ú oficio; 2º, el padre puede reclamar de esta autorización anunciándola al público, ó comunicándola judicialmente á los que contratasen con el hijo; 3º, en las compras de bienes muebles que hicieren á dinero de contado.



acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviere el padre, puede suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio (art. 282), debiendo intervenir el Ministerio de Menores.

Las obligaciones contraídas con motivo de estas autorizacio-

¿Pueden comprar los bienes raíces que les fueren necesarios para la profesión que ejercen? No lo creo; aun cuando en eso consistiera el negocio ó profesión. La enajenación y compra de bienes raíces requieren condiciones expresamente determinadas, y sin una disposición que autorice á los menores adultos para hacer tales enajenaciones ó adquisiciones, no se les debe conceder una facultad tan importante.—Comp. FREITAS, l. c. GOYENA, art. 155 y nuestros arts. 287, 293, 294 y 303.

(**Art. 282.**) Cuando hubiere divergencias entre el padre y el hijo sobre la acción civil que el menor adulto quiere intentar, el juez en juicio sumario y breve, debe conocer de las razones alegadas por el padre y puede autorizar al hijo para hacerlo, salvando entonces la responsabilidad de aquel.

Nuestro Código habría debido autorizar al menor para oponerse en ciertos casos, á la acción del padre como lo hace Freitas; pero como el padre tiene la responsabilidad y la administración de los bienes, se ha dejado á su propio criterio deducir las acciones que correspondan al hijo.

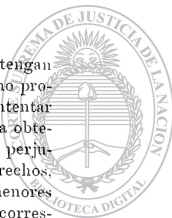
El Código de Chile, art. 258, prevé el caso cuando el padre esté impedido de dar su consentimiento, como si estuviera ausente, p. e., y fuere de absoluta necesidad.

Cuando la madre viuda ejerciera la patria potestad, le correspondería dar su asentimiento y nombrar la persona que deba representar en el juicio al menor; pues como se ha dicho, la autorización no importa sino la facultad de promover el juicio; pero no de seguirlo sin asistencia alguna.

El padre natural que tiene bajo su potestad al hijo reconocido, si se tratare de acciones civiles, sobre los bienes cuya administración no tuviere, no puede darle su consentimiento para entablar demanda; el juez debe suplirla en estos casos, cuando el administrador no quisiera deducirla en nombre del adulto.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 283.—Cód. de Chile, art. 242.





nes judiciales, recaerán sobre los bienes cuyo usufructo no tengan los padres; porque no puede privarse á estos de un derecho propio, con tanta más razón, cuanto que se han opuesto á intentar la demanda. ¿Pero qué culpa tiene el demandado que ha obtenido condenaciones contra el demandante, ni por qué se perjudicaría? Por eso se tratará de evitar esta colisión de derechos, y los jueces no deberían autorizar demandas de los menores adultos, sino cuando tengan bienes cuyo usufructo les corresponda. No les causaría perjuicio alguno la espera hasta la mayor edad, desde que la prescripción está en suspenso.

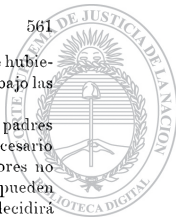
Se dijo que correspondía á los hijos el usufructo de los bienes adquiridos por servicios civiles, militares ó eclesiásticos; pero la administración corresponde al padre en ciertos casos. Cuando han sentado plaza en el ejército de línea con consentimiento de sus padres, la patria potestad está en suspenso, mientras formen parte del ejército, porque están sujetos al poder militar que es excluyente, y pueden disponer libremente de lo que ganaren; lo

Téngase presente que los padres naturales no tienen el usufructo de los bienes de sus hijos, y por consiguiente no deben impedir á los adultos ejercer libremente la profesión ú oficio que les hubieren dado al educarlos.

Las controversias ocurridas entre padres é hijos naturales, con ocasión del ejercicio de esta facultad, debe resolverlas el juez teniendo en cuenta la limitada potestad de los padres, y los deberes respecto de los alimentos pues, sólo se extienden hasta la edad de 18 años, lo que implica el derecho de los hijos para trabajar por su cuenta y tener un domicilio propio, con independencia de sus padres.

La institución sobre los hijos naturales se encuentra legislada de una manera imperfecta, como lo haremos notar en el art. 331, encontrándose vacíos que convendría llenar.

Cuando se quiera demandar á un hijo de familia adulto, deberá dirigirse la acción contra el padre, para que lo represente en el juicio ó le nombre un representante, y cuando el padre se negare, el juez deberá suplir esa autorización, si el hijo quisiera continuar el asunto y defenderse; pero cuando no tuviere bienes con que responder, si fuere vencido en juicio y condenado, esa obligación tendrá su efecto para cuando los tuviere. -- Comp. Cód. DE CHILE, art. 258 y FREITAS, art. 1521, y nuestros arts. 194, 329, 331 y 3456.



mismo sucederá respecto de los eclesiásticos menores, que hubieren profesado con consentimiento paterno, y estuvieren bajo las órdenes de sus superiores.

Cuando los menores ejercieren un puesto civil, los padres pueden retenerles parte de su sueldo, dejándoles lo necesario para sus gastos, y capitalizando lo restante. Si los menores no estuvieran conformes con lo señalado por los padres, pueden quejarse al juez, quien en juicio meramente informativo decidirá la controversia.

Cuando el menor tuviera 21 años, fuera abogado, médico, ingeniero, etc., ó tuviera una gran renta, no sería excesivo si reclamase una buena parte de su renta para vivir con el confort relativo á su fortuna ó á lo que ganare. En general debe permitírseles que dispongan libremente de lo adquirido en tales profesiones. Serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán, teniendo en cuenta la edad de los adultos, su condición social, grado de inteligencia, importancia de los bienes, etc.

§ 113. CUÁNDO SE ACABA, SE PIERDE Ó SE SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD

Es necesario distinguir los casos en que la patria potestad se acaba, de aquellos en que por una pena impuesta por la ley, los padres son privados de ella. En el primer caso, la patria potestad se extingue por el ministerio de la ley; en el segundo, se necesita juicio y sentencia firme.

La patria potestad se acaba:

1º *Por la muerte de los padres ó de los hijos (art. 306, n° 1).*

2º *Por profesión de los padres en institutos monásticos, ó por*

(**Art. 306.**) Se debe hacer diferencia entre la manera de *acabarse* la patria potestad y la de *perderse* por decisión del juez. El primer caso se opera por el ministerio de la ley, sin declaración judicial, ni resolución alguna, como sucede por muerte del padre ó del hijo; mientras en el segundo se necesita de una sentencia que así lo declare proveyendo á la guarda de los hijos, como si los padres fueran privados de ella por crueldad ó abandono, ó cuando se suspende por ausencia, incapacidad mental ó condena á presidio. Así, la patria potestad se *acaba*, se *pierde* ó se *suspende*, según los casos. Se *acaba*, *ipso jure* por



profesión de los hijos con autorización de los padres (**art. 306, n° 2**).

3° *Por incurrir el padre ó la madre en la pérdida de ella* (**art. 306, n° 3**).

4° *Por llegar los hijos á la mayor edad* (**art. 306, n° 4**).

5° *Por emancipación de los hijos* (**art. 306, n° 5**).

6° *Por ser condenados los hijos á presidio indeterminado.*

la muerte de los padres ó de los hijos; por llegar á la mayor edad, etc. Se *pierde* por la sentencia firme que priva á los padres, en los casos de abandono ó de tratarlos con excesiva dureza, ó en caso de nulidad de matrimonio teniendo el padre mala fe, arts. 307 á 309. Se *suspende* en caso de demencia, ausencia con presunción de fallecimiento, y de condena á presidio. Nuestros arts. 304, 310 y el 63, n° 2, Cód. PEN.

Cuando el padre ó la madre pierdan la patria potestad, porque el juez lo hubiere decretado, arts. 307 y 309, estos deben pagar inmediatamente las deudas que hubieren contraído respecto de sus hijos, y el tutor que se les nombrare deberá exigirlo.—Comp. Cod. Civ. Alemán arts. 1657 y 1679.

(**Art. 306, n° 1 y 2.**) Cuando el hijo ha profesado en instituto monástico, necesita del expreso consentimiento del padre; en caso contrario, este puede sacarlo, pues se encontraría en una de las hipótesis del art. 276, cuando el padre tiene derecho para reclamarlo de los que lo retuvieran, y aun acusarlos criminalmente por haberlo seducido. Es igualmente necesario, que el instituto donde profesó, tenga existencia legal por ley del Congreso, porque no se pueden fundar conventos sin una ley especial, y debe tener la aprobación de los prelados en la parte religiosa, art. 45.—Véase FREITAS, art. 1512, n° 1, 2 y 8.—Comp. Cód. Civ. Alemán, art. 1679.

(**Art. 306, n° 3.**) Este inciso está mal colocado, en mi opinión, porque la patria potestad no se acaba, si no se pierde. — FREITAS, art. cit., n° 3.

(**Art. 306, n° 4 y 5.**) En la mayor edad, basta presentar la prueba legal de la edad, para que se entregue la posesión de sus bienes, art. 130; pero por el hecho de llegar á los 22 años, sin declaración ni formalidad alguna, art. 129, queda habilitado para ejecutar todos los actos de la vida civil. En la emancipación por el casamiento sucede lo mismo, aunque lo hubiere realizado contra la voluntad de los padres.—Véase Com. arts. 129, 130 y 131. FREITAS, art. cit., n° 5 y 6.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 306.—L. L. 1 y 8, Tít. 7. Part. 1°. L. 8. Tít. 1, lib. 5, Nov. Rec.



Cuando los padres ó los hijos que han profesado en institutos monásticos abandonasen las órdenes y volvieren al estado anterior, deben ser considerados como si el hecho no hubiera sucedido, y la patria potestad renacería; por esa razón me inclino á creer, que en el fondo hay más bien una suspensión de la patria potestad, que una completa extinción.

Cuando la patria potestad se acaba por la emancipación, vuelve á renacer, si el matrimonio es declarado nulo por sentencia firme, y ninguno de los cónyuges tuviere patria potestad sobre los hijos de ese matrimonio.

La patria potestad se *pierde* en los casos siguientes:

1° *Los padres que exponen ó abandonan á sus hijos en la infancia pierden la patria potestad (art. 307).*

(**Art. 307.**) Una vez expuesto un hijo en un hospicio, si el padre ó la madre han tomado precauciones para que se le reconozca por las ropas ó señales particulares, conservando pruebas evidentes para reclamarlo más tarde. ¿Podrían recobrarlo? Creemos que sí, abonando todos los gastos que hubieren ocasionado; y es como se acostumbra en esos establecimientos.

Las precauciones tomadâs por los padres para reconocerlos, demuestran que existía la intención de recojerlos, lo que modifica en algún tanto la exposición.

El *abandono* se diferencia de la *exposición*, en que en esta el niño se confunde y se pierde, por decirlo así, desapareciendo en su individualidad como miembro de una familia; mientras que en aquel, conserva todo esto, pero sus padres lo han dejado sólo sin socorros. No existe abandono cuando se deja al niño al cuidado de otra persona, aunque no se le vea. El abandono es una cuestión de hecho, que los jueces estimarán según los casos.

La exposición ó abandono que hace perder la patria potestad debe ser hecha en la *infancia*; es decir, hasta los siete años, según el artículo, separándose en este caso de Freitas, art. 1513, n.º 3 que sólo habla de exponerlos ó abandonarlos sin determinar la edad. En la nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 921 se explica este término. Cuando el padre ó madre han dejado al hijo, tienen necesidad de reclamarlo del que lo tuviere, y sólo entonces el juez resolverá el caso de pérdida ó conservación de la patria potestad según los hechos; por eso se ha dicho que en eso consiste la diferencia esencial entre acabarse y perderse la patria potestad.



2° Los jueces pueden privar á los padres de la patria potestad, si tratasen á sus hijos con excesiva dureza, ó si les diesen preceptos, consejos ó ejemplos inmorales (art. 309).

Cuando el abandono de los hijos se ha hecho después de la infancia, aunque según el artículo, los padres no pierden la patria potestad, creemos que razonablemente no se debía aceptar semejante teoría; los jueces, á solicitud de los parientes del menor ó del Ministerio de Menores, deben privar al padre de la patria potestad, nombrándole un tutor; por eso preferimos la redacción de Freitas, art. 1513, que no limita la exposición ó abandono á edad determinada.

Desconocer la paternidad usando de un derecho, no es abandonar un niño que se tenga el deber de proteger; pero cuando la sentencia le ha restituído á la familia, recién principia el deber del padre. No se puede privar de patria potestad al padre que lo haya desconocido.—Comp. GOYENA, art. 162. FREITAS, l. c.

(Art. 309.) Es un caso de pérdida de patria potestad impuesta como una pena, al que puede agregarse el del art. 88, n° 3, de la ley de Matr. Civ. La pérdida es necesaria que el juez la declare en juicio contradictorio, después de estudiar los hechos que se han producido.

La excesiva dureza con que trate á sus hijos, no debe ser clasificada sino teniendo presente la educación, posición social y demás condiciones de las personas. Son cuestiones de hecho, que deben ser resueltas con gran prudencia.

Dar preceptos, consejos ó ejemplos inmorales, son términos demasiado vagos que no abrazan un radio de acción determinado. Goyena, art. 162, dice: «ó si *siendo viudo* les diere preceptos, consejos ó ejemplos corruptores»; mientras que Freitas, art. 1513, n° 3 agrega: «si por su depravación (el padre) indujere los hijos al mal, prostituyera

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 307.—L. 4, Tít. 20, Part. 4°, L. 2, Tít. 52. lib. 8, Cód. Rom., y Nov. 153.

Fallos de la S. C. N., Aplicación del art. 307.—La actual inmoralidad del padre, el abandono de sus hijos en la infancia, sin proveer jamás á sus necesidades, una vez acreditadas en juicio, son motivos legales suficientes para pronunciar la suspensión ó la pérdida de la patria potestad.—XXXIII, 714.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 307.—El padre que abandonó á sus hijos en la infancia, debe ser privado de la patria potestad.—Jur. Civ., III, 159 Sér.

La separación de hecho entre los esposos no importa abandono de los hijos por parte del padre, si la madre los tenía á su cargo.—Jur. Civ., I, 407, Sér. 3°.



Los padres no pueden ser privados de la patria potestad sino en virtud de juicio contradictorio en que puede ser parte el menor, representado por un tutor especial, con intervención del Ministerio de Menores.

En caso de pérdida de la patria potestad, esta no puede renacer por haber desaparecido las causas que la hicieron cesar, porque habría verdadero peligro en confiar los hijos á padres desnaturalizados.

La patria potestad se suspende (por imposibilidad de ejercerla en los casos siguientes): 1º, *por ausencia de los padres, ignorándose la existencia de ellos* (art. 310, 1ª parte); 2º, *por su incapaci-*

á las hijas, ó tentare prostituir las ó concurriere á su prostitución», hechos que nos parecen más decisivos para imponer una pena. *Ejemplos inmorales* es un término tan vago, que podemos llegar á privar de la patria potestad por cualquier causa, y más vago y caprichoso aún, lo de *consejos inmorales*, que deben traducirse no sólo en meras palabras, sino en actos exteriores que tengan por fin hacerlo ejecutar acciones indignas. El Cód. de Austria, arts. 177 y 178, priva á los padres de la patria potestad *para siempre*, si descuidan *del todo* la crianza y educación de los hijos. Son cuestiones que los jueces deben resolver, según las circunstancias de cada caso, teniendo suma prudencia.

Son privados también de la patria potestad, los padres que contrajeron matrimonio de mala fé, conociendo el impedimento que lo anulaba. En todos estos casos, la pérdida se impone como pena, y una vez pronunciada no debe recuperarse, art. 88, n° 3, ley de Matr. Civ.—Comp. GOYENA, art. 162 y FREITAS, art. 1513. Cód. DE PRUSIA, arts. 90 y 91.

(Art. 310.) La suspensión, pérdida y conclusión de la patria potestad la diferenciamos en el art. 306.

La ausencia, como lo dijimos en el art. 304, debe ser con presun-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 309.—L. 18, Tít. 18, Part. 4ª, L. 5, Tít. 12, Lib. 3, Dig.—L. 12, Tít. 4, Lib. 1, Cód. Rom.—Cód. de Austria, arts. 77 78—Cód. de Prusia, Tít. 2, Parte 1ª, arts. 90 y 91—Cód. de Baviera, art. 7, n° 2, cap. 5, Lib. 1.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 309.—Si bien el padre no puede ser privado de la patria potestad sin forma de juicio, los herederos graves que denuncie el menor, permiten su suspensión temporal.—Jur. Civ. I. 156. Sér. 4ª.

dad mental (art. 310, 2ª parte); 3º, por ser condenados los padres á presidio indeterminado (art. 63, nº 2 C. Penal); 4º *la madre*

ción de fallecimiento, ó por lo menos de aquella en que se ignore la existencia de los padres, teniendo presente que el hijo no puede quedar abandonado. El artículo se refiere á la ausencia *de los padres* ignorándose la existencia *de ellos*; pero no es necesario que falten ambos, basta la ausencia del que ejerza la patria potestad, y cuando la ausente es la madre viuda, el juez nombrará al menor un tutor especial.

La incapacidad mental no puede comprender sino los casos de demencia; por que si bien es cierto que se permite el matrimonio al sordomudo que no sabe darse á entender por escrito (art. 10, ley Matr. Civ.) no debemos reputar semejante disposición sino como excepcional, y una consecuencia necesaria del falso principio sentado, de que el incapaz absolutamente puede casarse: principio que nos llevaría á admitir el matrimonio entre locos.

Se suspende la patria potestad durante la condena ó presidio del padre ó de la madre que la ejercían, pues, es una consecuencia de la pena impuesta (art. 63, nº 2 Cód. Penal); pero se debe armonizar esa disposición con el art. 77 ley Matr. Civ., que permite llevar á los hijos cuando ha sido condenado á prisión ó destierro, si el otro cónyuge lo consiente. Si la madre se opusiera á que el condenado llevara á sus hijos se suspendería la patria potestad, sin haber razón alguna para privar á la madre de ese derecho.

La suspensión, como la privación de la patria potestad es necesario declararla por sentencia firme, en juicio contradictorio.

En los casos de privación de la patria potestad, los padres pierden el usufructo de los bienes de sus hijos, pero si es caso de suspensión debe estarse á lo enseñado en el art. 304.

La ausencia es necesario probarla en juicio, y el juez debe declararla para el efecto de la suspensión, porque la mujer no puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos, mientras no se haya declarado suspendida la del marido. Este es un procedimiento diferente, no se debe probar el tiempo de la ausencia, ni cuando se tuvo la última noticia; basta ignorarse la existencia del padre ó de la madre; pero como es una prueba negativa casi imposible de dar en ciertos casos, bastará se presenten documentos ó cartas del lugar á donde se dirigió por los que conste que no tienen noticias de él. Si la ausencia fuera más ó menos prolongada y se supiera dónde se encuentra el padre, no sería el caso



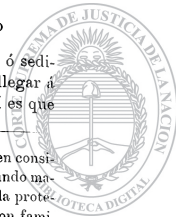
viuda que contrajere segundas nupcias, pierde la patria potestad (art. 308), y yo enseño que se suspende.

de suspensión, la madre podrá pedir autorización para verificar ciertos actos ó entablar el divorcio, cuando el caso fuera de abandono voluntario, y perdería la patria potestad. Goyena, art. 163, trae como casos de suspensión: la incapacidad, la ausencia declarada en juicio y la condena á una pena que lleve consigo la suspensión y Freitas, art. 1515, la enajenación mental declarada en juicio y la ausencia declarada con presunción de fallecimiento, caso que el Código ha extendido con razón á la ausencia de los padres; ignorándose la existencia de ellos; porque no es posible dejar á los hijos sin guardador legal, hasta completarse los seis años de ausencia ó los tres en que el acontecimiento ha tenido lugar. Basta probar que se ignora la existencia del padre, para conceder á la madre la patria potestad. Cuando la incapacidad fuere notoria, se procederá como en art. 148, y su Com.—Comp. GOYENA, art. 162. FREITAS, art. 1515. CÓD. DE CHILE, art. 262.

(**Art. 308.**) La razón del art. está en la naturaleza del poder marital, que suprime la capacidad de la mujer reduciéndola á una incapacidad relativa, para la mayor parte de los actos de la vida civil. En el mismo caso, el viudo que contrae segundas nupcias no la pierde; es pues una razón de orden y de autoridad de la familia la que priva á la mujer el ejercerla. ¿Por qué entonces, no la recobraría si volviera á enviudar? Si tiene patria potestad sobre los hijos del segundo matrimonio, no vemos por qué no la tendría sobre los del primero, y con más razón, si el segundo marido fuera tutor de esos hijos. Lo mismo sucedería si se hubiere anulado el segundo matrimonio. La pérdida de la patria potestad debe cesar en ese caso, desapareciendo la causa que la produjo, y es más conforme con la naturaleza y con la posición social que se ha creado para la madre, invistiéndola de la patria potestad, el volver á poner bajo su cariño y amparo á los hijos que tenía cuando contrajo segundo matrimonio. Sería una situación rara la de una mujer que tuviera bajo su poder á los hijos del segundo marido, y bajo tutela de un extraño, á los del primero, como si fuera incapaz. La razón, de que ha preferido un segundo marido, sabiendo que

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 310.—La actual inmoralidad del padre, el abandono de sus hijos en la infancia, sin proveer jamás á sus necesidades, una vez acreditadas en juicio, son motivos legales suficientes para pronunciar la suspensión ó la pérdida de la patria potestad.—Tit. 23, pág. 714.





Por nuestras leyes, los delitos políticos de rebelión ó sedición se castigan con pena de entrañamiento, y pueden llegar á ser rebeldes ó sediciosos los más ilustres ciudadanos; así es que

perdería el poder sobre sus hijos, no tiene fuerza, si se tiene en consideración, que en la mayoría de los casos la mujer contrae segundo matrimonio buscando un amparo y una mano poderosa que pueda protegerla á ella y sus hijos. El marido que ha elegido á una viuda con familia, la ha aceptado en esas condiciones y no es extraño, que sino mira con cariño á los hijos del primer lecho, la consideración de que son hermanos de sus hijos, hará guardarle todos los miramientos que se debe á la infancia desvalida. Por eso la ley, al privar á la madre de la patria potestad en caso de segundas nupcias, no lo ha hecho como una pena, sino como una consecuencia de la sujeción en que vive; no ha impedido al padrastro ser tutor de sus hijastros; así, la madre y los hijos habrían pasado bajo su autoridad sin dificultad alguna. En esas condiciones, ¿por qué la madre no volvería á recuperar con la capacidad civil la patria potestad?

El Dr. Segovia admite que la madre vuelve á tener patria potestad, cuando el matrimonio anulado ha sido contraído por fuerza ó violencia ejercida contra la mujer; pero podemos decir con razón, que si continua en él sin alegar los vicios que lo anulan, es porque consiente libremente, y sería el caso del matrimonio voluntario. La voluntad de la madre no influye en la privación de la patria potestad, es el poder marital á que está sometida, que hace imposible su ejercicio. ¿Por qué si fué violentada para contraerlo, volvería á recobrarla por la nulidad del matrimonio ó la muerte del que cometió la violencia, si no la había perdido por un hecho que se considera como no realizado? En este caso la patria potestad no se habría suspendido.

En derecho francés, cuando la madre es llamada á ejercer el poder paterno, no puede hacer detener á sus hijos en un establecimiento correccional, sino con consentimiento de los dos más próximos parientes del padre; y pierde este derecho, si ella se vuelve á casar, y *lo recobra después de la muerte de su segundo marido; cesante causa, cessat effectus*. De esta opinión son AUBRY y RAU, § 550, nota 19. TOULIER, II, 1058. MARCADÉ, al art. 375, n.º 2. VAZEILLE, *Matrimonio*, II, 425. TAULIER, II, pág. 484. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, § 187, nota 17., en contra, DUCARROY, BONNIER y RUSTAIN, I, 556. DEMOLOMBE, VI, 322 á 324.

Como el usufructo legal no existe generalmente sin la patria po-



no creo que la patria potestad se suspenda por la pena de destierro; más aún, si tenemos en cuenta que la mujer está obligada á seguir á su marido donde fije su domicilio. Otra cosa sería si el padre fuera deportado á un lugar que sirviera de reclusión á criminales.

Cuando la madre viuda contrajere segundas nupcias, el Código dice que *pierde* la patria potestad, y yo enseño que *se suspende*, dando las razones de esta opinión en la nota.

La terminología del Código en esta parte deja mucho que desear, y por esa razón creo que no debemos apegarnos á sus palabras.

Mi opinión no puede ser contradicha en caso de un matrimonio celebrado por fuerza ó violencia que se hubiera hecho á la viuda, pues, una vez declarado nulo, la patria potestad que no se ha perdido ni suspendido, volvería á ejercerla.

En caso de ausencia de los padres, no es necesario que se declare su fallecimiento presuntivo, basta que se ignore donde se encuentran; por esa razón el Ministerio Pupilar ó cualquiera de los parientes de los menores pueden denunciar la ausencia de los padres.

En los casos de imposibilidad por enfermedad mental, es necesario que el juez declare la incapacidad del padre, y la mujer

testad, mientras la madre permanezca sujeta al poder de su marido corresponderá á los hijos, y cuando haya recobrado su libertad y con ella la patria potestad, lo volverá á adquirir. Por eso creo que es caso de suspensión, pues una vez perdida la patria potestad no se recobra, mientras que suspendida renace así que desaparezca la causa que la motivó. Esta es una excepción á lo enseñado en el art. 304 en los casos de suspensión. Se pierde por pena, los que esponen ó tratan á sus hijos con crueldad. Véase Com. á los arts. 287 y 3738.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 308.—Arg. de la L. 5, Tít. 16, Part. 6^a, *Auten sacramentum* á la L. 2, Tít. 55, Lib. 5, Cód. Rom. Véase Cód. Francés, art. 386—Cód. de Nápoles, art. 300—Cód. Sardo, art. 235—Cód. Holandés, art. 372. Es expreso el Cód. de Vaud, art. 206.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cuy.—*Aplicación del art. 308.*—El casamiento de la viuda, trae consigo la pérdida de la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio y hace necesario el nombramiento de tutor.—Jur. Civ., IV, 121, Sér. 2^a.



será nombrada curadora de su marido, teniendo á los hijos bajo su potestad.

¿Pueden renunciar los padres á la patria potestad? Siendo una facultad inherente á la condición de padre, estos no pueden sustraerse á un deber impuesto en mira de un interés superior al individual, pues, el orden social sufriría de este abandono.

Todas las facultades que la ley confiere á los padres tienen por objeto llenar un fin social, y no pueden renunciarse; así, aunque estuvieren concursados y privados de la administración de sus bienes, conservarán siempre la patria potestad sobre los hijos, para educarlos y dirigirlos.

§ 114—DE LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE

La madre ejercita la patria potestad sobre sus hijos legítimos, con la misma extensión que el padre en los casos siguientes:

1° Por la muerte del padre; 2°, por su incapacidad jurídica, cuando la mujer es nombrada curadora de su marido; 3°, cuando el padre ha sido privado de la patria potestad por condena á presidio; 4°, en caso de ausencia con presunción de fallecimiento, declarada por el tribunal competente; 5°, cuando el matrimonio hubiese sido declarado nulo, por haberlo contraído el marido conociendo el impedimento que lo anulaba.

En el primer caso, la madre puede ser privada de la patria potestad, si tratase á sus hijos con excesiva dureza ó les diera ejemplos inmorales (art. 309).

En el segundo, la madre no tendrá el usufructo legal de los bienes de sus hijos que continuará perteneciendo al padre, y lo que sobrase después de llenar las cargas, será considerado como ganancial.

En el tercero, la patria potestad está en suspenso, como en el segundo, y una vez que el padre haya cumplido su condena, volverá á ejercerla.

Quando el marido ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento, aun en el caso de haberse abierto la sucesión definitiva (ó la posesión, como dice el Código), todo quedará sin efecto, por el hecho de aparecer el padre; pero la madre continuará en ella, si el marido no se presentare reclamándola.



En el quinto caso, la madre ejercerá la patria potestad en toda su plenitud como si el marido hubiera fallecido; por que el padre de mala fe tiene sólo todos los deberes y ninguno de los derechos.

En todos los casos en que la madre es llamada á ejercer la patria potestad sobre sus hijos legítimos, no se suspende por su menor edad, ni se limita por autoridad alguna.

Cuando la madre contrajese segundas nupcias, como está sujeta al poder marital, la patria potestad que ejercía se hace imposible, y por eso he enseñado que se suspende y no se pierde. pues, si volviera á enviudar, no habría razón para que no gobernase á los hijos del primer lecho, como gobierna á los del segundo.

§ 115. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS DE UN MATRIMONIO

ANULADO

Cuando el matrimonio ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges y se declarase nulo, los hijos nacidos de ese matrimonio son legítimos, así como los concebidos durante él y nacidos cuando el matrimonio se hubiese anulado.

El vínculo creado por el matrimonio ha desaparecido con la nulidad; pero como los hijos son legítimos, el padre ejercerá la patria potestad sobre ellos, como si el matrimonio existiera. Si el padre muere y la madre permanece soltera, ella ejercerá la patria potestad.

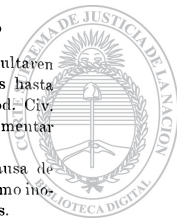
Si el padre, en el momento de la celebración del matrimonio, conocía el impedimento que lo anulaba, no ejercerá patria potestad sobre sus hijos, y la madre de buena fe lo reemplazará, así que se declare la nulidad del matrimonio.

Si la madre conocía el impedimento y se anulare el matrimonio, no ejercerá patria potestad sobre sus hijos, ni aún en caso de muerte del padre.

Téngase presente, que los casos enunciados son diferentes de los del divorcio, en que el juez puede entregar los hijos á aquel que fuere más apto para educarlos. Cuando ambos cónyuges hubieren contraído el matrimonio de mala fe, los hijos no son legítimos y serán considerados en la clase en que los co-

locare el impedimento que anuló el matrimonio. Si resultaren adulterinos, los padres tendrán el deber de alimentarlos hasta los 18 años, y siempre, si estuvieren impedidos. El Cód. Civ. Alemán, art. 1703, impone á los padres el deber de alimentar á estos hijos, como si fueran legítimos.

Cuando el matrimonio hubiere sido anulado por causa de violencia, el cónyuge violentado debe ser considerado como inocente, y será el único que tenga potestad sobre los hijos.



TÍTULO IV

DE LA LEGITIMACIÓN

§ 116. CONDICIONES PARA LA LEGITIMACIÓN POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO



La legitimación tiene por objeto conferir á los hijos la calidad de legítimos. Así, *los hijos nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres (art. 311).*

(**Art. 311.**) Si el hombre fuera casado al tiempo de la concepción del hijo y enviudase antes del nacimiento, casándose en seguida con la concubina embarazada; el hijo que naciera dentro de ese matrimonio no sería legítimo ni podría legitimarse, pues sería adulterino. He ahí un caso comprendido en el art. 253, en que sabiendo el marido el embarazo de su futura esposa, y naciendo el hijo antes de los 180 días, no sería legítimo, y los herederos del marido serían admitidos á negarle la legitimidad contra lo dispuesto en el art. 258, que atribuye á este el derecho exclusivo. Se deben coordinar las diversas instituciones del mismo Código de manera que no produzcan un efecto contrario. El legislador no ha podido autorizar la legitimación de los hijos adulterinos, y por eso, debe tener siempre presente lo determinado en el art. 311, y las correlativas de los arts. 241 y 242, cuando la madre contrajera otro matrimonio dentro del plazo prohibido después de anulado ó disuelto el primer matrimonio.—Véase Com. al art. 253.

La concepción es el punto de partida para juzgar de la aptitud de los padres, porque pueden no tener impedimento en el momento del nacimiento del hijo, y sin embargo no serían considerados como hijos naturales por haber sido concebidos, cuando el impedimento existía. Pero la regla no es absoluta; porque hay impedimentos de carácter *permanente*, como los de consanguinidad, y de matrimonio, p. e. y otros *transitorios* como los de la edad y la locura: en estos últimos aunque á la concepción del hijo los padres no pudieran casarse, no obstante serían naturales si los reconocieran, y se legiti-



Es necesario que el hijo nazca fuera de matrimonio, porque los nacidos dentro de él son legítimos y tienen la presunción en su favor. De aquí la necesidad de armonizar el presente artículo con el 253 y 322. Los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos dentro de él se deben considerar como legítimos, sin perjuicio de que no adquieran los derechos de tales, sino desde el día del matrimonio.

Para que la legitimación tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle antes de la celebración del matrimonio, ó al inscribirse este en los registros parroquiales, ó dos meses después

marian por el subsiguiente matrimonio. Sólo los hijos concebidos en adulterio ó incesto no pueden gozar de este beneficio, porque su estado se encuentra legislado expresamente; no así el hijo de un loco ó de una loca, ó de un menor de 14 años, que no tienen clasificación en el Código. En la nomenclatura del Código no hay sino hijos naturales, adulterinos ó incestuosos. Freitas, en la nota al art. 169, se hace cargo y estudia la cuestión, revistiéndola con la expresión, de son naturales los que no fueren nacidos de *coito damnado*, extendiendo la expresión á los adulterinos, incestuosos y sacrilegos, como en el derecho romano; clasificación que debemos aceptar excluyendo á los sacrilegos, pues nuestra legislación permite casarse á las personas ligadas por votos solemnes de castidad.

La palabra *dispensa* está demás, pues no hay autoridad que pueda dispensar los impedimentos, y ha debido suprimirse al sancionar la ley de matrimonio civil.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 331, l. 5, tit. 27, lib. 5. Cód. ROMANO y nuestros arts. 76, 241, 242, 317, 318, 322 y 359.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 311.—L. 4, Tit. 15, Part. 4^a—L. 2, Tit. 13, Part. 4^a—Cód. FRANCÉS, art. 331—Cód. Holandés; art. 327, y demás Códigos extranjeros, L. 5, Tit. 27, Lib. 50, Cód. ROMANO. En estas leyes y en estos Códigos están excluidos los hijos incestuosos, aunque se puede obtener la dispensa del impedimento. Goyena, en su proyecto, exceptúa los hijos de parientes entre el segundo grado de afinidad y el tercero de consanguinidad, según la computación civil, es decir, hijos de cuñados y de tío ó tía y de sobrino ó sobrinas.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 311.—La legitimación del hijo natural por el subsiguiente matrimonio de los padres no requiere forma expresa; se opera *ipso facto*.—Jur. Civ., VI, 142, Sér. 3^a.

de celebrado el matrimonio (art. 317); porque es la voluntad manifiestada expresamente la que determina el hecho incierto, con relación al padre y á la sociedad. y el reconocimiento viene á

(Art. 317.) Este artículo se refiere al tiempo en que los padres pueden hacer el reconocimiento de los hijos tenidos antes del matrimonio, así como el siguiente establece la forma como debe hacerse. Se confunde generalmente el derecho de los padres, con el de los hijos. Los padres sólo pueden reconocer á sus hijos en el *tiempo* y en la *forma* determinada en este artículo y el siguiente: pero los hijos tienen un derecho *perpétuo* para reclamar su filiación, arts. 259 y 323, sin estar sujeto á término, y contra un derecho semejante no puede haber plazo. Casándose los padres con el objeto de legitimar su prole, no es verosímil dejen de hacerlo, no obstante como puede haber exclusiones por las dudas ocurridas sobre la paternidad durante el concubinato, es necesario conservar á los hijos el derecho de reclamar su filiación. Hay personas de un nivel moral muy bajo y están dispuestas á admitir ciertas acciones que repugnan á la generalidad. Supongamos que durante el concubinato han tenido dos hijos, y al celebrar el matrimonio no reconocen el marido y la mujer sino uno, pues, respecto del otro tiene el padre sus dudas ó la convicción de no ser suyo. ¿Ese hijo se encontrará despojado irremisiblemente de su estado? Según la teoría de los que sostienen que los términos son para el hijo como para los padres, sí; según mi opinión; no. El Dr. Llerena hace la concesión «de que si el reconocimiento es hecho por sentencia judicial después de un juicio de filiación, la sentencia puede ser dada aun después del plazo de dos meses, siempre que el juicio sobre que recae haya sido iniciado antes del matrimonio ó antes de los dos meses siguientes á la celebración». Cómo puede hacerse ese pleito en términos tan angustiosos, tratándose de menores, en la generalidad de los casos? Así como el menor no puede aceptar ni repudiar la legitimación hasta no tener la edad competente, art. 320, menos puede perder un derecho perpétuo, que la ley sabiamente le ha concedido, y contra el cual sólo la cosa juzgada puede detenerlo. En cualquier tiempo que el hijo sepa quienes son sus padres, puede intentar su acción de reconocimiento, y si hubiere desistido del juicio, puede deducirlo nuevamente. En presencia de los testos concediendo á los hijos el derecho perpétuo de reclamar la filiación, no trepidamos en afirmar, que los plazos establecidos en el artículo, se refieren al derecho de los padres, quienes no pueden ejercerlos fuera de esos términos, sin perjuicio de ser obligados por la sentencia al reconocimiento, que producirá la legitimación, si el padre lo hubiera reconocido



darle una familia al hijo. Es la voluntad de reconocerle, unida al hecho del matrimonio la que consagra la ley.

El reconocimiento debe hacerse por ambos cónyuges, á menos que uno de ellos lo hubiera reconocido antes.

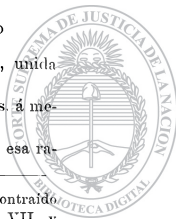
Las leyes de partida reglaban la barraganería, y por esa ra-

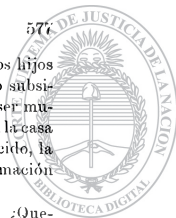
antes y la sentencia se diera contra la madre con quien ha contraído matrimonio.—ZACHARIÆ, § 163, nota 7. DEMANTE, II, 57 *bis*, VII, y DURANTON, III, 180, confirman esta opinión combatida por autores como DEMOLOMBE, V, 362. AUBRY y RAU, § 546, nota 13. TOUL-LIER, II, 927. DELVINCOURT, I, pág. 218, y MARCADÉ al art. 331.

Zachariæ, dice: Hay mucho que exponer en favor de la opinión según la cual el reconocimiento forzado produciría la legitimación, aun cuando el juicio hubiera tenido lugar durante el matrimonio». El caso es el siguiente: durante la unión ilícita sólo el marido ha reconocido como natural al hijo, sin expresar con que mujer lo ha tenido. ¿Podría el hijo investigar la maternidad, diciéndose hijo de la mujer de su padre? Vencida en juicio la mujer. ¿Se consideraría legitimado el hijo, por el subsiguiente matrimonio del padre? La investigación de la maternidad es prohibida cuando tiene por objeto atribuir el hijo á una mujer casada, art. 326, pero en el caso propuesto, el hijo es de su marido, pues lo ha reconocido anteriormente y no resulta ni el escándalo que se desea impedir, ni se introduce un hijo natural en la familia; es un hijo legítimo, porque está en la categoría de tal, si la sentencia lo declara hijo de la demandada, y resulta que es su verdadera madre. La sentencia reemplaza la voluntad de la madre, y el matrimonio subsiguiente lo ha legitimado. Sin embargo, debe tenerse mucha cautela en estos juicios: porque puede existir confabulación entre los padres para defraudar á sus herederos, consideración por las que la ley les fijó un término dentro del cual deben hacer el reconocimiento. Así, un juicio en que los padres reconocieran al hijo después de los plazos determinados por el artículo, no tendrá valor alguno, y podría ser contestado por los herederos, sino hubiera prueba alguna legal en apoyo de sus pretensiones.

Freitas, art. 1567, dice expresamente; los hijos reconocidos voluntaria ó judicialmente después de la celebración del matrimonio (fuera de los términos) no serán tenidos como hijos *legitimados*, sino como *hijos naturales reconocidos*, dando una resolución contraria á la cuestión.

Nuestro artículo fué reformado, siguiendo la observación de la





zón bastaba el matrimonio con la barragana, para que los hijos tenidos en ella quedaran legitimados por el matrimonio subsiguiente. La barragana debía ser tomada ante testigos, ser mujer libre como aquel con quien vivía; ser única y vivir en la casa de su concubino. Como estas condiciones han desaparecido, la ley exige el reconocimiento expreso para que la legitimación tenga lugar.

¿Qué se resolvería cuando el matrimonio se anulara? ¿Quedarían legitimados los hijos si se contrajo de buena fe? No: porque la buena fe sólo protege á los nacidos dentro del matrimonio, y el artículo mismo se opondría, pues sólo pueden legitimarse los concebidos fuera del matrimonio, cuando los padres pudieron casarse al tiempo de la concepción, y es evidente que no pudieron hacerlo desde que el matrimonio se declara nulo, á menos que la nulidad fuera de aquellas que pueden cesar y ser confirmadas, como la del loco ó del menor de 14 años.

La legitimación producirá efecto en los casos de matrimonio *in extremis*, aunque el cónyuge supérstite no pudiera heredar; y es uno de los pocos casos en que los hijos vendrían á excluir en la herencia al padre ó madre sobreviviente.

En general, el reconocimiento debe ser expreso, para los hijos nacidos fuera de matrimonio, sin que haya incongruencia con el art. 253, porque en el uno existe la presunción de legitimidad, bastando con que el padre no lo desconozca. mientras que en el

nota 73 de la INSTITUTA, cambiando el pronombre *estos* por *este*.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 331. FREITAS, art. 1566. GOYENA, art. 189.

Se debe suprimir la palabra *parroquiales*, sustituyéndola por la de registro civil.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 317.—Cód. Francés, art. 331—Cód. Holandés, art. 327.

Faltos de la Cdm. de Apel. de la Cap..—Aplicación del art. 317.—La legitimación del hijo natural por el subsiguiente matrimonio de los padres, se produce cualquiera que sea la forma auténtica en que estos reconozcan la filiación. Jur. Civ.—V, 382, Sér. 4ª.

El hijo natural no reconocido en debida forma, no puede ser incluido en la declaratoria de herederos como legítimo, no obstante el subsiguiente matrimonio de los padres.—Jur. Civ., X, 274, Sér. 2ª.



otro, como ha nacido fuera de matrimonio, se necesita de un acto externo que venga á reconocerlo.

El reconocimiento puede ser voluntario ó forzado, sin que esto altere los efectos de la legitimación; así una sentencia firme que reconozca al hijo como natural de ambos cónyuges, se sustituye á la voluntad de los padres, y si estos estuvieran casados ó lo hicieren después, bastará para que la legitimación se produzca.

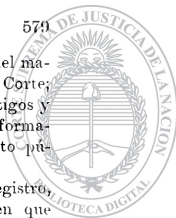
Cuando fuese voluntario *el reconocimiento deberá hacerse* (por ambos cónyuges), *ó en la partida del nacimiento, ó ante el juez del lugar, levantándose el acta correspondiente, ó por escritura pública, ó en presencia del párroco y testigos del matrimonio, si se hiciese al contraerse este (art. 318).*

(**Art. 318.**) La forma de reconocimiento para ser eficaz debe hacerse:

1º En la partida de nacimiento, por el padre y la madre; pues, si sólo fué reconocido por el padre indicando la mujer de quien lo hubo, sirve únicamente de fundamento y antecedente para un juicio posterior, cuando no fuera reconocido en los términos señalados por el artículo anterior. Si la partida del registro fuera incompleta por falta de firma del padre ó del encargado del registro, creemos que á semejanza de las del matrimonio (art. 98 Matr. Civ.) se debe permitir completarlas. Si el reconocimiento ha sido hecho por el padre y madre en la partida, queda legitimado por el matrimonio de ambos. La voluntad de los padres desempeña indudablemente el principal papel en el reconocimiento de los hijos, y cuando esta no existe, la sentencia la reemplaza reconociendo el hecho y acordando los derechos relativos. Una vez reconocido, la legitimidad es un efecto de la ley, y en este sentido se dice que la legitimación viene *ipso jure* con el matrimonio.

2º Ante el juez del lugar levantándose el acta correspondiente; se debe entender por tal, al juez con jurisdicción para conocer en el asunto; pero como se trata de facilitar la prueba de un hecho como el reconocimiento, se admitiría la dada ante cualquier autoridad judicial con las formalidades necesarias para hacer fe enjuicio ó fuera de él.

3º Por escritura pública otorgada por el marido y la mujer dentro de los plazos del art. 317. Si la escritura fuese nula por vicio de for-



El juez del lugar es el de 1ª Instancia del domicilio del marido con relación á la Cámara de Apelaciones ó Suprema Corte; donde no los hubiere, se hará ante el juez de Paz y testigos y el acta se presentará para protocolizarla previas las formalidades, á fin de que tenga la fuerza de un instrumento público.

Como el artículo fué redactado cuando no existía registro, ni estaba en vigencia la ley de matrimonio civil, en que los párrocos levantaban las actas de nacimiento, matrimonio y defunción, de ahí es que figure el reconocimiento de los hijos naturales ante los párrocos; al presente queda reformado y no serían válidos los hechos al celebrar el matrimonio ante la Iglesia; pues deben reconocerse ante el Gefe del Registro y constar en el acta del matrimonio.

Cuando el instrumento donde se hiciere el reconocimiento fuera nulo, por omisión de alguna circunstancia esencial, no producirá efecto, sin perjuicio de servir como principio de prueba para demostrarlo.

Los padres pueden hacer el reconocimiento de sus hijos naturales dentro de los dos meses de contraído el matrimonio, y produce desde ese instante la legitimación; pero este acto es independiente y no perjudica el derecho que tienen los hijos de pedir en cualquier tiempo el reconocimiento, porque esa acción es imprescriptible, cuando la ejerce el hijo mismo.

ma debe permitirse completarla como en el caso del reconocimiento en el acto del nacimiento.

4º *En presencia del párroco y testigos*; esta expresión debe sustituirse por la de: en presencia del encargado del registro (art. 42, n° 8, ley matr. civ.), cuando el reconocimiento se hiciere al celebrar el matrimonio. Si el reconocimiento se hace por un acto privado, no tendrá valor, á menos de exhibirse con otras pruebas en juicio contradictorio, ó si el hijo fuera mayor y pidiera el reconocimiento dentro de los plazos en que los padres pueden hacerlo.—Comp. Cód. Francés, art. 334. FREITAS, art. 1580. GOYENA, art. 184.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 318—Cód. Francés, art. 334—Cód. de Holanda, art. 336.—Cód. Sardo, art. 180.



§ 117. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN

La legitimación hace desaparecer la mancha con que vienen los hijos nacidos fuera de matrimonio, poniéndolos en un pie de perfecta igualdad con los legítimos, porque *los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales á los legítimos para todos los efectos legales, desde el día de la celebración del matrimonio, y la legitimidad aprovecha á su posteridad legítima (art. 319, 1ª parte); pero los derechos y obligaciones que produce la legitimación principian desde el día en que el subsiguiente matrimonio fué*

(Art. 319.) Se ha debatido la cuestión á saber: si la legitimación se estiende á los hijos naturales por el derecho de representación, ó si sólo aprovecha á la posteridad legítima del legitimado; nos decidimos por esta última opinión, estando conformes con el Dr. Llerena en que los parientes ilegítimos no hacen parte de los legítimos, art. 365; pues el hijo natural no hereda al abuelo natural, art. 3582, y por consiguiente no se le puede conceder la representación, apoyando esta opinión en LAURENT, IV, n° 173. AUBRY Y RAU, § 346, nota 25, y FREITAS, art. 1570, n° 2.

La representación no se concede á los hijos naturales para entrar en la sucesión de sus abuelos, por más que el Dr. Velez en la nota 3579, reconoce el derecho del hijo natural como absolutamente de la misma naturaleza que el de los legítimos, salvo la cantidad, porque la ley misma ha puesto un límite á la sucesión del hijo natural estableciendo que no hereda á sus abuelos naturales, art. 3582 cit. No se comprendería entonces el derecho de representación para heredarlo, violando así la ley. El hijo natural hereda sólo al padre que lo reconoció, y para representarlo es necesario ser hábil para suceder á aquel de cuya sucesión se trata, art. 3551, y refiriéndose á los abuelos no es hábil para sucederles. Pero da mayor fuerza á esta opinión el mismo art. 319, que dice: la legitimación aprovecha á la *posteridad legítima* de los legitimados, excluyendo de una manera indirecta á la posteridad *ilegítima*, poniendo un límite á los efectos de la legitimación. El art. 3583, dice: los derechos hereditarios se transmiten á sus descendientes por el derecho de representación; pero es cuando su padre natural hubiere adquirido y hecho suyo el derecho, como en el caso de muerte; si él falleciere después, sus hijos entrarán á representarlo en la sucesión del abuelo, no heredando á este sino á su propio padre que

celebrado; no remonta al día de la concepción, ni al día del nacimiento de los hijos legitimados, sea para influir en los derechos ya adquiridos de sucesión hereditaria, ó para aprovechar al padre en el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus hijos (art. 323).

había adquirido el derecho, ese es el sentido de la representación; sin embargo debe fijarse bien en el 3577 y concordarlo con el 3583 de donde se podría deducir una opinión contraria.

(**Art. 323.**) El matrimonio no produce efecto retroactivo con relación á los hijos legitimados, y estos son considerados como legítimos sólo desde el matrimonio, y los hijos de un matrimonio intermedio que hubieran recibido una herencia ó legado, no tendrían porque comunicarla á los legitimados. Así, el padre que ha reconocido como natural á un hijo, si posteriormente se casa con otra mujer en la que tiene hijos legítimos, si después de enviudar vuelve á casarse con la madre del hijo natural, éste quedará legitimado; pero no participará de los derechos que hubieren tomado sus hermanos. Freitas, art. 1571, expresa así la idea: los que nacieren de un casamiento intermedio del padre ó madre legitimante, repútanse más viejos que el hijo legitimado, aunque hubieren nacido después de él. El artículo viene á cortar las cuestiones suscitadas en el antiguo derecho sobre el tiempo á que debía remontarse la legitimación. Así un legado dejado á los hijos legítimos de fulano, no correspondería sino á los que lo eran al tiempo de la apertura de la sucesión: si después los otros se legitimaron, no tienen participación, porque no eran capaces en el momento de la apertura. El padre no tiene el usufructo ni la administración de los bienes sus hijos naturales, y por consiguiente no puede gozar del que corresponde á los hijos reconocidos, sino desde que se legitimaron por el subsiguiente matrimonio. Véase Freitas, art. 1571. Demolombe, V, n° 367 y la nota de nuestro art. 3290. Como los padres tienen patria potestad sobre sus hijos naturales, si bien más restringida, que sobre los legítimos, la legitimación viene á investirlos de esos nuevos derechos, y los administradores de los bienes estarán obligados á entregarles bajo inventario los bienes que pertenecieren á los hijos naturales, si los jueces no hubieran confiado á los mismos padres la administración de esos bienes.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 319.—L. 1. Tit. 13, Part. 1°—Cód. Francés, art. 333—Cód. Nápoles. 274 y Cód. Sardo, art. 176.





Para influir sobre los derechos adquiridos á una sucesión de-ferida, era necesario que el hijo existiera en su calidad de legítimato al tiempo de la apertura de la sucesión; no habiendo tenido tal carácter, el reconocimiento y matrimonio posterior no pueden alterar los hechos que han tenido lugar, sin darle un efecto retroactivo, que la ley expresamente le ha negado.

El reconocimiento y el matrimonio posterior confieren la legitimación al hijo ó hijos nacidos antes, pero sus derechos como hijos legítimos no pueden ejercerlos sino desde la legitimación.

La designación de hijos legítimos, hijos de legítimo matrimonio, comprende (á) los hijos legitimados (art. 319, 2ª parte); y cuando se habla de aquellos quedan comprendidos estos, con la excepción expresada.

Cuando se dice, la legitimación aprovecha á la posteridad legítima del legitimado, se entiende que puede tener lugar aun en caso de muerte del reconocido, es por eso que *la legitimación puede extenderse á los hijos que hubiesen fallecido al tiempo de celebrarse el matrimonio, dejando descendientes, en cuyo caso aprovecha á estos (art. 316), y podrán ejercer los mismos derechos de los padres.*

(Art. 316.) El artículo es tomado del 332 del Francés y ha venido á decidir la cuestión, muy debatida entre autoridades como la de Pothier, Merlin y otros, quienes sostienen que la legitimación no se extiende á los descendientes del que hubiese fallecido, resolviendo nuestro Código la controversia en un sentido favorable á la legitimación. La legitimación sólo alcanza á los descendientes legítimos del legitimado, porque como dice Demolombe, *el hijo natural de un hijo natural muerto, no podría en caso alguno ser legitimado por el matrimonio de los autores de aquel que lo ha reconocido*; el reconocimiento no crea lazo jurídico, sino entre el hijo y aquel de quien emana. No puede ofrecer duda la palabra *descendiente*, pues una vez explicado el origen del artículo, se comprende que sólo puede referirse á los legítimos. — Véase Com. al art. 319.

Goyena, explicando el art. 161 que es exactamente el nuestro, agrega: es bien justo dar este consuelo á los hijos del que, durante su vida fué privado injustamente de él. Por este medio la ley conserva en la familia unos bienes que pasarían á extraños y repara el agravio que su abuelo había hecho á la memoria de su padre.» El Cód. de Chile,



§ 118. QUIENES SE LEGITIMAN POR EL SUBSIGUIENTE MATRIMONIO
Y QUIENES DE OTRA MANERA

Se legitiman por el subsiguiente matrimonio sólo *los hijos que tuviesen su domicilio de origen en la República, este Código no admite otros modos de legitimación (art. 312)*, pero en cuanto á

art. 213, es más terminante, pues declara que la legitimidad sólo aprovecha á la posteridad legítima de los hijos legitimados.—Comp. DEMOLOMBE, V, 356, y AUBRY Y RAU, § 546, notas 25 y 26. MARCADÉ al art. 332.

Zachariæ, § 163, nota 11, agrega: «la legitimación tiene lugar aun en caso de muerte del hijo á la época del matrimonio y aprovecha á los hijos legítimos ó *legitimados* del fallecido», debiendo tenerse presente, que estos se equiparan á los legítimos sólo, *desde el momento del matrimonio*. El art. 319 dice: la legitimación aprovecha á la posteridad legítima; resolviendo la cuestión.

(**Art. 312.**) Se trata de hijos nacidos fuera de matrimonio, cuyos padres estaban domiciliados en la Argentina; en cualquier parte que esos hijos hubieran nacido, y aunque en el lugar del nacimiento se admitiera otro medio de legitimación, no se legitimarán sino por el subsiguiente matrimonio. Se sobreentiende que los padres continuarán viviendo en la República, pues si hubieran cambiado de domicilio, nuestras leyes no pueden impedir la legitimación con arreglo á las de la nación donde viven; aunque sería discutible en el caso de tratarse de aplicar esa legitimación á los bienes situados en nuestro territorio. Por ejemplo, dos personas libres domiciliadas en la República, tienen un hijo en Rusia, donde la legitimación por rescripto del príncipe es admitida; reconocido por ambos, vuelven al territorio argentino; más tarde ese hijo obtiene en Rusia la legitimación por rescripto; esa legitimación no será reconocida entre nosotros. Para los domiciliados en la República al tiempo del matrimonio no hay otra legitimación que el subsiguiente matrimonio.—FREITAS, art. 1554.

El domicilio de origen, es el lugar del domicilio del padre en el día del nacimiento del hijo art. 89; así en el ejemplo propuesto el hijo nacido en Rusia tiene su domicilio en la Argentina. La disposi-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 316.—Cód. Francés, art. 332; de Nápoles 274; Holandés, 334; Sardo, 173.—En contra Gregorio Lopez, Glosa 9 á la L. 1, Tit. 13, Part. 4^a.

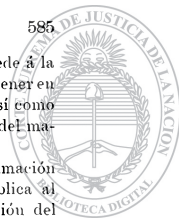


los hijos que tuviesen su domicilio de origen fuera de la República, se admiten los modos de legitimación que dispusieren las leyes del país de ese domicilio (art. 313), sin embargo, estos principios se aplicarán teniendo en cuenta el art. 314.

ción de este artículo rige casos diferentes de la de los arts. 313 y 315, sin que haya incongruencia entre ellos, como lo hicimos notar en la Instituta, nota 57. La ley toma el domicilio de origen porque el hijo nacido no puede tener otro domicilio que el de sus padres, no tiene voluntad para crearse otro.—Véase FREITAS, art. 1554, n° 2 y nuestros arts. 313 y 315.

Téngase presente el art. 314, pues, según él, las disposiciones de este título sólo se aplican á los hijos cuyos padres tengan ó hayan tenido su domicilio en la República al tiempo de celebrarse el matrimonio; así además del domicilio de origen deben tener el domicilio matrimonial.

(Art. 313.) Los hijos nacidos en el extranjero ó en la República accidentalmente, teniendo los padres su domicilio fuera de la Argentina, se legitiman con arreglo á las leyes del país dónde los padres estuvieren domiciliados: este es uno de los casos de aplicación de las leyes extranjeras en nuestro país. Sólo se aplicarán cuando los individuos cambiaren de domicilio á la República, ó cuando tuvieren que ejercer derechos en su calidad de hijos legitimados, con relación á los bienes situados en nuestro territorio, pues, en estos casos no tienen aplicación nuestras leyes. Así, el hijo natural nacido en un país donde los padres están domiciliados y que admite la legitimación por rescripto, podrá legitimarse por este medio y esa legitimación sería válida en la República; pero ¿cómo se aplicará el art. 315, cuando los padres estuvieren domiciliados en el extranjero al nacimiento del hijo, y cambiaren de domicilio contrayendo matrimonio en otro país? ¿Con arreglo á que leyes se legitimará? Nuestro Código dá preferencia á las leyes del domicilio matrimonial. Son pues, tres casos completamente diversos. Si los padres hubieran cambiado de domicilio á la República y el hijo está legitimado por rescripto, con arreglo á las leyes del domicilio anterior, se tendrá por tal; pero si no estuviere legitimado y los padres contrajeran matrimonio en la Argentina, se legitimará por el subsiguiente matrimonio. Si el padre se hubiere casado con otra mujer que la madre ó si esta hubiere fallecido, el hijo puede obtener su legitimación por rescripto con arreglo á las leyes del domicilio anterior de los padres.—FREITAS, art. 1556.



Para aplicar los beneficios que nuestro Código concede á la legitimación por subsiguiente matrimonio se debe pues, tener en cuenta el domicilio de origen de los que se legitiman, así como el domicilio de los padres al tiempo de la celebración del matrimonio que debe legitimarlos.

Así, el subsiguiente matrimonio produce la legitimación cuando los padres han tenido su domicilio en la República al tiempo del nacimiento de los hijos, y al de la celebración del matrimonio; pero si tuvieron su domicilio de origen fuera de la República y los padres estuvieren domiciliados en ella al tiempo del matrimonio, se legitimarán igualmente por este medio, si lo admitieren las leyes del país de su domicilio de origen. De manera que prevalecerán las leyes de la República, si en ella estaban domiciliados los padres al tiempo del nacimiento y de la celebración del matrimonio.

En cuanto á los hijos cuyos padres tengan ó hayan tenido su domicilio fuera de la República, al tiempo de la celebración de su matrimonio, aunque otro fuese su domicilio al tiempo de la concepción ó nacimiento, y aunque el casamiento se halla celebrado en la República, el subsiguiente matrimonio no legitimará los hijos, si las leyes del país del domicilio del padre al tiempo de la celebración del matrimonio no admitieren este modo de legitimación, y si lo admitieren, la legitimación será sólo juzgada por esas leyes (art. 315), pues deben prevalecer las leyes del domicilio

Si la ley del domicilio de origen admite la legitimación por rescripto, y la rechaza la del domicilio matrimonial en la República. ¿Cuál debe prevalecer? La que sea más favorable á la condición del hijo: pues el art. 314 no contraria lo dispuesto en el presente, sino explica cuando las disposiciones sobre legitimación se aplicarán á los hijos cuyos padres hayan tenido ó tengan su domicilio en la República á la celebración del matrimonio.

(**Art. 315.**) Este artículo debió seguir al 313 y entonces habrían quedado de este modo: 1° los hijos nacidos en el extranjero cuyos padres estén domiciliados en la República, sólo se legitiman por el subsiguiente matrimonio de sus padres en cualquier parte que lo hubieran celebrado; 2° los hijos cuyos padres estaban domiciliados en el extranjero, al tiempo del nacimiento, se legitimarán con arreglo á las leyes



de los padres al tiempo de celebrarse el matrimonio, pues, vorosíblemente á ellas han querido sujetarse, y porque la aplicación de las leyes de su domicilio es la regla, tratándose de actos ejecutados voluntariamente.

Y como una consecuencia forzosa de la preferencia que se da á las leyes del domicilio de los padres al tiempo de la celebración del matrimonio, el Código ha establecido, que *las disposiciones de este título sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio, serán sólo aplicables á los hijos cuyos padres tengan ó hubiesen tenido su domicilio en la República, al tiempo de la celebración del matrimonio (art. 314)*, pues sería por demás raro,

del domicilio de sus padres; 3º cuando los padres estuvieren domiciliados en el extranjero, al tiempo de la celebración del matrimonio, se regirá la legitimación por las leyes de ese país, cualquiera que sea el lugar del nacimiento. Como se vé este artículo ofrece un caso diverso al de los 312 y 313. Por ejemplo, un niño nacido en Rusia donde los padres están domiciliados, cambian de domicilio á la República del Uruguay donde se casan. ¿Qué leyes deben aplicarse? Las de Rusia donde tenía su domicilio de origen y que admite la legitimación por rescripto, ó las de la República del Uruguay dónde sólo admite la legitimación por subsiguiente matrimonio? Nuestro Código siguiendo á Freitas dá preferencia á las del domicilio que tenían al celebrarse el matrimonio, diciendo, si los padres estaban domiciliados en la República cuando nació el hijo y cambiaron posteriormente de domicilio á Rusia, p. e., habiéndose casado allí, los hijos se legitimarán con arreglo á la ley rusa, pues es la de su domicilio matrimonial. Así un hijo legitimado por rescripto en esas condiciones, haría valer sus derechos en la Argentina á la par de los otros de legítimo matrimonio, cuando se tratase de la transmisión de los bienes situados en la República; otro caso de aplicación de leyes extranjeras. No hay pues, incongruencia entre estas tres disposiciones que rigen casos diversos.— Véase INSTITUTA, nota 57. El DR. LLERENA, apoya esta opinión en el art. 315. Véase FREITAS, 1557.

(**Art. 314.**) La legitimación por subsiguiente matrimonio está sujeta á ciertas formas determinadas en los arts. 317 y 318, de como se puede hacer el reconocimiento, el tiempo en que debe verificarse y los efectos que produce, art. 319, sobre todas estas circunstancias se aplican las leyes nacionales, en los matrimonios ce-



aplicar leyes extranjeras tratándose de instituciones tan fundamentales, y con relación á individuos sometidos de hecho á las leyes del país donde viven.

Las doctrinas que nacen de estos artículos pueden condensarse así: 1º, la legitimación por subsiguiente matrimonio sólo se aplica á los hijos nacidos de padres que tenían su domicilio en la República al tiempo del nacimiento de aquellos; 2º, los hijos nacidos cuando sus padres estaban domiciliados fuera de la República, sólo se legitimarán con arreglo á las leyes del país de ese domicilio; 3º, si los padres tenían su domicilio fuera de la República cuando celebraron el matrimonio, la legitimación se regirá por las leyes de ese domicilio cualquiera que hubiere sido el del nacimiento. Es, pues, el domicilio los padres al tiempo de la celebración del matrimonio el que debe prevalecer en este caso.

§ 119. DE LOS QUE PUEDEN ACEPTAR Ó IMPUGNAR LA LEGITIMACIÓN

La legitimación es en general un beneficio para los hijos que

lebrados en la República entre las personas domiciliadas en ella. No regirán esas formalidades para los matrimonios que accidentalmente se celebraren en otra nación.

Este artículo interpolado indebidamente entre el 312, 313 y 315, ha debido colocarse después de ellos, para no introducir cierta confusión, que sólo viene del lugar ocupado. Esta disposición en nada contraría la del 312 referente á los hijos nacidos en el extranjero cuyos padres estaban domiciliados en la República, y con mayor razón se aplicarían sus leyes si se casaren en ella; pero esto no será una condición para que la legitimación se opere. Téngase presente que nuestras leyes no pasan el territorio de la República, sino por convencción ó tratados diplomáticos y es inútil dictar disposiciones sin sanción alguna para individuos que no están obligados á obedecerlas. Los hijos nacidos en el extranjero, cuyos padres estaban domiciliados en la República al tiempo del nacimiento, no se legitimarán sino por el subsiguiente matrimonio, en cualquier parte dónde se hubieren casado. Así, un niño nacido en Rusia, y cuyos padres se casaron allí, se legitimará por el subsiguiente matrimonio si sus padres están domiciliados en la Argentina, y lo han reconocido al tiempo de casarse, aunque las leyes de aquella nación no admitieran ese medio de legitimación.— Véase FREITAS, art. 1556.



la reciben; pero puede llegar á hacerse por un sórdido interés, y por esa razón las personas que son objeto de de ella, pueden aceptarla ó rechazarla, según les pareciere conveniente. Por eso ha dicho la ley: *la persona que tenga la libre administración de sus bienes, podrá aceptar ó repudiar la legitimación. Los que estén bajo tutela, y la mujer casada, no pueden aceptarla ni repudiarla sin consentimiento y aprobación del tutor ó del marido* (art. 320). Cuando el reconocimiento no hubiere sido aceptado ni rechazado, lo que sucederá generalmente, en la menor edad, el hijo tendrá derecho para repudiarla hasta dos años después de haber llegado á la mayor edad (art. 4029), y por analogía se

(Art. 320.) La legitimación proveniente del reconocimiento hecho por los padres antes de casarse ó en el momento de contraer matrimonio ó dos meses después, puede ser aceptada ó rechazada por el hijo sólo cuando llegue á su mayor edad. Esta acción no es perpétua como la del hijo legítimo para reclamar ó negar su legitimidad (art. 862, y se prescribe á los dos años de haber llegado el hijo á la mayor edad (art. 4029). La aceptación puede ser expresa ó tácita; pero la repudiación debe ser expresa. El menor emancipado tiene la libre administración de sus bienes y puede aceptar ó rechazar la legitimación, asistido de un tutor especial si debe comparecer en juicio. Si no hubiere aceptado expresamente la legitimación, el término para reclamarla sólo le correría cuando llegare á la mayor edad. Si la mujer casada fuera menor de edad, no podrá aceptar ó repudiar la legitimación con la sola autorización del marido, necesitará también la del juez: si fuera mayor de edad y el marido menor, podrá hacerlo con la sola autorización de éste. ¿Puede el tutor con autorización del juez rechazar la legitimación que provenga del reconocimiento hecho por los padres antes de casarse? El caso será raro; pero en nuestra opinión no debe entrar en estos juicios que son personalísimos á menos de tener una prueba evidente de la falsedad del reconocimiento y del perjuicio que puede traer al menor, cuyos intereses y educación se le han confiado. Los actos que demostrasen tácitamente que el tutor hubiere aceptado la legitimación, no privarán al menor de rechazarla, cuando llegue á la mayor edad. Si el derecho de impugnar el reconocimiento se ha extinguido por la prescripción, con él ha terminado el de contestar la legitimación que proviene del subsiguiente matrimonio.—Comp. Cód. Francés, art. 339 y Cód. de Chile, arts. 210 y 211 y nuestros arts. 193, 335, 380, 411 y 4029.



debe conceder el mismo término á los hijos mayores que no lo hubieren aceptado expresa ó tácitamente.

La legitimación puede ser impugnada por los hijos legítimados, y tienen derecho á hacerlo todos los que se encuentren perjudicados por tal acto; así, *pueden impugnarla los hijos del matrimonio por el que hubieren de legitimarse los hijos, y también los hijos de un anterior ó posterior matrimonio, ó los que tengan un interés actual en hacerlo (art. 321)*, es decir, aquellos

(**Art. 321.**) El reconocimiento es un acto *personalísimo* y no puede ser hecho sino por el padre ó por la madre conjunta ó separadamente; pero el padre no puede imponer á su mujer un reconocimiento que esta no ha hecho; así no tendría valor alguno para la madre la declaración del padre reconociendo á un hijo como habido de tal mujer, acto por otra parte prohibido (art. 334), lo mismo podríamos decir de la madre con relación al padre. El tutor ni aun con autorización del juez puede hacer reconocimiento en nombre de su pupilo.

La legitimación puede impugnarse por cualquier vicio que hiciere nulo ó anulable el reconocimiento; como si hubiere sido hecho por causa de error, dolo ó violencia ó se hubiere realizado ante una persona que no tuviera autoridad para recibir el acto, ó cuando el reconocimiento no es la expresión de la verdad. Esta acción de desconocimiento pueden deducirla los padres mismos que lo hubieren hecho por error ó violencia.

La acción que tienen los hijos reconocidos para rechazar el reconocimiento se prescribe por dos años desde que el hijo llegue á la mayor edad (art. 3029); pero que la tienen los demás hijos ó interesados para impugnarlo; ¿es imprescriptible como lo pretenden algunos? No hay más acciones imprescriptibles que las enumeradas en el art. 4019; fuera de ese artículo, no existe imprescriptibilidad, y crearla, sería pretender sustituir al legislador, lo que no puede hacer la doctrina ni la jurisprudencia. Téngase presente que la legitimación no es sino un efecto necesario de estos dos hechos reunidos: reconocimiento del hijo y matrimonio entre los padres. Lo que se impugna en realidad no es la *legitimación* que es un efecto legal y necesario; es el reconocimiento mismo ó el matrimonio que es la causa; así es que la acción no puede ser imprescriptible, pues, como dice el Sr. Velez Sarsfield en la nota al art. 4010, n° 2, «la acción de desconocimiento de la paternidad, la demanda de nulidad del matrimonio, son acciones prescriptibles». Observaremos también, que el matrimonio putativo en los casos en que



á quienes perjudicare (el reconocimiento) en sus derechos hereditarios, ó tuvieren algún derecho sujeto á esa condición, si viniera á alterarse por la legitimación.

Así, cuando los padres hubieran reconocido como suyo á un niño que no lo fuera y quedara este legitimado por el subsiguiente matrimonio, pueden impugnar la legitimación los padres de los que lo reconocieron, y en caso de sucesión, los que deberían heredarle, si el hijo no existiere ó no lo fuese de los que lo reconocieron.

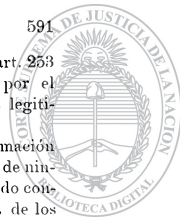
Se dice impropriamente que se *impugna la legitimación* cuando esta es un efecto necesario de dos hechos: el reconocimiento y el matrimonio; lo que se impugna es el reconocimiento y por eso eso es de estricta aplicación el art. 335.

La denegación de la paternidad no obstará á la legitimación de los hijos concebidos antes del matrimonio, y nacidos después, si el marido antes del casamiento supo el embarazo de su esposa, ó si por cualquier otro modo reconoció expresamente por suyo el hijo que la mujer diera á luz, sea antes ó después del nacimiento (art. 322), debiendo tenerse presente que este artículo se re-

produce la legitimidad de los hijos habidos durante él, producirá los mismos efectos respecto á la legitimación de los reconocidos en el tiempo y con las formalidades legales.—Véase Com. al art. 335 y Cód. DE CHILE, arts. 308, 316 y 317.

Nota del Dr. Velez Sarsfield.—Véase la nota al art. 208, inc. 3 del Cód. de Chile.

(**Art. 322.**) Este artículo parece introducir una nueva manera de legitimación, pero no es así. El art. 311 es de Goyena 118, y el presente, de Freitas 1561 que extiende la legitimación á los concebidos antes del matrimonio, comprendiendo naturalmente á los nacidos, y por esta razón ha redactado el artículo 1554 refiriéndose á los hijos concebidos antes del matrimonio, que el nuestro ha tomado al pie de la letra, sin fijarse en la diferencia. Según el sistema del Código, los hijos nacidos *dentro* del matrimonio son legítimos, art. 253, si no fueren desconocidos, y me he decidido por la opinión que así los considera. Si el marido no puede desconocer la legitimidad del hijo nacido *dentro* de los 180 días del matrimonio (lo que prueba que fué concebido antes), cuando conoció el embarazo de su esposa ó reconoció al



fiere á la legitimación hecha expresamente, mientras el art. 253 se aplica á la legitimidad que no puede desconocerse por el padre, una vez que hubiere guardado silencio sobre la legitimidad del hijo.

En el sistema adoptado por nuestro Código, la legitimación sólo se aplica á los hijos *nacidos fuera* de matrimonio, y de ningún modo á los nacidos *dentro de él*, aunque hubieran sido concebidos fuera; sistema más conforme con la naturaleza de los hechos, y que consulta mejor la pureza de las costumbres sociales. ¿Cómo equiparar el que se apresura á cubrir una falta que aun permanece oculta por respeto á la sociedad en que vive; con el que continúa viviendo en concubinato? El hijo nacido *dentro* de matrimonio es legítimo, aunque hubiera sido concebido antes.

§ 120. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA IMPUGNAR Ó ACEPTAR LA LEGITIMACIÓN

Se ha dicho que el derecho de impugnar el reconocimiento que produce la legitimación, cuando es ejercido por el hijo mismo se prescribía por dos años, á contarse desde que el legitimado haya llegado á la mayor edad, y cuando fuera mayor se prescribirá en el mismo tiempo, á contar del reconocimiento, si tuvo conocimiento de él; ahora examinemos el término en

hijo en cualquier forma (art. 253); quiere decir entonces que el hijo es legítimo y no legitimado. Comparando los términos de los arts. 253 y 322 se comprenderá que encierran la misma idea. Apesar de esta opinión, la legitimidad que acordamos al hijo concebido fuera de matrimonio y nacido dentro de él, no producirá efecto sino desde el matrimonio. En la nota al art. 253 hemos salvado los casos cuando la legitimidad no puede tener efecto, apesar del reconocimiento.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 314. LUISIANA, 209. VAUD, 264. Cód. DE CHILE, 206, y nuestros arts. 253, 332 y 4042.

Tenemos otra diferencia esencial en apoyo nuestra tesis; en la legitimación el reconocimiento debe ser expreso en el tiempo y forma determinada por los arts. 317 y 318; mientras en el caso del art. 253 no hay necesidad de reconocimiento, basta el silencio guardado por el padre para que el hijo nacido se tenga por legítimo. Sería conveniente redactar este artículo salvando las dificultades indicadas.



que se prescribe la acción para los demás interesados en contestarla.

Pueden impugnar la legitimación, los hijos de un matrimonio anterior ó posterior, porque si no tienen un derecho adquirido á los bienes de sus padres en el momento de la legitimación, ese derecho nace cuando se abre la sucesión. Así, no podrán oponerse á la legitimación sino en el caso de tener derechos resolubles, que vengan á ser heridos por ella.

La acción para contestar la legitimación nacerá, pues, desde la apertura de la sucesión ó desde que perjudique á los terceros. En general, esta acción va unida á los bienes que el legitimado debe tomar con los demás herederos que se encuentran en la misma categoría. ó á quienes excluye.

El Código no establece término para la prescripción de esta acción, y de su silencio se ha deducido por algunos que es imprescriptible; cuya opinión rechazamos por las razones siguientes: 1º, la prescripción es una necesidad de orden social, y sólo por una excepción se declara el imprescriptible una acción; 2º, que no estando comprendida entre las acciones imprescriptibles, nadie puede crearla como un privilegio; 3º, que esta acción va unida por decirlo así á los bienes que confiere la legitimación, y se debe prescribir cuando se pierda el derecho para reclamarlos; por consiguiente se aplicará la prescripción de 10 y 20 años, porque la legitimación es un verdadero título.

Además de las razones expuestas, se debe considerar, que si el hijo legitimado debiera estar sometido perpetuamente á la reclamación de su legitimidad, no podría disponer de los bienes que le han dejado sus padres. Si la acción para contestar la filiación legítima es imprescriptible, no lo es la que se relaciona con los bienes, como se dijo en el art. 258. ¿Y porqué no lo sería la de los interesados en impugnar la legitimación? La dificultad queda reducida á encontrar el término de la prescripción, y no debe ser otro que el de los bienes que á va anexa la acción cuya propiedad se reclama. La legitimación es el justo título que servirá para la prescripción.

TÍTULO V

DE LOS HIJOS NATURALES, ADULTERINOS É INCESTUOSOS Y SACRÍLEGOS

CAPÍTULO I

§ 121. DE LOS HIJOS NATURALES

Los hijos designados en el art. 311 (título de la legitimación), son hijos naturales (art. 324), así, pues, son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse, con arreglo á la ley del matrimonio civil. Los nacidos antes de la vigencia de la ley de matrimonio civil, quedan regidos por la disposición del art. 311 y sometidos á la anterior legislación, en cuanto á las formas.

(Art. 324.) La ley de matrimonio civil ha reducido la cuestión impedimentos á los determinados en el art. 9, sin conceder á autoridad alguna facultad para dispensarlos. Así, la noción es más clara, pues, son hijos naturales los *nacidos* de padres que pudieron casarse *al tiempo de la concepción de aquellos*; excluyendo por consiguiente á los concebidos en adulterio ó en incesto.

En el antiguo derecho se estimaba la capacidad al tiempo del nacimiento ó de la concepción, dejando á los hijos la facultad de elegir el tiempo más conveniente.

Dos condiciones se requieren para ser reputados como hijos naturales: 1º, haber nacido *fuera* del matrimonio, porque el nacido dentro de él, aunque hubiera sido concebido fuera, se considera como legítimo; 2º, que la habilidad de los padres para casarse exista al tiempo de la concepción del hijo; así los nacidos cuando los padres no tenían impedimento, no se considerarán naturales, si al tiempo de la concepción los padres no pudieron casarse; debiendo exceptuarse aquellos casos en que la ley crea el impedimento momentáneamente, como en el de la mujer de 12 años y el varón de 14, ó el de locura, pues, aunque los individuos no puedan casarse al tiempo de la concepción, el hijo se reputaría natural, y legitimable por el subsiguiente matrimonio de sus padres, si hubiera desaparecido el impedimento.—Comp. GÖYEN, art. 118, y FREITAS, art. 159 y su nota; Com. art. 311.





Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre ó la madre, ó para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad ó maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurren á demostrar la filiación natural. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres (art. 325). Así es que no hay diferencia entre el reconocimiento forzado y el voluntario, produciendo el mismo efecto.

(**Art. 325.**) Este artículo ha sufrido una alteración fundamental, resolviendo las dificultades que ocurrieron en nuestros tribunales sobre la prueba que debía admitirse en la investigación de la paternidad ó maternidad natural. Se ha ordenado que durante la vida de los padres se admita *toda clase de pruebas*, pero una vez muertos, sólo puede alegarse este derecho si hubiere *posesión de estado*. La expresión de *toda clase de pruebas* debe tomarse en el sentido más lato, con la diferencia que nuestros tribunales han hecho en repetidas decisiones, y es esta: la prueba debe ser de tal naturaleza que no deje dudas en el espíritu del juez: se busca, pues, la convicción, cuando en los casos ordinarios la prueba obliga al juez á aceptarla, aunque tenga una convicción contraria. En general, la prueba debe tomarse como se ha dado, sin que influya la convicción personal del juez: por eso se ha dicho, la convicción legal está en el proceso, mientras la personal reside en el individuo. Dos testigos libres de excepción que afirman haber visto cometer un delito á Pedro, hacen plena prueba, y aunque el juez tenga la convicción de ser otro el delincuente debe declarar culpable á Pedro; se trata entonces de la prueba de hechos materiales, mientras en la filiación natural no hay un hecho directo que concorra á demostrarla; porque el acto de la concepción escapa á una prueba exterior directa. Lo que la ley busca en este caso es el reconocimiento del padre, reconocimiento manifestado por actos expresos, ó por el silencio en que tácitamente se admite la paternidad. Así, un hombre y una mujer que viven en concubinato, continuando esa vida durante el embarazo de la mujer, y siguiendo después del nacimiento, se reputa padre del niño, salvo la prueba contraria, demostrando que otro á la vez mantenía relaciones con la mujer, ó si hubiese estado ausente durante el tiempo de la concepción.

No se debe tomar como un hecho indiscutible de reconocimiento el silencio del hombre y su continuación en la vida marital; porque eso

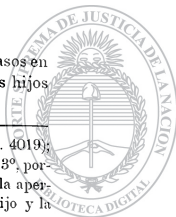
Las pruebas para demostrar la paternidad ó maternidad, deben ser de tal naturaleza que no dejen la menor duda, y satis-

depende del nivel moral de los individuos; por eso la jurisprudencia ha dejado mucha latitud á los jueces, para buscar su convicción personal, sin llegar hasta lo arbitrario, como sería el juzgar por simples presunciones ó desechar un cúmulo de pruebas, bajo pretexto de no estar convencidos.

La *posesión de estado* es la única prueba admitida cuando los padres han fallecido, y consiste en lo que los autores franceses llaman, *nomen, tractatus, fama*. Que lleve el apellido del padre, habiéndole este consentido; que lo haya presentado á la familia como á su hijo; que entre sus relaciones y amistades se le tenga por tal, y haya cumplido con los deberes que la paternidad le impone, alimentándolo y educándolo. En todos estos actos la ley busca la voluntad del padre para reconocerlo, porque el hecho de la paternidad no se puede demostrar: no es como algunos lo han creído una presunción legal de reconocimiento, sino una prueba directa del reconocimiento mismo: porque darle su nombre y presentarlo á la familia y á la sociedad como su hijo, no es ciertamente una presunción, sino una prueba acabada de que lo ha reconocido en diversos y variados actos de la vida.

¿Pueden los hijos legítimos ó naturales del hijo natural pedir el reconocimiento de su padre muerto? Es una cuestión muy debatida en la jurisprudencia francesa, y aunque el Dr. Velez Sarsfield se decida abiertamente por la afirmativa, en la nota al art. 3577, yendo hasta afirmar que el reconocimiento y la sentencia pueden tener lugar aun después de la muerte del hijo natural, cuando este deja posteridad, es necesario examinarla en sus fundamentos; porque si admitimos á los descendientes del hijo á pedir el reconocimiento, debemos concederle facultad para demandar el reconocimiento del hijo muerto, contrariando lo dispuesto en el art. 3584 en que los padres no pueden suceder á los hijos naturales que no hubieren reconocido: pues los reconocerían después de muertos con el objeto de heredarlos. Contrariamos el art. 259, que sólo autoriza á los herederos y sucesores á continuar la demanda de legitimidad, cuando fuere deducida por su causante. Separemos la hipótesis de cuando el hijo natural ha entablado la demanda de reconocimiento, porque entonces sus descendientes pueden continuarla; separemos, igualmente, el caso en que el causante hubiere fallecido en la menor edad, para venir á las demás. Cuando el hijo ha muerto sin hacer reclamación sobre su estado, sus hijos no tienen derecho para demandar el reconocimiento: 1º, porque la acción





fagan la conciencia del juez, y con mayor razón en los casos en que se demuestre ó la madre confiese haber tenido otros hijos de diferentes padres.

sólo es imprescriptible cuando es ejercida por el hijo mismo (art. 4019); 2º, porque la acción sólo se concede al hijo, según el artículo; 3º, porque la capacidad para suceder se debe tener en el momento de la apertura de la sucesión (art. 3287); 4º, porque el silencio del hijo y la aceptación de su estado, importan un reconocimiento de no tener derechos para reclamarla. Así, debemos tomar la conclusión del Dr. Velez, como refiriéndose á los casos de demanda interpuesta ó cuando ha fallecido en la menor edad.—Comp. DEMANTE, II, 62, *bis* XI. DEMOLOMBE, V, 416. AUBRY y RAU, § 569. DURANTON, III, 265. LOISEAU, *Hijos naturales*, pág. 444, y nuestros arts. 85, 86, 332 y 4019, nº 2.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 325.—Prohíben la indagación de la paternidad los Códigos de Francia, Cerdeña, Nápoles, Holanda, Haití, Hesse, Chile y el proyecto de Goyena del Código Civil de España. La permiten Luisiana, Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Inglaterra, Austria, Baviera, Prusia y todos los Códigos Suizos.

La razón que se da para prohibir la indagación de la paternidad es que daría lugar á pleitos inmorales y escandalosos; pero precisamente las leyes que la permiten tienen por objeto evitar fraudes y escándalos de un orden superior. En las cuestiones de filiaciones naturales, la indagación de la paternidad no tendría el resultado de descubrir un crimen. Las leyes no castigan la unión de las personas libres. Ningún hombre se juzgaría deshonrado porque se descubriera que era el padre natural de una persona. ¿Dónde está, pues, el descubrimiento del acto escandaloso? Entre tanto, las leyes de diversas naciones la han permitido y han debido permitir la indagación de la paternidad en las cuestiones de parto supuesto, de falsas filiaciones, toda vez que los padres quieran desconocer á los hijos que verdaderamente lo sean, y no han podido dejar de permitirlo en las cuestiones de filiaciones adulterinas. Si se prohíbe, pues, la indagación de la paternidad, se da lugar á verdaderos escándalos y se destruyen todas las leyes que crean el orden de las familias.

¿Y cómo evitar en los juicios la discusión de hechos inmorales ó escandalosos? Los pleitos sobre estupros, nulidad de matrimonios, amancebamientos de hermanos con hermanas, incestos, adulterios de la mujer ó del marido, son verdaderamente pleitos escandalosos, y sin embargo, es de toda necesidad permitirlos y entrar en la indagación y prueba de los hechos.

Se ha reconocido la necesidad de permitir la indagación de la maternidad. Supóngase que una joven ha concebido un hijo fuera de matrimonio; que oculta el parto para cubrir su honor y pone al hijo fuera de su casa. Corriendo el



Como la prueba directa de la paternidad es imposible, se busca el reconocimiento del padre desde el nacimiento hasta el momento en que reaccionando sobre su convicción an-

tiempo esta mujer se casa, es la madre de familia, reputada honrada por su marido y por sus hijos. ¿Se permitirá este juicio escandaloso é inoral que va á quitar el honor de una mujer casada y traer el desorden en toda su familia? Si, contestan los autores del Código Francés, porque la indagación de la maternidad debe ser permitida, porque la madre es cierta, el hecho puede probarse, no así la paternidad. ¿Y el escándalo y la inoralidad del juicio? Luego no es por la moral que se prohíbe la indagación de la paternidad, sino por lo difícil de la prueba de los hechos.

La madre es siempre cierta, y por esta vulgaridad de antigua jurisprudencia, se permite la indagación de la maternidad y se prohíbe la de la paternidad. En la naturaleza de las cosas, la maternidad es cierta é indudable; pero no en el pleito, en el juicio, si no es que el juez hubiese asistido al parto. El juez tiene que decidir el caso por las declaraciones de testigos, por los informes de los sirvientes, por las pruebas comunes, pruebas iguales á las que pueden darse sobre la paternidad.

Los Códigos que no admiten la indagación de la paternidad se ven en la necesidad de permitirla por las pruebas de escritura pública ó de actos auténticos, y la niegan por las pruebas comunes de presunciones de los hechos accesorios que constituyen la posesión de estado. Así, la paternidad demostrada por los hechos más incontestables, justificada por la posesión de estado más notoria, confesada aun por las declaraciones autógrafas más precisas, podrá ser impunemente desmentida á nombre de la ley, y salvada la primera obligación de un padre de alimentar al hijo á quien ha dado el ser, mientras no se le pruebe que es el padre por escritura pública ó por actos auténticos. Pero la verdad de la escritura pública es meramente una presunción de la ley, desmentida todos los días, igual á la presunción de verdad de la declaración de los testigos. Las leyes, no pudiendo llegar á una perfección absoluta, se han guiado, en la constitución de las pruebas, por lo que regularmente sucede, por meras presunciones de hombre, presunciones que en otros casos pueden ser mayores y más fuertes que la escritura pública, que los actos auténticos, según sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad.

Cuando un hombre ha sostenido y mantenido á la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal á su familia y á la sociedad, y en calidad de padre ha provisto á su educación, cuando ante cien personas y en diversos casos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; más la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una Cor-



terior, ú olvidando sus deberes por otros nuevos, deja de llenarlos. Se debe tener en cuenta que los hombres tratan de ocultar estas faltas, y sin reconocer expresamente á los hijos pro-

te francesa. El juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesión de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública, un asiento bautismal.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 325.—Tratándose de probar la posesión de estado para declarar la filiación natural, no basta que los testigos declaren el reconocimiento hecho en su presencia, se requiere que determinen los hechos en virtud de los cuales se produjo, las personas presentes y todos los detalles ó circunstancias que puedan demostrar al juzgado la ciencia y conciencia de la declaración.—Jur. Civ., III, 296, Sér. 4°.

La prueba de la posesión de estado para declarar la filiación natural, después de la muerte del padre, debe ser clara y concluyente; no basta la sola confesión extrajudicial del causante si fué hecha incidentalmente y sin propósito determinado.—Jur. Civ., VI, 121, Sér. 4°.

Justificada la posesión de estado, la declaración de la filiación natural es ineludible.—Jur. Civ., VII, 392, Sér. 2°.

La posesión de estado se establece por una reunión suficiente de hechos que indiquen la filiación y parentesco entre un individuo y la familia á la cual pretende pertenecer bastante la justificación del *trato* y de la *fama*, sin que sea indispensable el nombre.—Jur. Civ., III, 471, Sér. 1°.

La filiación natural puede probarse durante la vida del padre por todos los medios de prueba admisibles en derecho para probar los hechos.—Jur. Civ., II, 393, Sér. 1°.

Muerto el padre, sólo puede probarse la filiación natural por el reconocimiento expreso ó tácito por medio de la posesión de estado.—Jur. Civ., I, 385, Sér. 1°.

Después del fallecimiento del padre, la única prueba admisible en la filiación natural es la posesión de estado.—Jur. Civ., V, 129, Sér. 1°.

En las investigaciones de la paternidad natural después del fallecimiento del padre, la parte puede usar para comprobar la posesión de estado tácita, de todos los medios de prueba que la ley admite para probar los hechos.—Jur. Civ., I, 523, Sér. 1°.

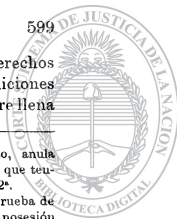
Después de la muerte del padre, la filiación natural, sólo puede fundarse en el reconocimiento expreso hecho en vida.—Jur. Civ., I, 227, Sér. 2°.

Para probar la filiación natural después de la muerte del causante, no basta justificar el concubinato, se necesita también probar la confesión personal de que él era el autor del embarazo.—Jur. Civ., VI, 5, Sér. 1°.

La negación de toda paternidad por medio de testamento público, sólo puede ser destruida por la prueba plena y concluyente de la posesión de estado.—Jur. Civ., III, 131, Sér. 2°.

La filiación natural durante la vida del padre á quien se imputa la paternidad puede justificarse por todos los medios de prueba que se admiten para probar los hechos.—Jur. Civ., III, 153, Sér. 2°.

Durante la vida del padre la filiación natural puede ser demostrada por todos los medios de prueba que se admiten para probar los hechos.—Jur. Civ., VI, 331, Sér. 1°.



veen á su subsistencia, sin darles su nombre, ni crear derechos que puedan serles exigibles. ¿Qué madre en tales condiciones puede exigir un reconocimiento judicial, cuando el hombre llena

La negación expresa de la paternidad consignada en testamento, anula las presunciones que pudieran resultar de las declaraciones de testigos que tengan por fundamento la fama y aun el nombre.—Jur. Civ., I, 227, Sér. 2°.

En los litigios anteriores á la ley de enmiendas al Código Civil, la prueba de la confesión extrajudicial de la maternidad bastaba para justificar la posesión de estado, sin que fuese necesario el reconocimiento expreso y continuado.—Jur. Civ., VII, 519, Sér. 2°.

En vida del padre, la filiación natural puede justificarse por todos los medios que la ley permite para probar los hechos.—Jur. Civ., V, 319, Sér. 3°.

Si la filiación natural ha sido reconocida por el padre en instrumentos públicos, no se requiere igual declaración para intervenir en los autos testamentarios.—Jur. Civ., VI, 434, Sér. 3°.

Cualesquiera que sean los actos que se pretendan inductivos de la filiación natural, la negativa expresa del pretendido padre, justifica la inexistencia de la posesión de estado.—Jur. Civ., I, 8, Sér. 5°.

Si la demanda por reconocimiento de filiación natural se dirige contra el padre, procede la presentación de prueba directa sobre las relaciones carnales de la posesión de estado sólo se requiere después de su muerte.—Jur. Civ., XIII, 333, Sér. 4°.

Los hijos de la concubina nacidos y criados á espensas del querido, sin protesta de éste y durante un largo período, adquieren por este sólo hecho la posesión de estado, sin que sea necesario el reconocimiento expreso de la filiación natural.—Jur. Civ., XIII, 73, Sér. 3°.

Nota—En esta sentencia se confunde en mi opinión, la posesión de estado, que es el reconocimiento expreso del padre, dándole al hijo su nombre, presentándolo á la familia y á la sociedad, y reconociéndolo en todos los instantes, con las presunciones nacidas de la vida común con la concubina, del cuidado, protección y alimentos dados al hijo, que pueden constituir una prueba acabada de su filiación, pero que no sería bastante para demostrarla cuando el padre hubiera fallecido.—(N. del A.)

Las leyes que prescriben los requisitos para justificar la filiación natural, no pueden alterar los derechos adquiridos con arreglo á las anteriores leyes, aunque no hubiesen sido declarados judicialmente.—Jur. Civ., XII, 198, Sér. 3°.

Nota—Debemos hacer una distinción. En general, las leyes sobre la prueba no acuerdan á los particulares derechos de que la ley no pueda privarles y sólo cuando han realizado actos determinados, se considera el derecho adquirido. Así, el que prestó una suma de dinero bajo una ley que le autorizaba á probar la obligación por medio de testigos, no puede ser privado de esa prueba; pero el hijo natural que tenía derecho para demostrar su filiación con una prueba determinada, si no ha usado de ella no puede dárla bajo una ley que la hubiera suprimido, porque no ha ejecutado acto alguno para adquirir irrevocablemente el derecho.

En este sentido la sentencia no se ajusta á los principios del derecho, y por esa razón, los hijos naturales nacidos antes de la reforma del art. 325, deben



sus deberes? Por esa razón, la reforma del artículo no ha sido completa, porque sólo ha mirado uno de los aspectos de la cuestión, tratando de asegurar a los herederos legítimos la pacífica posesión de la herencia, y olvidando a los niños desvalidos que no han podido pedir el reconocimiento, desde que eran atendidos en sus necesidades. Se ha desconocido la verdad de los hechos, tales como pasan en la sociedad, privando de derechos evidentes por falta de una posesión de estado, que dadas nuestras costumbres raras veces se encontrará.

La posesión de estado sólo es posible en Francia, donde la libertad de las costumbres permite a los hombres sin desdoro

ejercer sus derechos con arreglo a la legislación actual, que exige la prueba de la posesión de estado.—(N. del A.)

En la vida de los padres, la prueba debe recaer sobre la existencia de las relaciones ilícitas entre las personas a quienes se atribuye, y que éstas dieron por resultado el nacimiento de la persona, para quien se demanda el reconocimiento.—Jur. Civ., V, 83, Sér. 1ª.

Justificada la vida licenciosa y el contacto carnal con varios hombres en la época de la concepción, la demanda sobre filiación natural, debe ser rechazada.—Jur. Civ., I, 84, Sér. 3ª.

Para la prueba de la filiación natural durante la vida del padre, no basta justificar el contacto, debe justificarse que tuvo lugar en la época precisa de la concepción, y que la honestidad de la madre haga imposible la duda de que otro hombre pueda ser el autor de la fecundación.—Jur. Civ., I, 224, Sér. 3ª.

No basta que el que se dice hijo natural, lleve el apellido del pretendido padre, para que este hecho acredite la filiación, es necesario que el mismo padre sea quien haya autorizado ese uso.—Jur. Civ., III, 358, Sér. 3ª.

Justificada la posesión de estado, procede la declaración de la filiación natural.—Jur. Civ., III, 136, Sér. 3ª.

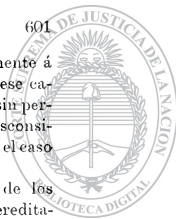
La prueba, para justificar la filiación natural durante la vida del padre, debe recaer directamente sobre la paternidad, puesto que la posesión de estado haría innecesaria la acción.—Jur. Civ., IV, 150, Sér. 3ª.

Justificados los hechos que hacen presumir las relaciones carnales en la época de la concepción, debe conceptuarse probada la filiación natural, en tanto no se justifique la mala conducta de la madre, cuya prueba corresponde al que la alegue.—Jur. Civ., V, 31, Sér. 3ª.

Si la acción para el reconocimiento de la filiación natural se deduce después del fallecimiento del padre, debe justificarse la posesión de estado.—Jur. Civ., XII, 5, Sér. 3ª.

En simples demostraciones de afecto, que no son el patrimonio exclusivo de la sangre ni constituyen prueba plena y directa concluyente, no puede fundarse una declaración de filiación natural.—Jur. Civ., VI, 148, Sér. 6ª.

Las constancias de la partida de bautismo, no bastan para justificar la filiación natural, si no consta que el interesado intervino en aquel acto.—Jur. Civ., XI, 18, Sér. 5ª.



para su nombre, el tener querida y reconocer públicamente á sus hijos, presentándolos á la familia y á la sociedad en ese carácter. Entre nosotros, muy rara vez llega á suceder eso, sin perjuicio para el hombre, á quien la sociedad castiga por la desconsideración. Debe tenerse en cuenta esta circunstancia para el caso de una reforma.

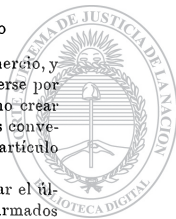
Como los hijos naturales tienen los mismos derechos de los hijos legítimos, salvo en lo referente á la porción hereditaria, resulta que sus descendientes pueden deducirlos en los mismos términos que estos; con la limitación de que, con respecto al reconocimiento, sólo pueden continuar la demanda cuando los padres la hubieren entablado, ó deducirla, si hubieren fallecido durante la menor edad.

Si los padres hubieran fallecido en la mayor edad sin hacer reclamación alguna, sus descendientes no pueden intentarla, pues no sería prudente acordarles un derecho que su causante no se atrevió á reclamar.

Y los hijos naturales del que reclama su filiación natural ¿podrán continuar la demanda deducida por su padre? Si bien no tienen derechos hereditarios respecto de su abuelo natural, como pueden pedir alimentos, me inclino á creer que podrían hacerlo.

La ley ha debido amurallar la familia, impidiendo por todos los medios se especule con el temor que inspira una acusación calumniosa sobre una madre de familia, y por esa razón ha dicho, *la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo á una mujer casada (art. 326)*, pues, habría un verdadero peligro social en admitir tales investigaciones.

(**Art. 326.**) Las razones que el Código ha tenido en vista para negar la indagación de la maternidad cuando tiene por objeto atribuir el hijo á una mujer casada, son meramente sociales: impedir la explotación y el escándalo, pues, no habría mujer casada en alta posición social, que no fuera amenazada por un juicio que la infamaria, aunque lo ganara; no sucede lo mismo con el hombre. Se ha cambiado, pues, la regla del Código francés que prohíbe la indagación de la paternidad, alegando que la madre es cierta y el padre incierto, como si en el



El estado de las personas se encuentra fuera del comercio, y por esa razón la acción para reclamarlo no puede perderse por la prescripción; pero debe tenerse especial cuidado en no crear excepciones contra leyes de orden social, y por eso es conveniente limitar la imprescriptibilidad á lo dispuesto en el artículo 4019, n° 2.

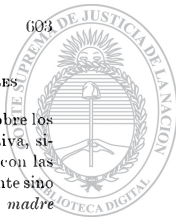
La reforma que sufrió el art. 325 consistió en agregar el último párrafo, porque los herederos se encontraban desarmados contra las asechanzas de los especuladores, que disponiendo del testimonio de personas buscadas en los bajos fondos sociales, podían fácilmente crear, por decirlo así, contra los herederos, hijos naturales, que jamás hubieran aparecido durante la vida del padre.

orden de la naturaleza pudiera existir un hijo sin que el hombre hubiera intervenido. El padre y la madre son ciertos, pero no es posible probar materialmente la paternidad como sucede con la maternidad; pues para el juez la incertidumbre existirá siempre, aunque hubiera asistido al parto, porque no puede constarle jamás que el hijo no ha sido sustituido por otro. Freitas, art. 1597, siguiendo la doctrina establecida en los arts. 1308 y 1575, faculta á la madre casada para reconocer al hijo habido antes de su matrimonio (sin consentimiento de su marido); facultad que nuestra ley de matrimonio civil art. 57, no le ha concedido. ¿Por qué se concedería á la mujer una facultad que se ha negado al hijo? No habría el mismo motivo de escándalo y una especie de difamación para su marido? Sería además poner en la mano de la mujer culpable, que ha dado causa al divorcio, el derecho de crear un coheredero á su esposo, reconociendo hijos naturales. La indagación que se prohíbe no es la que tiene por objeto demostrar que el hijo es del padre y de la madre; si el padre lo reconoció puede entablarse pleito contra la madre para que lo reconozca.—Véase Com. al art. 57, matr. civ., y arts. 317 y 318.—Comp. Cód. Francés, art. 335. FREITAS, art. 1597.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cúp.—Aplicación del art. 326.—La contestación sobre la filiación de una persona á quien se atribuye como madre una mujer casada, es prohibida por la ley.—Jur. Civ., I, 559. Sér. 1°.

La disposición que prohíbe la indagación cuando el hijo se atribuye á una mujer casada, tiene aplicación, cuando ésta reconociéndose madre gestiona los derechos del menor.—Jur. Civ., IX, 144. Sér. 1°.

Los tribunales pueden, de oficio, aplicar la disposición que prohíbe la investigación, cuando el hijo se atribuye á una mujer casada.—Jur. Civ., III, 471. Sér. 1°.



§ 122. DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES NATURALES

Algunos han negado á los padres la patria potestad sobre los hijos naturales reconocidos, y me decido por la afirmativa, siguiendo el texto expreso de la ley, que está conforme con las obligaciones impuestas, que no podrían llenarse debidamente sino la tuvieren. Por esa razón el Código dice, *el padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos (art. 328)*, pero los

(**Art. 328.**) Si el padre y la madre lo reconocen al mismo tiempo, la patria potestad corresponderá al padre, art. 276, Cód. de Chile. Si sólo fué reconocido por la madre y ejerciendo esta la autoridad sobre el hijo, el padre lo reconociera, sería un caso de suspensión de la patria potestad, que volvería á nacer una vez que el padre muriese ó se incapacitase; porque no pasaría bajo el poder del curador del incapaz. La razón de esta decisión es que la ley busca la mayor capacidad para educar al menor, y por esto suspende la autoridad de la madre, pero debe renacer cuando no le fuere posible al padre el atenderlo. Antes de pasar á poder de un extraño ó de la mujer del padre que lo reconoció, y bajo cuya curatela se encuentra el marido incapaz, está la madre que debe tenerlo y cuidarlo: pero si esta se casare, como el poder marital absorbe cualquier otro poder y hace imposible la potestad de la mujer, esta la pierde y debe nombrarse tutor al menor.

Si el menor tuviera hijos naturales reconocidos, estos estarían con el padre bajo la potestad del que lo reconoció: porque no se concibe una potestad que esté bajo otro poder. Sobre todo, la patria potestad no se puede ejercer sin ser mayor de edad ó estar emancipado: debe tener por lo menos el que la ejerce la libre administración de sus bienes.

El Cód. de Chile, art. 279, dá facultades al juez para determinar como contribuirá el padre y la madre, para la crianza y educación del hijo reconocido; nuestro Código guarda silencio y debemos hacer pesar todas las obligaciones sobre el que lo tenga bajo su potestad. Con excepción de las limitaciones contenidas en este título sobre la potestad de los padres naturales, estos tienen las amplias facultades acordadas sobre los legítimos, como el estar en juicio por ellos como demandantes ó demandados; en lo referente á las personas, el de ponerlos en casas donde aprendan una profesión ú oficio, ó de tenerlos en su casa,



juces pueden restringir ó suspender enteramente el ejercicio de este derecho, cuando así convenga al interés de los hijos(**art. 329**),

corregirlos, etc., por más que algunos sostengan lo contrario. Véase lo expuesto en el Com. al art. 264.

Podemos sentar como regla general, que la autoridad concedida por la ley á los padres naturales sobre sus hijos reconocidos, se debe extender á la ejercida sobre los legítimos, *salvo las limitaciones que el mismo Código contenga*, pues la regla contraria «de que sólo son aplicables á los hijos naturales (los derechos y obligaciones), que el legislador expresamente les conceda» introduciría una verdadera perturbación, pues el Código no contiene disposiciones especiales sobre esta materia.—Véase FREITAS, art. 1588, y ZACHARIE, § 171, nota 2, y nuestros arts. 273, 278, 331, 327 á 336, 478.

(**Art. 329.**) Se trata del interés del hijo, y la ley no puede tener la misma confianza en el que ha procreado un hijo fuera de matrimonio, como dice Merlin, que en el padre legítimo; pero la facultad de los jueces está limitada por el objeto, que es buscar el mayor bienestar del

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 328.—En contra L. 2, Tít. 17, Part. 4^a.—Zachariae, § 171.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 328.—No apuntándose hechos atendibles que se opongan al ejercicio de la patria potestad, que el padre natural tiene sobre sus hijos, deben estos ser restituidos al domicilio y poder de él —XXXVIII. 273.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 328.—Si bien la madre natural no tiene la administración de los bienes de sus hijos, tiene su representación para gestionar lo que les puedan corresponder.—Jur. Civ., III, 606, Sér. 2^a.

Al hijo natural, sólo debe nombrársele tutor especial cuando existan bienes que administrar.—Jur. Civ., III, 606, Sér. 2^a.

La madre natural tiene la representación de sus hijos para gestionar su reconocimiento, aun cuando por él pueda corresponderle una parte de los bienes del padre.—Jur. Civ., IV, 206, Sér. 2^a.

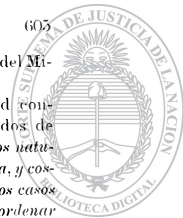
La madre natural tiene personería para gestionar el reconocimiento de sus hijos.—Jur. Civ., IV, 206, Sér. 2^a.

La madre natural es parte en el expediente testamentario del padre natural, aun existiendo tutor, pero sin que esa intervención le permita actos de administración.—Jur. Civ., VII, 319, Sér. 2^a.

Sólo debe nombrarse tutor á los hijos naturales, para administrar bienes, no para gestionar derechos.—Jur. Civ., IV, 475, Sér. 2^a.

Las cuestiones sobre pérdida ó restricción de la patria potestad, no pueden ser deducidas por extraños que reclamen la tutela.—Jur. Civ., X, 30, Sér. 4^a.

El menor debe ser entregado á la madre natural, sin juicio; la oposición del tenedor debe ser desestimada sin sustentación.—Jur. Civ., XI, 290, Sér. 4^a.



lo que podrá hacerse en juicio sumario con intervención del Ministerio de Menores, si hubiere motivo fundado.

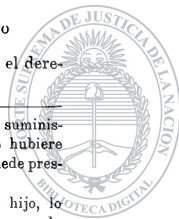
Como una obligación inherente á la patria potestad concedida, y que subsistirá aun en el caso de ser privados de ella, *el padre y la madre tienen el deber de criar á sus hijos naturales, proveer á su educación, darles la enseñanza primaria, y costearles el aprendizaje de una profesión ú oficio: pero en los casos que el interés de los hijos lo demande, los jueces podrán ordenar que la educación del hijo no sea confiada al padre sino á la madre, ó á un tercero á costa de los padres (art. 330).*

niño: por eso el juez puede restringirla ó suspenderla. Las causas señaladas en los arts. 307 y 309 regirán para privarlo por completo de la patria potestad. Y aquí volvemos á hacer notar la inconsecuencia de atribuir á nuestros jueces, casi siempre jóvenes, una función tan delicada, extraña por decirlo así, á las desempeñadas ordinariamente. Pueden intervenir de oficio, cuando les conste que los padres son indignos de ejercer esas funciones? No lo creo, y aun lo juzgaría peligroso; el Ministerio Pupilar debe velar, entablando cualquier gestión: el mismo menor púber puede seguirla, asistido de un tutor especial. Demolombe VI, 621, dice: «la razón, la equidad, el interés del hijo natural y la sociedad entera exigen, que los magistrados tengan una autoridad discrecional más grande, en estos casos.» — Comp. MERLIN, *Rep. Vº Educación*, § 2. ZACHARIE, § 171, nota 2.

(**Art. 330.**) La diferencia de las obligaciones de los padres naturales comparada con la de los hijos legítimos, se reduce á esto: los alimentos y educación de los hijos legítimos deben ser con arreglo á la condición y fortuna de los padres, mientras los naturales sólo deben darles enseñanza primaria y una profesión ú oficio. Cuando ambos padres lo han reconocido, la educación debía confiarse al padre (Com. al art. 328), doctrina consagrada indirectamente por este artículo al decir, que la educación puede no ser confiada al padre por decisión judicial.

La obligación de dar los alimentos debe ser solidaria entre los del mismo grado, y puede establecerla la sentencia á solicitud del alimentado, y no se opone á esta doctrina el art. 371, como lo explicamos en el art. 267. La razón es que los alimentos se consideran como una

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 329.—Zachariæ, lugar citado.



Es inherente á la autoridad ejercida por los padres el derecho de representar en juicio á sus hijos naturales.

deuda de los que están en el mismo grado y condición para suministrarlos, y no pueden quedar eximidos, porque el demandante hubiere elegido á uno para pedirlos. Si alguno de los obligados no puede prestarlos, recaerá sobre los demás, art. 717.

Cuando el padre fuera privado del derecho de tener á su hijo, lo será sólo teniendo en cuenta el interés del menor; como, p. e., cuando le hubiere negado la paternidad y esta se declarase por sentencia, ó cuando no cumpla con su obligación y el juez ordenase los alimentos: en estos casos y otros semejantes, convendrá no dejar al hijo en poder del padre, pues habría peligro de que no fuera bien tratado. Si el padre ha sido forzado por sentencia á reconocerlo, y no tuviera como educarlo, el juez debe dejarlo en poder de la madre, quien ejercerá la patria potestad. De donde resulta, como dice Zacharie, § 171, nota 4, que si los padres han formado un contrato para la educación de su hijo natural, el juez, puede tomar disposiciones contrarias, si lo cree conveniente. No se alterará la disposición del art. 76 de la ley de Matrimonio Civil referente á los hijos menores de 5 años, que deben quedar en poder de la madre, á menos de no ser condenada á prisión, reclusión ó destierro, pues entonces el juez puede ordenar lo contrario, aun á pesar del consentimiento del otro cónyuge. Si la madre lo hubiere reconocido y tuviere en su poder al hijo, el acto de reconocimiento del padre no será bastante para privarle de la patria potestad, porque ella tiene facultad para contestar la paternidad, y en este caso como dice Toullier, II, 1076, si se trata de decidir á quien se debe confiar la educación y guarda del hijo, la madre debe ser preferida, sin que esté obligada á indicar el verdadero padre del hijo.—Comp. MERLIN, *Rep.* 1^o *Educación*, § 2. VAZEILLE, *De Matrimonio*, II, 473. DEMOLOMBE, VI, 630. MARCADE al art. 383. LOISEAU, *Hijos naturales*, p. 530 y 537, y nuestros arts. 331, 336 y 3480.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 330.—L. 3, Tít. 8. lib. 3. F. R.—Zacharie, § 171, inc. 2; y véase el § 131, nota 10.—Merlin, *Rep. verb. Educación*, § 2.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 330.—Los alimentos de los hijos naturales deben pesarsobre ambos padres.—Jur. Civ., I, 423, Sér. 1^a.

Los padres pueden confiar la educación de los hijos al cuidado de un tercero siempre que existan cuestiones entre los esposos.—Jur. Civ., VIII, 496, Sér. 2^a.

Justificada la posesión de estado que implica el reconocimiento tácito de hijo natural, los tribunales deben amparar al padre natural en la patria potestad entregándole el menor para que lo eduque.—Jur. Civ., IX, 307, Ser. 2^a.



Si la madre lo hubiere reconocido y teniéndolo bajo su potestad se casare, se encontrará en las mismas condiciones de la viuda que contrae segundas nupcias; la patria potestad se suspenderá, volviéndola á ejercer en caso de nulidad del matrimonio ó muerte del marido. Cuando la mujer con permiso del marido reconociere un hijo natural, no podrá ejercer poder alguno sobre él, y su derecho se limitará á pedir al juez se le dé un tutor, contrayendo el deber de proveer á sus necesidades.

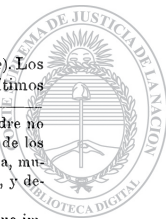
Si el hijo natural llegare á tener algunos bienes, la administración no corresponderá á los padres, porque no teniendo el usufructo no es justo que tengan las cargas; y con previsión se les ha privado de él para no tentar la codicia de ciertos padres, que con poca delicadeza querrían cargar con deberes fáciles de llenar, cuando los hijos tuvieran rentas.

Los menores adultos tienen facultad para reconocer hijos naturales; pero si estuvieran sujetos á la patria potestad, es claro que no podrían ejercerla sobre los hijos, pues el acto del reconocimiento no los liberta de ella; pero si fueran adultos emancipados podrían ejercer la patria potestad.

El reconocimiento es un acto personalísimo, es el resultado de una convicción del que lo ejecuta, y ninguna persona extraña debe intervenir; por esa razón los hijos de familia adultos pueden hacerlo sin autorización de sus padres.

Quando los padres han reconocido á sus hijos ó han sido forzados por sentencia á reconocerlos, *están obligados á dar á sus hijos naturales los alimentos necesarios hasta la edad de diez y ocho años, y siempre que los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer á sus necesidades (art. 331, 1ª parte). Esta es*

(**Art. 331.**) El Código ha creído legislar los derechos y deberes de los padres naturales, como los de los hijos al decir, son los de los legítimos art. 327, sin apercibirse de las diferencias y dificultades de una regla tan general. Así, los padres no tienen obligación de alimentar á sus hijos naturales sino hasta los 18 años, en adelante deben buscarse los medios de vivir fuera de la casa de sus padres; es una especie de emancipación no reglamentada, y lleva consigo la facultad de contratar y obligarse, no sólo en todo lo referente á la profesión ú oficio, como sucede con los hijos legítimos á quienes los padres le per-



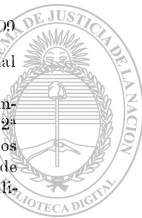
obligación recíproca entre padres é hijos (art. 331, 3ª parte). Los alimentos se prestarán no como en el caso de los hijos legítimos

miten ejercerla, sino en todos los actos de la vida civil. Si el padre no está obligado á tenerlos en su casa, ni á alimentarlos después de los 18 años, se faculta y obliga al hijo á abandonar la casa paterna, mudar de domicilio según lo requieran las necesidades de su vida, y demandar y ser demandado con asistencia de un tutor especial.

La patria potestad es un derecho correlativo á los deberes que impone, y no puede ejercerse por el padre cuando no tiene obligaciones para con su hijo. Hay pues, un verdadero vacío, y la jurisprudencia debe llenarlo. Los padres pueden continuar alimentando y atendiendo á la educación del hijo después de los 18 años y sólo á este título podrán conservar la patria potestad; el hijo no podrá oponerse á esto, porque la obligación del padre limitada por la ley, no le crea un derecho correlativo; es facultativo del padre cesar ó continuar en esa obligación. Cuando el hijo no pudiera proveer á sus necesidades, aunque proviniese de su mala conducta, los alimentos le son debidos hasta que pueda hacerlo: el art. 373, los hace cesar en casos determinados. La obligación de continuar prestando alimentos acordados por la sentencia ó concedidos voluntariamente, pasa á los herederos de los padres, como una deuda que pesa sobre la sucesión, y no se debe considerar, como una excepción inícuu en favor de los hijos naturales, como algunos lo creen. Zachariæ, § 131, nota 10, dice: «la deuda de alimentos lo mismo que toda otra deuda parece deber transmitirse á los herederos y sucesores á título universal de deudas».

Hay tres teorías en derecho francés: la 1ª, hace transmitible la carga á los herederos, cuando es el resultado de un juicio ó de un arreglo previo; en la 2ª, basta la necesidad, si se hace sentir antes de la apertura de la sucesión, y la 3ª, declara la deuda esencialmente *personal* extinguiéndola con la muerte del deudor. Nuestro Código en presencia de estas tres teorías ha dicho solamente: *la obligación de los alimentos incumbe á los herederos de los padres*, lo que parece contradecir la disposición del art. 374. Opino debe aplicarse sólo á la deuda de alimentos nacida antes de la apertura de la sucesión, que ha podido ser transmitida. Téngase presente, que los hijos naturales concurren en la sucesión de su padre, dividiendo por mitad la herencia con los ascendientes legítimos, y por consiguiente hace suponer que al recibir la herencia cesa el derecho de pedir los alimentos.

Los nietos y abuelos naturales están obligados á prestarse alimentos entre sí, art. 369, y no habría necesidad de una nueva dispo-



teniendo en cuenta la fortuna de los padres y la condición social en que se encuentren, sino con arreglo al art. 330 y su nota.

La obligación de dar los alimentos pasa como una carga im- puesta *é incumbe á los herederos de los padres* (art. 331, 2ª parte); pero sólo en esta calidad; así los herederos extraños nombrados en testamento, reciben la herencia con la carga de alimentar á los hijos naturales, cuando estos recibían los ali- mentos á la apertura de la sucesión.

Cuando los hijos naturales demanden los alimentos, deben tenerse en cuenta estas circunstancias, para privar á los padres de la patria potestad.

sición. Por mi parte creo que las palabras *herederos de los padres*, se refiere á los extraños ó que sin obligación de prestar alimentos, hubie- ren sido instituidos por testamento á la par de los hijos naturales ó cuando estos hubieran sido desheredados; en este caso haríamos transmisible la obligación de alimentos, si se hubieren hecho necesarios antes de la apertura de la sucesión. Creo no obstante, más jurídica la 3ª teoría pues, hace de los alimentos una obligación personal y la estingue, como lo sostiene Demolombe, IV, nº 40, con una fuerza de razonamientos que se imponen al espíritu.—Véase nuestro com. al art. 267.

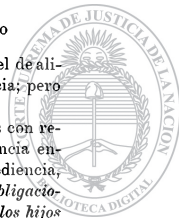
En cuanto á la facultad de estar en juicio sólo puede admitirse en las acciones correspondientes á la persona, no así en lo relativo á los bienes, pues no tienen la administración á menos de nombrarlos expre- samente.—Comp. ZACHARIE, § 171, nº 8. DELVINCOURT, al art. 206. DURANTON, II, 407. VAZEILLE, *Matrimonio* II, 525. MARCADE, art. 205. DEMOLOMBE, IV, 40. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE. § 131, nota 10 y nuestros arts. 267, 282, 328, 369 á 374.

La obligación de alimentos es *reciproca* dice la ley: pero el pa- dre sólo la tiene hasta los 18 años del hijo, y sólo por excepción más allá de esta edad. ¿Cómo debe entenderse la reciprocidad? Creo se deben los alimentos á los padres, mientras lo necesiten, sin considera- ción á edad alguna.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 331.—Zacharie, § 171, inciso 8.—Cód. de Chile, art. 279, inciso último.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 331.*—Declarada la filiación, el deber del padre natural de suministrar alimentos es ineludible.—Jur. Civ. II, 54 Sér. 1ª.

Justificados los extremos que la ley prescriba, procede la fijación de ali- mentos á los hijos naturales.—Jur. Civ., VI, 411, Sér. 4ª.



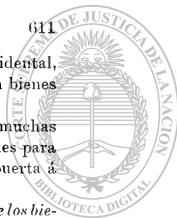
Durante el juicio de filiación no se puede entablar el de alimentos definitivos, pues este estará sujeto á la sentencia; pero se puede deducir el de alimentos provisorios.

En cuanto á las obligaciones de los hijos naturales con relación á sus padres, no hay razón para hacer diferencia entre los legítimos, pues, les deben el mismo respeto y obediencia, y las mismas consideraciones; así, la regla es, que *las obligaciones de los legítimos para con sus padres, se extienden á los hijos naturales, respecto á los padres de ellos* (art. 327), confirmandose así la teoría sostenida de que se encuentran en un pie de perfecta igualdad, salvo la facultad conferida á los jueces para restringirla ó quitarla, y la de que *los padres naturales no tienen la administración ni el usufructo de los bienes de los hijos* (art. 336), esta última limitación no perjudica la patria po-

(Art. 327.) Debemos hacer notar que no teniendo los padres las mismas obligaciones respecto de los hijos naturales, desde que no deben alimentos sino hasta los 18 años, art. 331, hay cierta incongruencia en concederles derechos que no son correlativos. Lo mismo observaremos con relación á los padres que tienen las mismas obligaciones sin conservar los mismos derechos sobre los legítimos. El Cód. de Chile, art. 276, de donde ha sido tomado nuestro artículo como lo indica la nota, se refiere á las obligaciones de los hijos legítimos expresadas en los arts. 219 y 220, que hablan de la obediencia y respeto debido á los padres, y la obligación que tienen de cuidarlos en su ancianidad.

(Art. 336.) Conceder á los padres la patria potestad sobre los hijos naturales y negarles la administración y el usufructo, no es una inconsecuencia; pues los que violan las costumbres sociales procreando hijos fuera de matrimonio, deben tener los deberes impuestos por la naturaleza á todos los padres, de alimentarlos y educarlos; pero no sería justo acordarles los mismos derechos de los que cumplen con las leyes morales y sociales; por eso la ley les concede el poder necesario para cumplir los deberes de la paternidad, sin concederles ciertos derechos. La inconsecuencia y la injusticia habría estado en considerar en igualdad de condiciones á los padres legítimos y á los naturales, y esa diferencia establecida en las sucesiones, debe existir en todo lo que se relaciona con los beneficios que puedan obtener. La patria potestad es

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 327.—Cód. de Chile, art. 276.



testad, ni la aminorar, porque es una circunstancia accidental, pues en la generalidad de los casos, los hijos no tienen bienes propios.

La experiencia enseña, que un sórdido interés llevaría muchas veces á reconocer hijos naturales, cuando tuvieran bienes para gozar del usufructo, y es más conveniente cerrar la puerta á la codicia, quitándoles esa causa.

Los hijos naturales tienen un derecho de sucesión sobre los bie-

una condición para tener el usufructo y la administración, y en las uniones legítimas responde á una necesidad social de una sola autoridad: pero en las ilegítimas los padres deben llenar los deberes de la paternidad, sin participar de los beneficios; su patria potestad está limitada al interés del hijo, y los jueces pueden restringirla y aun quitarla, cuando así convenga á los menores, sin disminuir en nada los deberes de los padres. La administración es una carga, y en las uniones legítimas está compensada con el usufructo, que contribuye en parte al bienestar de la misma familia. ¿Qué familia tiene el padre natural? ¿Una legítima? No debe tener entonces el usufructo de los bienes de su hijo natural, pues no ha querido levantar la mancha que pesaba sobre su origen; ni los bienes del hijo deben contribuir á enriquecer una familia que no es la suya. Es por esta razón, que autores como Goyena, Freitas, Acevedo, Demolombe, Aubry y Rau, y todos los Códigos, niegan al padre natural el usufructo de los bienes de sus hijos, y Freitas por el contrario, le impone como una carga la administración, sin acordarle el usufructo. La disposición de nuestro artículo está, pues, fundada en la justicia y extiende una línea divisoria conveniente entre los padres legítimos y los naturales. Pero no encontramos inconveniente en que los jueces confíen á los padres naturales la administración de los bienes de sus hijos, si no hubiere la menor sospecha de que el reconocimiento se ha hecho por un interés pecuniario. Habrá, por el contrario, conveniencia en esos casos, de negarles la administración.—Comp. DEMOLOMBE, VI, 649. DELVINCOURT, I, pág. 250. TOULLIER, II, 975 y 1073. DURANTON, III, 360 y 364. TAULIER, I, pág. 504. MARCADE, 384, n° 4. LOISEAU, ob. cit., pág. 550. ZACHARIE, § 171, nota 10.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 336.—Reconocida la filiación natural, la madre carece de personería para intervenir en la administración de los bienes de su hijo natural.—Jur. Civ., X, 54, Sér. 2°.

nes de sus padres muertos, que será determinado en el lugar correspondiente (**art. 337**).

§ 123. FORMA DEL RECONOCIMIENTO Y DE SU CONTESTACIÓN

La ley ha dado facilidades para que los padres puedan reconocer á sus hijos, y les ha impedido retractarse una vez de realizado, por eso, *el reconocimiento que los padres hagan de los hijos naturales, por escritura pública, ó ante los jueces ó de otra manera, es irrevocable, y no admite condiciones, plazos ó cláusula de cualquiera naturaleza, que modifique sus efectos legales, sin ser necesaria la aceptación por parte del hijo, ni notificación alguna* (**art. 332**).

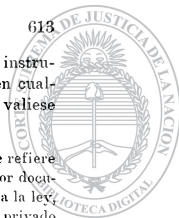
(**Art. 337.**) Sean reconocidos voluntariamente ó por una sentencia judicial. Este artículo es una simple referencia al título de las sucesiones: es tomado de Zachariæ, § 171, n° 9. El reconocimiento puede hacerse por sentencia después de la muerte del padre, cuando tuviere posesión de estado, art. 325, con esta diferencia: los padres no tendrán derecho en la sucesión, si no lo hubieren reconocido antes de la muerte, art. 3584.

(**Art. 332.**) Es irrevocable el reconocimiento por la sola voluntad del que lo ha hecho. La irrevocabilidad se refiere á un acto válido hecho con las formalidades de la ley y con libre y espontánea voluntad, sino tiene esas condiciones puede ser atacado no sólo por aquellos á quienes perjudique, sino por el mismo que lo realizó.—Comp. DEMOLOMBE, V, 436.

El reconocimiento puede ser nulo ó anulable; será nulo, cuando se hiciere por un tercero sin poder especial del padre ó de la madre, ó cuando fuere hecho por estos en estado de demencia declarada judicialmente ó esta fuere notoria, ó cuando se hubiere realizado ante un oficial incompetente ó bajo firma privada; es anulable cuando ha habido error, dolo, violencia ó si la escritura pública fuera nula. La ley busca un acto auténtico válido, otorgado por las personas que pueden hacer el reconocimiento, por eso dice: *por escritura pública ó ante*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 337.—Zachariæ, § 171, inc. 7—Proudhon, *De usufruit*, I, 124.—En contra, Favard, *verb. enfant naturel*, § 2, cuestión muy debatida. En Zachariæ y Favard, pueden verse los autores que principalmente la han tratado.





No es necesario que el reconocimiento se haga en instrumento separado, pues, sería válido, si se encontrase en cualquier contrato, incidentalmente hecho, aunque este no valiese

los jueces ó de cualquiera otra manera, y debemos entender se refiere á modos auténticos que prueban el acto. El reconocimiento por documento simple del padre ó de la madre no es, pues, el de que habla la ley, y no le será permitido al hijo hacer reconocer el documento privado ante los jueces, para darle la autenticidad debida.

El reconocimiento en forma auténtica es irrevocable; pero si el hijo sólo puede exhibir un documento privado, únicamente podría entablar pleito sobre reconocimiento investigando la paternidad ó maternidad; mucho dudamos que ese documento pueda servirle de prueba y obligar al firmante á reconocerlo en virtud del art. 1º31, aplicable á las obligaciones entre acreedor y deudor, ni que se tenga por reconocido por la sola negativa.

Ese documento no prueba el reconocimiento, y sólo puede traerse como uno de tantos elementos concurrentes, para formar el convencimiento del juez en la investigación de la paternidad ó maternidad. Demolombe, V, 420, dice con razón: «el reconocimiento en documento privado, no es un título suficiente, ni prueba de paternidad; y si no está probada la paternidad ¿cuál es pues, la acción judicial, si no la investigación de esa paternidad?» Y sostienen esta opinión casi todos los jurisconsultos franceses. Téngase presente, que por este medio se llegaría á burlar la ley, que ha querido impedir la confabulación entre el padre y el hijo, señalando los términos y la manera como puede hacerse el reconocimiento, cuando se trata de la legitimación, art. 317 y 318. La misma resolución daríamos á la cuestión para negar al hijo reconocido en un documento privado el derecho á reclamar los alimentos; pues, estos son una deuda civil cuyo título es el acto auténtico del reconocimiento, que no existe.

Si el documento privado de reconocimiento contuviera además la promesa de dar alimentos, no creo pueda exigirlos en justicia, pues estos sólo se deben como una consecuencia de un reconocimiento que no existe; pero otra sería mi opinión, si el documento bajo firma privada sin contener reconocimiento alguno, estableciese la obligación de entregar una renta ó suministrar alimentos á una tercera persona; pues tal obligación sería válida, aunque atacable por el suscriptor, si demostrase que no ha tenido causa, separándonos en este caso de la opinión general de los autores.



por haberlo disuelto las partes; como p. e., el reconocimiento hecho en un contrato de sociedad, quedaría subsistente aunque la sociedad no tuviera efecto.

Demolombe, l. c., n° 456, dice: el reconocimiento no es atributivo de la filiación, sino puramente declarativo, y por consiguiente sus efectos deben remontarse á la época de la concepción, porque el reconocimiento no crea el parentesco, no hace sino declararlo anterior y preexistente al acto.

La mujer casada no puede reconocer á sus hijos naturales tenidos antes del matrimonio, sin autorización del marido; pues los incapaces no ejecutan sino los actos expresamente permitidos, y este, tan grave, que compromete el honor de una familia y altera el orden de la sucesión, no le ha sido permitido. Creo más: que no podría aun con consentimiento del marido, hacer el reconocimiento de un niño reconocido ya por este y legitimarlo, contra el mandato expreso de la ley, que sólo ha determinado la época y forma como ambos pueden hacerlo. Y en nuestra teoría vamos hasta declarar sin valor alguno, el reconocimiento hecho por la mujer en el testamento; porque si tiene facultad para testar sin permiso del marido y disponer legalmente de sus bienes, no puede comprometer el honor de la familia, ni introducir un hijo extraño; podrá sí, dejarle la parte disponible, pero no hacerlo entrar á la herencia con una parte legítima.

¿Puede hacerse el reconocimiento de un hijo natural muerto? Debemos distinguir: si el hijo natural ha dejado hijos legítimos, el reconocimiento les aprovecha, ya venga á quedar legitimado su padre por el subsiguiente matrimonio, ya sea que esto no se realice, pues tienen derecho á representar á sus padres en la sucesión del abuelo; pero todo esto desaparece, cuando no deja hijos. ¿Qué objeto tendría? ¿Hereditario? Pero entonces sería abrir una puerta á la avidez de los padres ó tentar su honestidad, y tendríamos el espectáculo de presentarse diez ó veinte padres reconociendo á este hijo olvidado, porque ha dejado bienes y no tiene herederos forzosos. Se argüirá que pueden hacerlo, pues, está permitido todo lo que no les sea prohibido; pero esto es demasiado vago y general, y si es condición esencial que los actos jurídicos tengan por objeto la adquisición, extinción ó modificación de un derecho, como el reconocimiento no aprovecha para heredar al muerto, ¿con qué objeto se haría? Ese reconocimiento no es un acto jurídico, pues no tiene objeto, á nadie aprovecha ni perjudica; es un acto de insensatez, como si se declarase padre de Alejandro el Grande ó de César.— Véase DELVINCOURT, I, pág. 220. DEMOLOMBE, V, 416. AUBRY

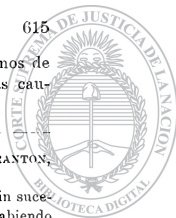
El reconocimiento hecho no puede revocarse, á menos de alegar miedo, fuerza, violencia, fraude ó cualquiera de las causas que vician el consentimiento.

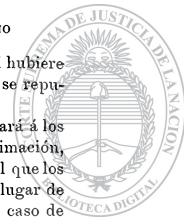
y RAU, § 568, nota 32. VAZEILLE, *Sucesiones*, art. 762, n° 2. DURANTON, III, 265, y casi todos los autores franceses.

El reconocimiento hecho por los padres del hijo muerto sin sucesión, no les aprovecha para el objeto de heredarlo; porque no habiendo sido capaces para sucederle á la apertura de la sucesión (día del fallecimiento) no han adquirido derecho alguno; luego no debe permitirse hacerlo.

El reconocimiento no admite condiciones, ni plazos, esto no importa decir que cualquier condición imposible ó contraria á las buenas costumbres ó prohibidas por las leyes se tenga por no escrita. Nuestro Código ha decidido que esas condiciones anulan el contrato y dejan sin efecto la obligación, art. 530 y su com., extendiéndose esa nulidad á la disposición de última voluntad (art. 3608), donde se encuentra consignada. Si en los actos jurídicos de mayor importancia de la vida, tales condiciones anulan el acto, ¿por qué haríamos una excepción al reconocimiento, donde se pusiera una de estas condiciones? Así, no creo como algunos, que una condición contraria á la ley se tenga por no escrita, pues condiciones de esa naturaleza están destinadas á dejar sin efecto el acto. ¿Cómo se anularía el reconocimiento que se hiciera en testamento bajo una condición prohibida por la ley (art. 3608) y quedaría válido, cuando fuera en cualquier otro acto? Si en las disposiciones testamentarias donde se da tanta latitud á la voluntad del testador, una condición semejante anula la disposición; no veo por qué no anularía cualquier otro acto. Mi opinión está fundada en disposiciones expresas del Código, y sino fuera perfectamente jurídica, ni irreproachable ante los principios del derecho, mejor hubiera sido seguir el sistema francés (art. 909), con relación á los testamentos; pero estas observaciones pertenecen á la crítica jurídica, y debemos atenernos á las doctrinas enseñadas por el Código.

El reconocimiento, como acto unilateral no tiene necesidad de aceptación, ni de formalidad alguna para producir el efecto legal, con relación al padre ó madre que lo reconoce; pero respecto del hijo debe conocer el acto para aceptarlo ó rechazarlo. Si un reconocimiento hecho en escritura pública se ha mantenido oculto para el hijo, y se trajera después de su fallecimiento para pretender heredarlo, podría ser atacado por aquellos á quienes perjudicase.—Comp. sobre





El reconocimiento bajo condición se tendrá como si hubiere sido hecho pura y simplemente, y cualquier condición se reputará como no puesta.

El reconocimiento de un hijo muerto sólo aprovechará á los descendientes legítimos del reconocido en caso de legitimación, entrando estos á formar parte de la familia legítima del que los reconoció, y colocándose los herederos en el mismo lugar de su ascendiente por derecho de representación para el caso de heredar; pero el reconocimiento de un hijo natural (que no se legitima) aprovecha á los hijos naturales para el efecto de los alimentos.

El reconocimiento de un hijo muerto, no aprovecha al padre que lo reconoció, para entrar en la sucesión de los hijos del reconocido, porque el art. 3584 sólo acuerda sucesión entre el padre y el hijo natural.

Se tendrán como reconocimiento hecho del hijo natural (cuando de cualquier modo se manifieste claramente la voluntad de reconocer) *en las disposiciones de última voluntad, los términos enunciativos, ó de frase incidente, en que se manifieste la voluntad de reconocerlo por su hijo natural, pero todo reconocimiento en testamento puede ser revocado (art. 333)*, siendo la única excep-

esta materia tan importante á DEMOLOMBE, TOULLIER, DELVINCOURT, y demás autores citados y FREITAS, arts. 1581 y 1568.

(**Art. 333.**) Las frases incidentes se refieren á expresiones donde no se hace un reconocimiento expreso, pero trata á la persona como á su hijo, como si dijera: encargo á mi hijo natural el cumplir tal disposición, ó lego á mi hijo fulano tal cosa.

Ha sido controvertida la opinión sobre si el reconocimiento hecho en testamento debía participar de la irrevocabilidad de los demás actos auténticos, y nuestro Código se decide por la negativa con mucha razón, á mi juicio. Es necesario dejar absoluta libertad al testador para hacer las declaraciones que satisfagan su conciencia, y no deben tener consecuencia alguna, cuando haya cambiado de opinión. El tes-

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 332.—Justificado el reconocimiento que el padre hacía de la paternidad, procede la declaración de la filiación natural.—Jur. Civ., V, 24, Sér 3ª.

Siendo irrevocable su reconocimiento, la posesión de estado no se pierde por la negativa expresa consignada en el testamento.—Jur. Civ., XII, 294, Sér 5ª.



ción á la regla de que no admite revocación. Se ha querido dejar una amplia y completa libertad al testador, aun para satisfacer sus escrúpulos de conciencia, y reaccionar contra influencias ejercidas en esos supremos instantes de la muerte, en que generalmente se hace el testamento.

tamento no es un acto ordinario; no demuestra sino la conciencia y la voluntad del hombre en un momento dado de su vida; es por decirlo así el pensamiento interior, que puede variar por cualquier circunstancia; no es un acto concluido y definitivo, como los demás; es una mera manifestación interior; es, podríamos decirlo, su confesión postrera que lleva todos los caracteres de la intención y de la voluntad de donde emana y que puede hacer desaparecer á su antojo.

Hay, pues, conveniencia en dejar al testamento sus caracteres de inestabilidad, permitiendo el rehacerlo cuantas veces quiera, así, hoy declarará un secreto callado antes ó dejará sin efecto esa declaración. El reconocimiento hecho en testamento participa de estos caracteres y puede ser revocado. Esto no impedirá, naturalmente, que pueda servir como un antecedente precioso en un juicio sobre reconocimiento intentado por el hijo contra sus padres. Como el testamento ológrafo está equiparado al testamento por acto público, el reconocimiento contenido en él no será considerado como hecho en documento privado.—Comp. DEMOLOBE, VI, 455.

Nuestro artículo siguiendo á Freitas, art. 1557, dice: todo reconocimiento hecho en testamento *puede ser revocado*; indicando al parecer la necesidad de revocar el *reconocimiento*, de modo que si el testamento fuera simplemente revocado por otro, se consideraría válida la cláusula del reconocimiento, lo que consideramos un error. Es impropia la frase, pues sólo se refiere á la revocación del testamento y no al reconocimiento, porque un testamento revocado no existe, no expresa la voluntad del testador, y no hay razón para mantener una de sus cláusulas haciéndolo revivir. Si el segundo testamento no contiene el reconocimiento, se considerará revocado expresamente el primero; pero si sólo se variasen algunas disposiciones y se confirmasen las del primero, el reconocimiento quedaría subsistente. Si el testamento se declarase nulo por falta de formalidades, el reconocimiento participaría de esa nulidad, como se dijo en el art. ant.—Comp. MERLIN, Rep. Vº, *Filiación*, nº 7, Vº *Testamento*, Sec. II, § 6. LOISEAU, *Hijos naturales*, pág. 468. DEMOLOBE, l. c. y t. XXII, nº 128 y nuestro art. 3788.



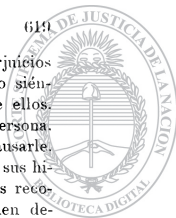
Como el reconocimiento sólo traduce la convicción personal del que lo hace, y es un acto de su propia voluntad, no debe mezclarse el nombre de otra persona, cuyos sentimientos y convicciones pudieran herirse, por esa razón *en el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, es prohibido declarar el nombre de la persona en quien ó de quien se tuvo el hijo, á menos que esa persona lo tenga ya reconocido (art. 334)*. La con-

En este artículo la reforma suprimió la palabra *codicilio* de acuerdo con la nota 63 de la INSTITUTA.

(**Art. 334.**) Dijimos en la nota 64 de la Instituta, si no hay sanción ni para el padre ni para el escribano. la prohibición se infringiría casi siempre, y aunque la declaración no tenga valor, deben impedirse estas declaraciones que puedan infamar á una persona, y tanto el escribano al consignarlas, como el padre al hacerlas deberían incurrir en el pago de una indemnización. Cuando varios padres á la vez reconocieran á un mismo hijo, como ha sucedido un caso en el Paraguay, y puede ocurrir tratándose de un interés pecuniario, la declaración de la madre debe desempeñar un papel importante, pero no es decisiva. No bastará á la madre que tiene al hijo bajo su potestad reconocer á uno de los reclamantes como padre de su hijo, porque puede engañarse ó por odio ó cualquier otra causa negar la verdad; es una cuestión de hecho que los jueces deben decidir según los casos. Es así como un hijo legitimado por el subsiguiente matrimonio de sus padres puede perder esa legitimación y ser declarado hijo natural de otro. La cuestión será más seria y difícil cuando el padre ha reconocido á un hijo, y encuentra otra mujer que sin ser la madre lo reconoce por suyo, ó vice-versa: la madre que lo reconoció, se encuentra en presencia del reconocimiento hecho por un hombre que no es el padre. En uno y otro caso puede moverles el interés ó cualquier otra pasión; es necesario concederles el derecho de oponerse al reconocimiento.—Comp. LOISEAU. *Hijos naturales*, pág. 509 á 517. DURANTON, III, 263. DEMOLOMBE, V, 442. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE, § 168, nota 1.

Freitas, art. 1585, prevee el caso diciendo: «si alguno fuere reco-

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 333.—El reconocimiento tácito de la paternidad imputada, y las demostraciones propias de un padre, así como el uso del nombre sin protesta, son bastantes para la declaración de la filiación natural, sin que sea necesario el reconocimiento expreso.—Jur. Civ., VII, 419, Sér. 2ª.



travención á esta disposición está sujeta á los daños y perjuicios causados á la persona á quien se atribuyere el hijo, no siéndole permitido demostrar lo contrario para salvarse de ellos. Bastará, pues, la enunciación de haberlo tenido en tal persona para demandar el daño que esa declaración ha podido causarle.

Así como los padres tienen el derecho de reconocer á sus hijos naturales, estos á su vez lo tienen para rechazar tales reconocimientos que los ligan á una familia y les imponen deberes; por esa razón, *el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos ó por los que tengan interés en hacerlo (art. 335)*, como sería si el per-

nocido como hijo natural por más de un hombre como su padre, ó por más de una mujer como su madre, no habrá prueba de paternidad ó maternidad, hasta que uno de estos reconocimientos no fuere excluido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Se debe atender al reconocimiento que tuviere mayor número de presunciones ó probabilidades, y si uno de ellos fuere de filiación de *coito damnado*, se preferirá al otro». Los jueces deben tener presente que siendo imposible la prueba directa de la paternidad, y debiendo proceder por presunciones, se tendrá en vista el interés del menor, inclinándose al reconocimiento que más ventajas presente al hijo. Cuando la discusión se entablara entre padre y la madre, el hijo deberá intervenir en el proceso, representado por un tutor especial, porque tiene un interés evidente en tomar parte.

(**Art. 335.**) Los hijos pueden contestar el reconocimiento, si fueren adultos, acompañados de un tutor especial, y si no lo hicieren, tienen dos años desde que lleguen á la mayor edad; pero si el reconocimiento se hubiere mantenido oculto, á pesar de ser hecho en acto auténtico, el hijo ó sus herederos tendrán derecho para contestarlo dentro de los dos años de conocido. Cuando ambos padres lo han reconocido, el hijo podrá usar de sus derechos á su elección, contra cualquiera de ellos, según la opinión de Marcadé al art. 339, n° 1, y según la nuestra contra los dos, por más rara que parezca la situación; pero se trata del bienestar é interés del menor. El auxilio pedido durante la menor edad á los que cree sus padres, no les privará del derecho para contestar el reconocimiento cuando hayan llegado á la mayor edad. Si no ha existido contestación entre los que lo reconocieron, y falleciese el hijo antes de entablar reclamación, la contestación de los pa-



juicio viniera de la limitación del derecho hereditario, haciendo concurrir al hijo natural. Pero la contestación de los perjudicados se refiere únicamente en cuanto hiera á sus derechos.

dres vendría al ser llamados á la herencia y se decidiría entonces, quién es el verdadero padre. ¿Pero á quiénes se comprende en la expresión: *los que tengan interés en hacerlo?* ¿Es á los mismos padres que hicieron el reconocimiento? Dijimos en el art. 332 y su com. que los mismos padres podrían atacarlo por dolo, error, violencia ó por nulidad del acto. Puede suceder que una mujer pagada por salvar la honra de otra, consienta en declararse madre de un niño que no es su hijo, ó un hombre consienta en reconocer como suyo un hijo de otro, con el objeto de casarse con la madre y legitimarlo. Si el matrimonio no se realizara, ¿podría atacar un reconocimiento hecho conscientemente? Las opiniones se han dividido; unos por la afirmativa, como Marcadé, Aubry y Rau; por la negativa Demante, Coin Delisle, Massé y Verger y Demolombe; aceptamos esta opinión por los términos en que está concebido nuestro artículo: «el reconocimiento (dice), que *hagan los padres* de sus hijos naturales, puede ser contestado por los *propios hijos* ó por los que tengan un interés en hacerlo.» El Cód. Francés: «todo reconocimiento del padre ó de la madre, lo mismo que toda reclamación de parte del hijo, puede ser contestada, etc.» Nuestro artículo restringe la disposición al reconocimiento hecho por los padres, y confiere derecho á los hijos para contestarlo, á diferencia del francés que habla de los derechos de unos y otros. Así es que el reconocimiento hecho conscientemente con todas las formalidades de la ley, no puede ser atacado por el mismo que lo hizo. Cuando el hijo impugnare el reconocimiento, la cuestión se decidirá en juicio contradictorio debiendo dar la prueba el padre, pues afirma su paternidad. El reconocimiento puede ser atacado por el hijo, no por una acción de nulidad ó de falta de forma ó de un vicio en el consentimiento, sino negando la paternidad como atribuida fraudulentamente. Los que tengan *un interés en hacerlo*, comprende, pues, á los que tienen derechos sucesorios; así la madre puede oponerse al reconocimiento del padre y vice versa, así como los hijos del reconocido que debieran sucederlo. — Comp. DEMOLOMBE, V, 436. Cód. FRANCÉS, art. 339. Cód. DE CHILE, art. 275. FREITAS, 1582, y nuestro art. 4029.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 335.—El reconocimiento hecho por escritura pública, sólo forma prueba contra el que lo ha practicado, pero carece de valor contra los que desconozcan y reclamen la paternidad.—Jur. Civ. IX. 307. Sér. 2ª.



El desconocimiento pueden hacerlo los hijos naturales adultos asistidos de un tutor especial, ó hasta dos años después de haber llegado á la mayor edad.

La contestación puede hacerse, sea refiriéndose á la esencia misma del acto, ó porque no sea sincero, como si hubiera reconocido un hijo que jamás tuvo, sea porque el reconocimiento fuera nulo, como si fuera incapaz de hacerlo.

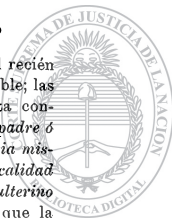
Cuando dos ó más padres reconocieran al mismo tiempo á un niño como á su hijo natural, y el reconocido fuera incapaz de contestar el reconocimiento, el juicio habido entre ambos padres y la sentencia que lo declare á uno de ellos como padre, no hará cosa juzgada para el hijo, y puede contestarlo dentro de los dos años de llegado á su mayor edad.

CAPÍTULO II

§ 124. DE LOS HIJOS ADULTERINOS, INCESTUOSOS Y SACRÍLEGOS

La ley ha querido impedir que los hijos verdaderamente adulterinos pudieran pasar como legítimos, merced al reconocimiento del padre, y por eso ha desechado el momento del nacimiento, aceptado por la antigua legislación; así ha dicho: *el hijo adulterino es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio porque una de ellas, ó ambas estaban casadas* (art. 338, 1ª parte).

(Art. 338.) Se refiere á la unión fuera de matrimonio, pues se necesita la habilidad de los padres al tiempo de la concepción, para que el hijo pueda considerarse como natural. Los hijos adulterinos en este sentido están en la categoría de los incestuosos, y no hay excepción, como algunos lo han creído. La ley no puede proteger las uniones ilícitas y la buena fe de los que viven en concubinato en nada les favorece, pues sólo se atiende al hecho real del impedimento. Así, la violencia misma sufrida por la mujer, en nada alterará la posición del hijo concebido, si resultare casado el hombre que ejerció la violencia. Pero el matrimonio tiene toda la protección social y cambia por completo la faz de estos hechos; si hubo buena fe por ambas partes, los hijos son considerados como legítimos, porque los padres ignoraban el impedimento; si sólo hubo buena fe por una de ellas son aun considerados



Las leyes antiguas buscaban mejorar la condición del recién nacido, facultándolo para elegir el tiempo más favorable; las nuevas han preferido esta dureza relativa, y van hasta considerar al hijo como adulterino sin que *la buena fe del padre ó de la madre que vivían en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre, no mudan la calidad de la filiación, y en uno y otro caso el hijo queda adulterino (art. 338, 2ª parte)*; pues se trata de uniones ilícitas que la ley no debe proteger.

Hijo incestuoso es el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era indispensable según los cánones de la iglesia católica (art. 339), habiendo quedado reformado este artículo por la ley de matrimonio civil, art. 114. Ya no hay parentesco dispensable, pues, los impedimentos del art. 9 no lo son en caso alguno, ni la iglesia católica tiene autoridad para entender en la celebración del matrimonio.

como legítimos y con los efectos del matrimonio válido para los hijos y el cónyuge inocente. Bien puede ser el hijo adulterino ó incestuoso según el impedimento, su posición está salvada, si uno de los cónyuges tuvo buena fe al contraer el matrimonio.—Véase Com. al art. 87, *Ley Matr. Civ.*

Massé y Verger sobre Zachariæ, § 172, nota 1, de donde fué tomado al pie de la letra la 2ª parte de nuestro artículo, dice á continuación en ese mismo párrafo: ni la ley ni la moral pueden admitir la buena fe en las uniones ilegítimas, sea que resultaren del error ó de la violencia, y el matrimonio putativo es una excepción cuyo beneficio está reservado á las uniones legítimas.—Véase DEMOLOMBE, V, 558 y sig. AUBRY Y RAU, § 460. FREITAS, art. 172. Cód. de CHILE, art. 37.

(**Art. 339.**) Este artículo ha sido reformado fundamentalmente por la ley de matrimonio civil, que no ha tenido en cuenta la reforma para corregirlo, como lo hizo con el art. 114. No hay impedimento *indispensable*, ni la autoridad de la iglesia católica tiene papel alguno en el matrimonio.—Comp. FREITAS, art. 173. El texto oficial está equivocado, debe suprimirse el *no* en la expresión: «que no era indispensable.»

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 338.—Zachariæ, § 172, nota 1.



Por esa razón no hay hijos sacrilegos, pues las órdenes sagradas no son un impedimento para contraer matrimonio; así decía el (art. 340): *Hijo sacrilego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, ó de persona, padre ó madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa, aprobada por la Iglesia Católica*; artículo que ha quedado derogado.

Tratándose de uniones ilícitas, la ley ha prohibido toda indagación de paternidad ó maternidad adulterina, incestuosa ó sacrilega (art. 341), no sólo por evitar la explotación á que se pres-

(Art. 340.) Ha quedado derogado por el art. 112 del matrimonio civil; pero como alteraría la numeración del Código que es necesario conservar, para no dejar sin fundamento en el porvenir las resoluciones que se han dictado, es necesario que figure, con la nota de que ha quedado derogado.

(Art. 341.) La prohibición de la ley puede aplicarse á todos los casos, cuando la investigación diera por resultado que el hijo es adulterino ó incestuoso, diferenciándose de cuando el hijo no puede indagar su maternidad, si la mujer que lo concibió (siendo hábil), se encontrara casada, art. 326. Se sabrá fácilmente cuando la investigación tenga por objeto una filiación adulterina ó incestuosa, por la fecha en que se pretenda concebido ó nacido el hijo en el primer caso, y por las personas de quienes se pretenda hijo en el segundo; pero habrá muchos otros en que esto no suceda, como p. e., si reconocido por un hombre soltero como su hijo, este rechaza el reconocimiento tratando de demostrar que es adulterino. En ese caso él no persigue la investigación, rechaza un reconocimiento y puede demostrar que no es hijo natural de quien lo reconoce; y los terceros parientes del padre ó madre que lo reconoce. ¿pueden ejercer dicha acción? Nuestro art. 335 parece autorizarlos para contestar la legitimidad; pero teniendo presente los graves peligros de semejante facultad, nos decidimos por la negativa, siguiendo la teoría francesa. Duverryer, en su exposición de motivos, niega á los parientes semejante derecho.—Véase LOCRÉ, VI, pág. 326 y 327.

El hijo reconocido como natural, rechaza la paternidad y trata de demostrar que es hijo de una mujer casada y del marido de ella ¿podrá hacerlo? Busca una filiación legítima y no hay ley que le prohíba ejercer este derecho; por el contrario él es imprescriptible; lo que se prohíbe es la investigación de la paternidad ó maternidad adulterina ó incestuosa.

taria si hubiera tal facultad, sino por la dificultad de llegar á la verdad de hechos que importan delitos.

En los casos de bigamia ó incesto precedido de matrimonio,

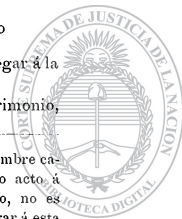
Estudiemos algunas hipótesis: 1º Una mujer libre y un hombre casado, ó viceversa, han reconocido como natural en el mismo acto á Pedro; si el hijo fué concebido mientras el hombre era casado, no es hijo natural sino adulterino, y cualquier interesado puede llegar á esta demostración.— Véase Rep. MERLIN, 1º *Filiación*, nº 19. AUBRY y RAU, § 572, nota 4. DEMANTE, II, 63, *bis* IV.

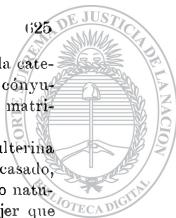
2º Si una mujer soltera y libre reconoce á Pedro como á su hijo natural, indicando como padre del niño á un hombre casado, si este nada dijere ó lo desconociere, el reconocimiento sería de un hijo natural, porque estando prohibido declarar de quien lo hubo, art. 334, sería nula la indicación; pero no sucedería así, cuando el padre lo hubiere reconocido á su vez; sería entonces adulterino.—AUBRY y RAU, § 572, nota 6, en contra DEMOLOMBE, V, 575. Son casos de reconocimiento y no de investigación; pero que pueden servir para rechazarlo.

El art. 335, Cód. Francés, declara sin efecto el reconocimiento de un hijo adulterino ó incestuoso, mientras nuestro Código la autoriza, y por esa diferencia fundamental, nuestra resolución en las hipótesis estudiadas debe ser diferente.

Algunos autores argentinos piensan, que la filiación adulterina puede establecerse indirectamente, como el resultado de un juicio permitido, viniendo de este modo á quebrarse la regla que prohíbe la investigación de la paternidad ó maternidad adulterina. El casado, p. e., que dentro de los términos legales deduce su acción de desconocimiento contra el hijo concebido por su mujer, y prueba no ser suyo, demuestra por esto mismo que es hijo adulterino: pero en este caso no hay investigación sobre la maternidad del hijo, hay simplemente un reconocimiento de la madre, y la ley prohíbe la indagación de la paternidad ó maternidad adulterina ó incestuosa ejercida como un derecho del hijo.

Quando el hijo entable una demanda de reconocimiento debe obligarse á precisar las fechas á fin de saberse si á la época de la concepción la persona demandada era libre, pues, tiene derecho á excepcionarse y no entrar al juicio probando que era casada; pero sería más difícil decidir si podría admitirse esa excepción sosteniendo el padre demandado que la persona de quien lo hubo era casada ó era su parienta en grado prohibido. Según mi opinión no puede





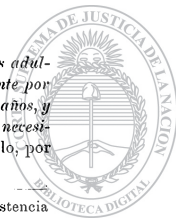
la sentencia que lo declare nulo colocará á los hijos en la categoría que deben tener, según la buena ó mala fe de los cónyuges; teniendo presente que toda unión protegida por el matrimonio, no debe equipararse á las ilegítimas.

La prohibición de la indagación de la paternidad adulterina no se extiende respecto del padre, por el hecho de estar casado, porque se puede demandar para hacerlo reconocer como natural al hijo tenido antes de casarse, á diferencia de la mujer que no puede ser demandada aun en ese caso. Así, la investigación prohibida es la que tiene por objeto demostrar que el hijo es adulterino; pero eso en nada alterará los derechos de los interesados en excluirlo, cuando hubiera sido reconocido como legítimo ó natural. Una cosa es la acción del hijo para hacer una investigación que dé por resultado su estado adulterino, y otra la defensa de los herederos que concurran con él para excluirlo.

La ley, en su inflexible dureza, con el objeto de amurallar la vida privada ha ido hasta establecer, que *los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos no tienen, por las leyes, padre ó madre ni parientes algunos por parte de padre ó madre. No tienen derecho á hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad ó maternidad (art. 342).*

hacerlo; pues para llegar á ese resultado debería investigarse la paternidad ó maternidad adulterina, lo que está prohibido; además no es permitido en el reconocimiento declarar el nombre de quien hubo el hijo, y cualquiera declaración se tiene por no escrita. El demandado debe defenderse con sus propios elementos, por decirlo así, sin tener derecho á exhibir pruebas que perjudiquen á personas extrañas al juicio.—Véase DEMOLOMBE, V, 558, y sig. que trata extensamente sobre este asunto.—Comp. FREITAS, arts. 171 y 1601. AUBRY y RAU, § y l. c.

(**Art. 342.**) No tiene padre ni madre, ni pariente alguno por parte de padre ó madre, para los efectos de la patria potestad, de la herencia, de los alimentos, etc., pero no así para los impedimentos del matrimonio, donde se reconoce el parentesco; así no pueden casarse los hermanos adulterinos á pesar de no ser parientes por la ley. El hijo puede llevar el apellido del padre ó madre que lo ha reconocido, y les



La sola excepción del artículo anterior es que los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos, reconocidos voluntariamente por sus padres, pueden pedirles alimentos hasta la edad de 18 años, y siempre que estuviesen imposibilitados para proveer á sus necesidades (art. 343), siendo este el único derecho concedido, por excepción.

debe respeto; no tiene familia ascendiente ni colateral y su existencia comienza con ellos como miembros de la sociedad y sólo por el matrimonio pueden crearse una familia propia. Esta proposición la combatimos en la nota 65 de la INSTITUTA por creerla injusta con relación á ciertos hijos adulterinos ó incestuosos; p. e., á los que nacen de un matrimonio anulado, contraído de mala fe.

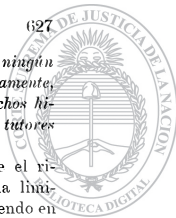
La buena fe de uno de los cónyuges basta para salvarlos, considerándolos como legítimos; la mala fe de ambos los arroja en la orfandad declarándolos sin padre ni madre. En estos casos los padres no debieran ser sustraídos por la ley al cumplimiento de los deberes que como tales han contraído al enjendrarlos.—Comp. DEMOLOMBE, V, 596. MASSE y VERGER sobre ZACHARIE, § 172, nota 4. POUJOL, *Sucesiones*, al art. 762, nº 2.

La palabra *sacrílego* ha quedado suprimida por la ley de Matr. Civ.—Comp. FREITAS, art. 1601.

(Art. 343.) Esta excepción comprende no sólo cuando los padres han reconocido como adulterino al hijo, sino cuando ha sido tenido de matrimonio declarado nulo por la mala fe de ambos cónyuges, ó cuando uno de sus padres lo hubiera reconocido como natural y resultara adulterino.

La obligación de darles alimentos no crea en favor de los padres ningún derecho ni sobre la persona, ni sobre los bienes de los hijos adulterinos ó incestuosos. ¿Los hijos adulterinos reconocidos deben alimentos á sus padres? Me decido por la negativa, porque la ley sólo ha creado la excepción en favor de los hijos y no debemos extenderla á los padres que resultarían beneficiados en cierto modo con su delito. Se comprende que los padres cumplan con un deber impuesto por la naturaleza y tengan el peso de su falta; pero no deben obtener provecho de ella. La obligación, no es recíproca, pues no deben existir sino las impuestas por la ley.

La *imposibilidad* de ganarse la vida ó de proveer á sus necesidades debe entenderse cuando estuviere enfermo ó incapacitado de trabajar y también en el caso de la nota 370, al fin. Se debe suprimir en



Los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos no tienen ningún derecho en la sucesión del padre ó de la madre, y reciprocamente, los padres no tienen ningún derecho en la sucesión de dichos hijos, ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutores (art. 344).

En cuanto á los alimentos, se debería tener presente el rigor de las leyes; pero como no existe disposición alguna limitándolos, deberán aplicarse los principios generales, teniendo en cuenta la posición de las personas.

este artículo la palabra *sacrílego*.—Comp. l. 5, tit. 20, lib. 10. Nov. REC. y CÓD. FRANCÉS, art. 762.

(**Art. 344.**) Los padres no tienen poder alguno sobre los hijos adulterinos ó incestuosos, ni estos conservan deberes para con sus padres, excepto los de honrarlos y respetarlos, ni tienen derechos sucesorios; son solos en el mundo. El parentesco sólo existe para la prestación de alimentos, y en los casos de matrimonio para el impedimento.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 343.—El derecho Romano los privó de alimentos. Auten. 2 á la L. 6, Tít. 5, Lib. 5, Cód. Lo mismo las leyes de Partida. L. 10. Tít. 13. Part. 6ª—L. 4, Tít. 3. Part. 6ª y L. 5, Tít. 19, Part. 4ª. Pero les concedió alimentos la L. 5, Tít. 20, Lib. 10, Nov. Rec. Se los concede también el Cód. Francés art. 762. Cód. de Luisiana, art. 914. Cód. de Holanda, art. 914, de Nápoles, art. 678 y el Cód. Sardo, art. 957.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 343.*—Deben pasarse alimentos al hijo adulterino reconocido voluntariamente aunque lo hubiere sido en forma privada.—Jur. Civ., IX, 365, Sér. 1ª.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 344.—Sobre este y los tres artículos anteriores, Zachariæ, § 172.

TÍTULO VI

DEL PARENTESCO, SUS GRADOS; Y DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PARIENTES

§ 125. DE LOS GRADOS DE PARENTESCO

Se llama *parentesco* al vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco (**art. 345**), y la proximidad del parentesco se establece por líneas y grados (**art. 346**).

Se llama *grado*, el vínculo entre dos individuos, formado por la generación: se llama *línea* la serie no interrumpida de grados (**art. 347**), y tronco el grado de donde parten dos ó más líneas, las cuales por relación á su origen se llaman ramas (**art. 348**).

Hay tres líneas: la línea descendente, la línea ascendente y la línea colateral (**art. 349**). Se llama *línea descendente* la serie de grados ó generaciones que unen al tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes (**art. 350**), y se llama *línea ascendente* la serie de grados ó generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes (**art. 351**), y la colateral la

(**Art. 345.**) Esta definición, tomada de Demolombe, III, 97, comprende toda clase de parentesco, tanto el legítimo y natural como el adulterino ó incestuoso, cuando se trata de establecer los impedimentos del matrimonio. El matrimonio únicamente crea el parentesco legítimo y forma un vínculo jurídico no sólo entre marido y mujer y los hijos que de ellos vienen, sino entre los ascendientes y colaterales de ambos.

El parentesco natural proviene de una falta reprehensible, no penada por la ley, y por eso reconoce á los padres y á los hijos que de él vienen ciertos derechos no sólo en su propio interés sino en el de la sociedad; pero el parentesco adulterino ó incestuoso proviene de un acto penado por la ley y esta quisiera mantenerlo oculto para no avergonzar á la sociedad, y por eso prohíbe la indagación de la paternidad ó maternidad y sólo se tiene en cuenta en los casos de alimentos ó en los impedimentos del matrimonio.

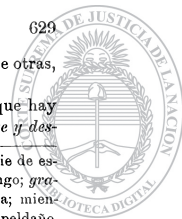
(**Art. 346, 347, 348, 349, 350 y 351**) En el parentesco se distingue la *línea* del *grado*. La línea es la serie de parientes que



serie de grados ó generaciones que no descienden unas de otras, pero que descienden de un autor común.

Para contar los grados, se debe tener en cuenta que hay tantos grados como generaciones; *en la línea ascendente y des-*

descienden uno de otro ó de un autor común; es una especie de escala donde los parientes están clasificados en su clase y rango; *gradus dicti sunt a similitudini scalarum* dice la ley romana; mientras el *grado* se puede decir con un autor francés, es el peldaño, el escalón de esa escalera llamada línea; así para formar un grado necesitamos dos personas, la una descendiendo de la otra ó ambas descendiendo de un autor común; y una vez formado este escalón, cada persona que descienda de ellas, se agrega á la anterior y forma uno nuevo, constituyendo otro grado; así la línea viene á ser la série no interrumpida de grados. El tronco es la persona de donde parten dos ó más líneas, y la palabra *grado* de que se sirve el artículo se debe entender en este sentido. Así, el hijo está en primer grado con su padre, porque forman los dos puntos necesarios que comprenden el espacio llamado grado, y en la línea descendente el nieto está en el segundo grado de su abuelo; pero en la línea ascendente no se computan los grados, ni para el parentesco, ni para heredar, y por remoto que sea el grado no pueden casarse, ni los parientes de grados más próximo excluyen á los más remotos, porque estos entran por derecho de representación en el mismo lugar y grado de los más próximos. Se llama línea directa á la série de grados entre personas que descienden uno de otro, y si se desciende para ir del padre al bisnieto se llama descendiente, y si se sube para ir del bisnieto al bisabuelo se llama ascendente. Línea colateral se llama á la série de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que descienden de un autor común. Es como dice un autor, una escalera doble por la que se sube igualmente de cada lado hasta el autor común; por consiguiente en esta línea no hay primer grado; pues los hermanos están en el segundo. En la línea colateral como en las otras hay tantos grados como personas menos una, ó como tantas generaciones; así, los primos hermanos están en el cuarto grado porque hay cinco personas, ó cuatro generaciones; pues, se sube por un lado hasta el autor común y se desciende por el otro hasta la persona cuyo parentesco se quiere encontrar. El derecho canónico no cuenta los grados sino de un sólo lado, de manera que los hermanos están en el primero y los primos hermanos en el segundo, y cuando uno de ellos está en grado desigual del tronco común, sólo se cuentan los grados del más lejano.





cedente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, y el biznieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo y el bisabuelo en el tercero (art. 352), mientras en la colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor co-

La línea paterna comprende á las personas unidas entre sí por el lado del padre, y la materna por el lado de la madre; así, los hermanos pueden serlo de padre y madre, ó sólo de padre, entonces se llaman *consanguíneos* (que llevan la misma sangre), ó sólo de parte de madre y se llaman *uterinos*, porque fueron concebidos en la misma matriz.—Comp. Cód. Ruso, arts. 143, 144, 193 á 196.

(Art. 352.) La familia comprende á todas las personas que descienden de un tronco común, ya generándose las unas á las otras, como en la línea ascendente y descendente, ya descendiendo del tronco sin generarse; el tronco de este árbol sobre el cual se elevan las demás ramas, es el padre común y cada rama de él forma á su vez otro árbol con relación á los que descienden de él. En la línea ascendente ó descendente cada generación es un grado, y el abuelo está en el segundo grado.—Comp. DEMOLOMBE, XIII, 319. Cód. Francés, art. 737. FREITAS, art. 150. Cód. Ruso, art. 197.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 345.—Cód. de Rusia, art. 143.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 346.—La L. 2, Tít. 13, Part. 6ª, confunde los grados y las líneas: Tres grados, ó líneas son de parentesco.

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los art. 347.—La L. 2, Tít. 6, Part. 4ª, con un árbol genealógico, explica esta materia. El Cód. Francés, la trata desde el art. 735, muy confusamente, y lo siguen el Cód. de Nápoles desde el art. 656 al 658, el Cód. de Holanda, desde el art. 346 al 349, y el Cód. Sardo, desde el art. 917 al 921.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 352.—Goyena acepta el modo de contar los grados de la Ley de Partida. «En todas las líneas, dice, hay tantos grados cuantas son las personas, descontando la del tronco». La L. 2, Tít. 3, Part. 4ª, dice: cuantas son las personas quitada una, tantos son grados entre ellas. Se cree que la palabra persona da una idea más clara que la palabra generación: pero es tan antiguo el uso de la palabra generación que habría algún inconveniente en sustituirla por persona, que está comprendido en la palabra generación. La Instituta dice: semper generata persona gradum adjicit. Lib. 3, Tít. 6. § 7.

mún; y desde este hasta el otro pariente (art. 353, 1ª parte), ó más fácilmente, se cuentan las personas, menos una, para saber el grado; así, dos hermanos están en el 2º grado (pues, son tres personas); el tío y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el 4º, los hijos de los primos hermanos en el 6º, y los nietos de primos hermanos en el 8º, y así en adelante (art. 353, 2ª parte).

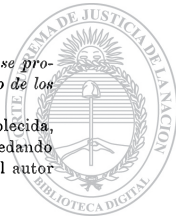
Las líneas en el parentesco colateral se clasifican en 1ª, 2ª, 3ª, etc., según el punto de donde parten; así la 1ª línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir, del padre y madre de la persona de que se trate, y comprende á sus hermanos y hermanas y á su posteridad (art. 354), la segunda, parte de los ascendientes en 2º grado, es decir, de los abuelos y abuelas de la persona de que se trate, y comprende al tío, el primo hermano, y así los demás (art. 355), la tercera línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir, de los bisabuelos y bisabue-

(Art. 353.) Se entiende por línea colateral á la série de grados entre personas que no descienden las unas de las otras, sino de un autor común, y en realidad la línea colateral está formada por dos líneas directas ascendentes, que suben hasta el autor común; esto ha hecho decir á algunos autores que no hay verdadera línea colateral, según la definición del Código, pues llama línea á la série no interrumpida de generaciones, y no existe esta série entre personas que no descienden unas de otras; en realidad son líneas directas que pueden colocarse las unas al lado de las otras, *ad latere* y se unen en el tronco común; así para computar los grados en la línea colateral, se contarán los de cada línea, sumándose sus resultados; los nietos de primos hermanos forman dos líneas directas ascendentes de cuatro grados cada una, luego se encuentran en el octavo grado.

Hay dos maneras de contar los grados; contando las personas de ambas líneas, menos el autor común, este era el sistema enseñado por Lebrun, ó contando las generaciones de ambas líneas hasta llegar al autor común; este es el de Pothier; pero ambos conducen al mismo resultado.—Comp. Cód. Ruso, art. 198. Cód. Francés, art. 738. FREITAS, art. 151.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 353.—El parentesco sólo es tacha legal dentro de los grados que señala la ley—Jur. Civ., X, 312, Sér. 3ª.





las, y comprende sus descendientes. De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos (art. 356).

Los grados de parentesco según la computación establecida, rigen para todos los efectos señalados en el Código, quedando abolida la canónica, que sólo contaba los grados hasta el autor común; así, los primos hermanos estaban en el 2° grado.

§ 126. DEL PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

Los parientes naturales no forman parte de la familia legítima, pues no tienen más parientes que los padres; así, *la calificación de legítimos en las relaciones de parentesco, es correlativamente aplicable á todos los individuos de la línea recta ó colateral, que tuviesen entre sí parentesco legítimo, esto es, derivado de casamiento válido ó putativo, según las disposiciones de este Código (art 358), por consiguiente, son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio válido ó putativo de su padre ó ma-*

Art. 354, 355 y 356) Las líneas colaterales pueden ser tantas, cuantas personas tenga una línea directa; así en la línea por donde una persona va hasta el bisabuelo, p. e., se pueden formar tres colaterales; la primera comenzará con el padre, formando á su vez una línea directa para los que de él descienden; la segunda, con el abuelo vendría á servir de tronco común para los que de él desciendan, y la tercera partiendo del bisabuelo y formará tantas líneas cuantos hijos hubiere tenido, ligándose cada línea colateral con el tronco común donde proceden.—Comp. arts. 199 á 203, Cód. Ruso.

Estamos conformes con la crítica que hace el Dr. Segovia diciendo que estos artículos no son de utilidad, ni para la legislación ni para la doctrina. Se ha seguido en su enumeración el método de las Institutas de Justiniano, tít. 6, lib. 3.

(Art. 358.) El parentesco legítimo se deriva del matrimonio válido ó putativo; esa es la base única de la familia. Si el matrimonio fuera anulado por la mala fe de ambos cónyuges, no hay familia legítima; los hijos serán considerados en la clase donde los coloque el impedimento; pero la legitimidad subsistirá, si uno de ellos tuviere buena fe.

Casamiento válido es el que no fuere nulo ó que siendo anulable, no fuere anulado, como en el caso de la mujer menor de 12 años y el



dre, y también los legitimados por subsiguiente matrimonio del padre y madre posterior á la concepción (art. 359), así como los legitimados según las leyes del domicilio de sus padres al tiempo de celebrarse el matrimonio.

El parentesco puede ser por ambas líneas, es decir, por el padre y por la madre, ó solamente por una sola; así, *los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales; son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y de la misma madre, son hermanos unilaterales los que proceden del mismo padre, pero de madres diversas, ó de la misma madre, pero de padres diversos (art. 360).*

Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos; cuando proceden de la misma madre, se llaman hermanos maternos (art. 361).

menor de 14 que continuasen la vida marital después de cumplir la edad. Matrimonio putativo se llama al que habiendo sido anulado, produce no obstante los efectos del válido, como cuando ambos cónyuges ó uno de ellos ignoraban el impedimento.—Comp. FREITAS, art. 155, y Cód. DE CHILE, art. 35.

(**Art. 359.**) Los *concebidos durante* el matrimonio son lícitos y también los concebidos *antes*, si nacieren *dentro* del matrimonio, con arreglo á los arts. 246, 253 y 322. En general, la concepción debe tener lugar durante el matrimonio; pero el Código ha hecho excepción respecto á los nacidos dentro del matrimonio. En este sentido consideramos impropia la expresión de: «y también los legitimados por subsiguiente matrimonio del padre y madre *posterior á la concepción*;» porque eso son lícitos; los legitimados son los *nacidos fuera del matrimonio*, según la expresión del art. 311. Se legitiman por el subsiguiente matrimonio y reconocimiento de sus padres, los que no tienen en su favor presunción alguna; pero los nacidos *dentro* del matrimonio no necesitan de reconocimiento. Este artículo fué tomado de Freitas, art. 156, que admite la legitimación sólo remontándose al tiempo de la concepción, mientras que el 311 fué tomado de Goyena, quien la refiere á los nacidos fuera del matrimonio.—Comp. 246, 253, 311 y 319.

(**Art. 360.**) Este artículo es impropio de la ley y pertenece más á la doctrina.—Véase FREITAS, art. 157 y 158.

(**Art. 361.**) Este artículo pertenece como el anterior á la doctrina, no puede ser objeto de una ley, pues, ésta manda. prohíbe ó permite, y



Los grados de parentesco, según la computación establecida en este título, rigen para todos los efectos declarados en las leyes del Código, con excepción del caso en que se trate de impedimento para el matrimonio, para lo cual se seguirá la computación canónica (art. 362), quedando reformada esta última parte por la ley de Matr. Civ. Al presente, el parentesco se prueba por los registros del estado civil quedando reformado el (art. 357) que dice: los grados de parentesco se prueban por los registros parroquiales donde no hubiere registro civil.

§ 127. DEL PARENTESCO POR AFINIDAD Y DEL ILEGÍTIMO

La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con

su existencia crea, limita ó modifica un derecho. Una declaración como la contenida en el artículo, en nada afecta á los individuos.

(Art. 362.) Este artículo se encuentra reformado en su parte fundamental, porque la computación canónica ha desaparecido. La iglesia católica conserva únicamente la misión que ha debido tener siempre como toda religión, la relativa á la conciencia. Seguirá consagrando los matrimonios de los católicos, pero ya no interviene en los impedimentos.

(Art. 357.) Este artículo se encuentra reformado por la ley del registro civil, para la capital y territorios federales, así como por la de matrimonio. El parentesco se prueba únicamente por los registros tanto del nacimiento como del matrimonio, debiendo tenerse presente que el art. 85 se refiere á la prueba *material* del nacimiento, y no tiene relación alguna con el parentesco (que debe probarse por los medios indicados) cuando no hubiere registros ó fuere necesario demostrar el hecho simple.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 362.—En la L. 2, Tit. 6, Part. 4^a, se explican las diferencias de la computación civil y canónica, sobre la línea colateral. En la línea recta, es la misma en el derecho civil que en el canónico, cuya regla es que los grados son tantos, cuantas son las personas menos una. En la línea colateral, el derecho civil es diferente del derecho canónico. La regla del derecho canónico es que las personas distan entre sí tantos grados, cuantos distan del tronco común. Cuando la línea colateral es desigual, la regla es, que las personas distan entre sí tantos grados, cuantos dista el tronco común de la más remota de ellas.



sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente ó ascendente, el yerno ó nuera están recíprocamente con el suegro ó suegra, en el mismo grado que el hijo ó hija, respecto del padre ó madre, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados ó cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos ó hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro ó madrastra en relación á los entenados ó entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro ó suegra en relación al yerno ó nuera (art. 363).

(**Art. 363.**) La afinidad se rige por las disposiciones relativas al parentesco legítimo, y no se extiende sino en la línea recta ascendente ó descendente á cualquier grado, y en la colateral generalmente al segundo grado; es decir, á los hermanos. Así, la mujer casada con un individuo está respecto de los ascendientes ó descendientes de su marido en el mismo grado que él; si tenía hijos de un anterior matrimonio estará en el primer grado en la línea recta descendente; con respecto al padre de su marido está en el primer grado ascendente; pero en la línea colateral su parentesco sólo se extiende á los hermanos, aunque algunas veces el Código habla del cuarto grado. La computación de los grados en la afinidad se hace por analogía con el parentesco legítimo, considerándose á ambos cónyuges como formando una misma persona. El parentesco de afinidad sólo desaparece con la nulidad del matrimonio en caso de mala fe de ambos cónyuges; pero la muerte no lo borra. Freitas agrega: el divorcio temporario ó definitivo no extingue el parentesco por afinidad, ni la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, hayan ó no quedado hijos, ni si el matrimonio fuere *putativo*; cuando no fuere *putativo* sólo habrá parentesco de afinidad *ilegítima* (art. 164 y 165), sosteniendo esta última conclusión, dice, que habría incoherencia en prohibir á los esposos de buena fe aquello que no se prohíbe á los de mal fe. En efecto, si el que siendo casado, se casó con una niña soltera que ignoraba el impedimento, no puede casarse con la madre de la que fué su mujer; ¿por qué podrían hacerlo, cuando ambos conocían el impedimento? Se castigaría la buena fe; si castigo puede considerarse la limitación de la ley á la libertad, y se favorecería la mala fe. Nuestro Código guarda silencio y por esa razón nos inclinamos á aceptar la opinión de Freitas, pues nos parece algo monstruoso ver á un hombre con una mujer (cuyo matrimonio se anuló por mala fe de ambos) volver á casarse con la madre de ésta, y con más razón sería repugnante, si tuvieran hijos de la primera esposa;



Pero el parentesco por afinidad difiere esencialmente del de consanguinidad, así, *el parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación á los parientes consanguíneos del otro cónyuge (art. 364)*, y la suegra de mi hermano no tiene parentesco conmigo.

El parentesco legítimo es el que proviene del matrimonio válido ó putativo; pero *son parientes ilegítimos los que proceden de un mismo tronco por una ó más generaciones de una unión fuera de matrimonio (art. 366)*, y como los hijos sólo

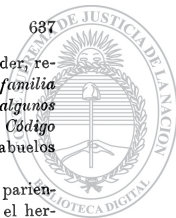
que serían con los del segundo matrimonio, hermanos y sobrinos carnales, pues los segundos son hermanos de la madre; sería inmoral y repugnante tal unión y en vez de aplaudir este silencio debemos trabajar porque la Jurisprudencia llene este vacío y prepare la reforma de la ley.—Véase DEMOLOMBE, III, n° 117 y nuestros arts. 368, 990, 3702 y 3707.

(**Art. 364.**) La afinidad no sigue sino á los parientes consanguíneos de la mujer, cuando se trata de conocer el grado de parentesco del marido, y vice-versa; así, esas dos líneas paralelas no se pueden encontrar para formar un parentesco entre los miembros de cada línea; los parientes consanguíneos del marido, lo son de afinidad de la mujer; y vice-versa; pero entre los parientes de uno y otro no tienen vínculo alguno. Así, el hermano de la mujer es cuñado del marido, y no tiene parentesco alguno con el hermano del marido, cuñado de la mujer: lo mismo sucede con los hermanos del cuñado, que no son parientes afines con el cuñado de su hermana ó hermano. Se ha creído por algunos que esto importaba suprimir la afinidad ilegítima, cuando no se refiere á ella.

(**Art. 366.**) En cuanto á la manera de contar los grados de parentesco entre los parientes ilegítimos se procede como respecto de los legítimos, con la única diferencia, que la unión es fuera de matrimonio.—Véase FREITAS, art. 167.

Cuando se habla de ilegítimos están comprendidos los adúlteros ó incestuosos, pues, no se hace diferencia de la clase de unión, con esta

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 363.—En el parentesco por afinidad, no hay grados porque no hay generaciones. La computación se hace por analogía, suponiéndose que los dos cónyuges forman una sola persona.



tienen parentesco con sus padres para el efecto de suceder, resulta, que *los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos. Pueden, sin embargo, adquirir algunos derechos en las relaciones de familia, en los casos que el Código determina (art. 365)*, como el de pedir alimentos á los abuelos naturales ó exigirlos de los nietos naturales.

Con relación á los impedimentos del matrimonio, los parientes ilegítimos son considerados como consanguíneos, y el hermano ó hermana ilegítima no puede casarse con su hermana legítima. Lo mismo sucederá con el hermano ó hermana adúltera ó incestuosa.

§ 128. ORDEN EN QUE DEBEN PRESTARSE LOS ALIMENTOS

Se pueden dividir en tres grandes grupos los que tienen obligaciones de prestarse alimentos entre sí: 1º, los parientes legítimos por consanguinidad; 2º, los parientes legítimos por afinidad; 3º, los parientes ilegítimos.

Los del primer grupo que comprenden *los parientes legítimos*

limitación: los alimentos no se extienden hasta los padres que no los reconocieron, y no hay derechos sucesorios entre ellos.

(**Art. 365.**) Se dijo en el art. 358, que el matrimonio era la única base de la familia, y en efecto, sólo él puede crear el parentesco legítimo. El parentesco ilegítimo es el fruto de una falta ó de una conducta inmoral, y si la ley no la castiga por respeto á la libertad humana, no debe legislarlo en disposiciones especiales. El hijo natural no tiene más parientes que el padre ó la madre que lo han reconocido; pero cuando se refiere á los alimentos, con el objeto de ayudar á la formación de una persona útil á la sociedad, se consideran parientes hasta los abuelos naturales; del mismo modo, cuando se quiere contraer matrimonio, debe irse en cualquier grado de la línea recta y en la colateral hasta los hermanos; porque hay una necesidad superior de impedir semejantes uniones, reprobadas por la sociedad.—FREITAS, art. 166, y nuestros arts. 319, 395, 3582 á 3585.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 365.—Los hijos naturales carecen de representación para intervenir en la sucesión de sus abuelos.—Jur. Civ., III, 110, Sér. 3ª.

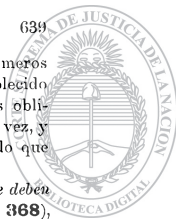


por consanguinidad; se deben alimentos en el orden siguiente: el padre, la madre y los hijos. En falta de padre y madre, ó cuando á estos no les fuese posible prestarlos, los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Los hermanos entre sí. La prestación de alimentos entre los parientes es reciproca (art. 367). Así, cuando se trata de alimentar á un hijo, el primer obligado es el padre, ó la madre, si estando separados no pudiera prestarlos aquel. Si el alimentario tuviere á su vez hijos que pudieran dárselos, estos estarán obligados en primer lugar; y cuando tuviere varios hijos que pudieran prestárselos, si cualquiera de ellos fuera demandado deberá suministrarlos, demandando su cuota á los otros.

El orden como se deben los alimentos los consanguíneos, no

Art. 367.) Este artículo se refiere únicamente á los parientes legítimos entre sí, y no como algunos lo creen, extendiéndolo á los parientes naturales en reciprocidad con los legítimos y haciendo llegar la obligación hasta los hermanos; en lo que hay error. El hermano legítimo no es pariente del natural para los efectos de la herencia y de los alimentos.

El orden de prestación de los alimentos se establece por grupos como lo hace el Código, pues de otro modo sería más confuso; así el padre, la madre y los que de ellos descienden forman el primer grupo, conservando este orden en armonía con el poder que ejercen; si se tratase de alimentar al hijo, la obligación incumbe al padre, después á la madre; si del padre, la obligación corresponde á la mujer en primer término y después al hijo. Procediendo así por grupos es la única manera de aislarlos y resolver la dificultad. De este modo se puede constatar con seguridad á quien corresponde en primer lugar la obligación de alimentarlo. ¿A quién corresponde el dar el alimento, á mi padre ó á mi hijo? Con mi hijo formo el primer grupo, luego mi hijo me debe alimentos; con mi padre formo el segundo, luego á falta de hijo, y cuando este no tuviera, será mi padre el obligado. Así el primer grupo lo forman los padres y los que de ellos descienden; el segundo los hijos y los ascendientes; el tercero los colaterales, teniéndose presente que el cónyuges aunque esté separado prima en la obligación sobre los demás. Freitas los coloca en este orden: 1º, al padre, á la madre; 2º, á falta de padre y de madre á los descendientes; 3º, á falta de padre, madre y descendientes á los demás ascendientes; 4º, á falta de padre,



comprende á los cónyuges entre sí, pues, deben ser los primeros en prestárselos, cuando pudieren hacerlo. El orden establecido constituye un derecho y no pueden ser privados de él los obligados á prestarlos; así, el que tuviera padres é hijos á la vez, y demandare á los padres podrá ser rechazado, demostrando que tiene hijos, y pueden prestárselos.

Entre los parientes legítimos por afinidad únicamente se deben alimentos el suegro ó la suegra y el yerno ó la nuera (art. 368),

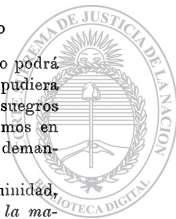
madre, descendientes y ascendientes, á los hermanos. En todos estos grupos debe suponerse al cónyuge del que pide alimentos.—Comp. FREITAS, art. 1606.

(**Art. 368.**) Por la palabra de ascendientes legítimos por afinidad, el Código ha rechazado la teoría de Freitas, dividiendo á los parientes entre legítimos é ilegítimos y que sólo he admitido para el matrimonio. Los que se deben alimentos, según este artículo, se dividen en dos grupos: 1º, el suegro, con el yerno y la nuera; cuando tuviera yerno y nuera á la vez cualquiera de ellos está obligado á prestarlos, pero en mi opinión, la obligación es solidaria entre todos los de la misma línea; 2º, entre la suegra, el yerno y la nuera. Cuando el yerno y la nuera necesi-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 367.—En el Derecho Romano el orden de la obligación de alimentos era el siguiente: 1º, el padre; 2º, los ascendientes paternos; 3º, la madre; 4º, los ascendientes maternos. L. 5, §§ 2 y 8, Tit. 3, Lib. 25, Dig. En caso de divorcio la madre rica reemplazaba inmediatamente en esta obligación al padre. Nov. 117, cap. 7. La Ley Romana hizo obligación privativa de la madre, criar á los hijos menores de tres años. L. 9, Tit. 47, Lib. 8, Código. La Ley de Partida adoptó en todas sus partes la Ley Romana, L. 3, Tit. 19, Part. 4ª, y después de los tres años impone la obligación al padre y subsidiariamente á la madre; después á los ascendientes sin distinción de línea, L. 4, idem. Por este Código se hace común á los dos esta obligación: pues también á la madre se le dá toda la autoridad y beneficio que tenía el padre sobre sus hijos y los bienes de ellos. La obligación entre los hermanos estaba establecida por la Nov. 89, cap. 12, § 6. Las Leyes de Partida no la admitieron. Yo he aceptado en esta parte el art. 197 del Código de Nápoles.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 367.—Los alimentos deben ser proporcionados á los bienes del alimentario (*sic*), de tal manera que la suma fijada no pueda en ningún caso sobrepasar á sus facultades.—Jur. Civ., II, 63, Sér. 3ª.

Las obligaciones del padre, respecto de los alimentos de los menores, no pueden ser exigidas de la testamentaria de la madre.—Jur. Civ., III, 424, Sér. 3ª.



estando en la misma línea unos y otros, y la suegra no podrá rechazar la demanda porque su marido separado, p. e., pudiera prestárselos. Cuando el que pide los alimentos tuviera suegros y nueras ó yernos á la vez, sin tener parientes legítimos en aptitud de prestárselos, la obligación recaerá sobre el demandado, suponiendo que pueda prestarlos.

Quando no tuvieran parientes legítimos por consanguinidad, *entre los parientes ilegítimos se deben alimentos, el padre, la madre y sus descendientes, y á falta de padre y madre, ó cuando éstos no puedan prestarlos, el abuelo ó la abuela y sus nietos ó nietas* (art. 369), por consiguiente no se deben alimentos entre los hermanos naturales, ni entre estos y los legítimos.

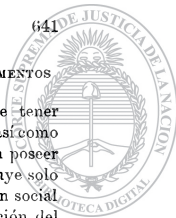
taren alimentos y tuvieran suegro y suegra, cualquiera de ellos deberán los alimentos, en el caso de estar separados, aunque puede hacerla declarar solidaria, dividiéndola con el otro cónyuge. Los parientes legítimos por afinidad se prestan alimentos, cuando faltan los descendientes ó ascendientes legítimos ó legitimados ó los naturales reconocidos.—FREITAS, art. 1607.

(Art. 369.) Los parientes ilegítimos se distinguen en *naturales* ó de *coito damnado* como los llama Freitas; en las leyes españolas se les llamaba de *dañado y punible ayuntamiento*. Los naturales son los nacidos fuera de matrimonio de padres que pudieron casarse al tiempo de la concepción de sus hijos, y de coito prohibido los incestuosos y adulterinos. Se forman dos grupos, que á su vez se subdividen. Los *naturales reconocidos* se deben alimentos: 1º, entre el padre y el hijo; 2º, entre la madre y el hijo; 3º, á falta de padre y de madre, entre los descendientes; 4º, á falta de todos ellos con los abuelos.

La obligación de alimentos se extiende para los padres naturales respecto de sus hijos, hasta los 18 años y así debe comprenderse para los abuelos.

Los de *dañado y punible ayuntamiento* no pueden exigir alimentos sino de los padres que los reconocieron.—Véase FREITAS, art. 1608.

La palabra *descendientes* se ha tomado por algunos como comprendiendo á los descendientes del que debe prestar los alimentos, cuando no viene á ser pariente del que los solicita; así tratándose del padre natural de quien solicita alimentos su hijo reconocido, la ley se expresa diciendo: se deben alimentos, el padre, la madre y sus *descendientes*; es decir, los descendientes del ilegítimo y no de sus padres; pues los



§ 129.—DE LO QUE COMPRENDE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS

Para determinar el monto de los alimentos se debe tener en cuenta: 1º, la fortuna ó el capital del que los debe, así como su renta anual; porque, entre nosotros, es muy común poseer grandes fortunas improductivas, y la renta se constituye solo por el aumento del valor de la tierra; 2º, la condición social del que debe darlos y su manera de vivir; 3º, la condición del alimentario, así como sus necesidades.

Cuando vive humildemente el que debe darlos, no sería justo el obligarlo á proporcionar al demandante una vida con mayores comodidades, que las que él mismo lleva.

La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente á la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades (art. 372). Los jueces al acordar los alimentos

colaterales legítimos no son parientes. Entendiendo de aquella manera, se ha enseñado que el hermano *legítimo* debe alimentar al hermano natural, llegando así hasta crear la obligación entre los hermanos naturales, sobre los que la ley nada dice. Más lógico habría sido organizar un sistema uniforme extendiendo la obligación de prestarse alimentos entre los que son llamados á heredarse.—Véase DR. SEGOVIA al art. 367 y DR. LLERENA al mismo artículo.

(**Art. 372.**) La obligación de alimentos debe llenarse teniendo presente que pueden disminuirse, aumentar ó cesar, según la fortuna del que los dá y la adquisición de medios de vivir del alimentario. La pensión señalada por el juez, se considera como sagrada y no puede cederse, ni transmitirse, ni embargarse. Cuando el que da los alimentos tuviera una gran fortuna y el alimentario viviera en una condición humilde, los jueces deben conceder los alimentos según la condición de este.

La pensión ordinaria de alimentos comprende los gastos de subsistencia, habitación y vestuario, y debe aumentarse cuando ocurrieran enfermedades; los jueces ordenarán el pago de estos gastos, que se harán con arreglo á la condición del alimentario. Si la enfermedad fuera grave y requiriese una asistencia costosa ú operaciones de importancia, el que da los alimentos puede pedir se traslade al enfermo á una casa de sanidad, cuya pensión pagará.

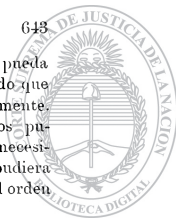


deben tener en cuenta, que esta obligación nace más bien de un deber de piedad, convertido por la ley en un derecho, para garantizar (al que no puede proporcionárselo) lo más necesario para la vida.

El pariente que prestase ó hubiese prestado alimentos voluntariamente ó por decisión judicial, no tendrá derecho á pedir á los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que él (art. 371); para asegurar mejor el cumplimiento de una obli-

La cuota alimenticia no tiene un carácter permanente, es por su naturaleza variable, y el alimentado como el que presta los alimentos pueden hacerla aumentar ó disminuir según cambien las circunstancias. Cuando el que los da no tuviera lo bastante para acordar una pensión, puede exigir al alimentado tome en su casa la comida y la habitación. Pothier, X, n° 391, dice: «cuando los hijos no tienen lo bastante para pagar una pensión á sus padres, y tienen casa puesta, pueden ser condenados á recibirlos y admitirlos á su mesa y en su hogar, teniendo por ellos el respeto y cuidados que les son debidos». El que da los alimentos no tiene el derecho para llevar á su casa al alimentado como algunos creen, confundiendo la disposición del art. 429, que habla del menor con la referente á los mayores; en ninguna parte del Código se encontrará una disposición tan vejatoria para el alimentado. Freitas, art. 1613, divide los alimentos en *naturales* y *civiles*, comprendiendo en los naturales los de nuestro artículo, y en los civiles la educación del menor, y si fuere mayor, en lo necesario para un tratamiento correspondiente á su clase.—Comp. arts. 267, 429 2308.

(**Art. 371.**) La obligación de prestar alimentos entre los de la misma línea, debe ser *solidaria*, como lo dijimos en la nota al art. 267, y no *indivisible* como equivocadamente lo enseñan algunos. Los hijos están obligados solidariamente á prestar alimentos á sus padres, pues, cualquiera de ellos puede ser demandado por la totalidad de la prestación, y si alguno no pudiera prestarlos, los demás deben repartirse la parte del insolvente. Uno sólo prestará los alimentos; pero podrá obligar judicialmente á los demás por la parte proporcional. Se dice que, la ley no ha impuesto la solidaridad y no puede crearse; pero no es exacto. La ley no ha dicho que la obligación sea solidaria, es cierto, pero ha expresado que todos los que se encuentran en el mismo grado están obligados por la prestación total, y esa es la condición esencial



gación que no se puede rehusar. Esto no excluye que se pueda negar á continuar prestándolo, cuando el del primer grado que no pudo prestarlo, hubiese adquirido fortuna posteriormente.

Cuando el primer obligado en prestar los alimentos pudiera darlos con una estrechez que no satisficiera las necesidades del alimentado, este podrá solicitarlos del que pudiera dárselos ampliamente y sin sacrificio alguno, siguiendo el orden determinado.

§ 130.—CUÁNDO CESA LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS

Cesa la obligación de prestar alimentos: 1º, si los hijos de familia legítimos ó legitimados, ó los hijos naturales, se casaren sin consentimiento de los padres, y en caso de disenso, sin la autorización judicial; 2º, si los descendientes en relación de sus ascendientes, ó los ascendientes en relación á sus descendientes, cometieren algún acto por el que pudieran ser desheredados; 3º, si los hijos de familia dejaren la casa paterna sin licencia de

de una obligación solidaria. Por otra parte, esta teoría sostenida por la generalidad de los autores franceses (con excepción de Duverger, al estudiar disposiciones análogas al Código francés, que guarda silencio como el nuestro), no está en contradicción con la disposición del art. 371, pues este dice, únicamente: el condenado á prestar alimentos no tendrá derecho á pedir *cuota alguna de lo que hubiere dado*, lo que supone se dieron voluntariamente antes de la sentencia; limita la prohibición á lo *dado* voluntariamente, no á lo que debe dar después de la sentencia. Y no habría justicia ni equidad, en hacer pesar sobre una sola persona la obligación que debe compartir con los demás del mismo grado; son de esta opinión POTHIER, *Matrimonio*, nº 391. TOULLIER, II, 613. DURANTON, II, 424 y 425. PROUDON, I, 447. DELVINCOURT, I, pág. 87, nota 5.

El que hubiere recibido alimentos no está obligado á devolverlos, aunque adquiriera fortuna, y si hubiere pagado por error devolviendo lo que recibió, puede repetirlo, pues no hay ni obligación natural; el que da los alimentos paga una deuda verdadera. En derecho no se reconocen obligaciones morales.—Véase FREITAS, art. 1619 y nuestro com. al art. 267.

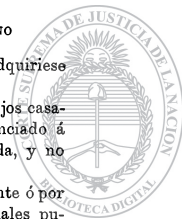
sus padres (art. 373), 4º, cuando el alimentario adquiriese medios de vivir.

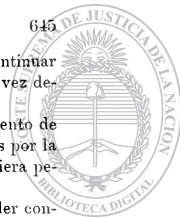
Cuando los padres hubiesen dado alimentos á los hijos casados sin su consentimiento, se entiende que han renunciado á su derecho de negarlo perdonando la falta cometida, y no pueden en adelante alegar esa causal.

Si mientras los alimentos se prestasen voluntariamente ó por sentencia, sobreviniese alguna de las causas por las cuales pu-

(**Art. 373.**) Cuando los hijos están obligados á solicitar el consentimiento, y se casaren sin pedirlo, si el padre estuviera incapacitado ó si la madre viuda contrajere segundas nupcias, ¿pierden el derecho á los alimentos, si se casaron sin consentimiento del tutor ó curador? La ley castiga la falta de consentimiento de los padres, suponiéndolos en ejercicio de la patria potestad; pero cuando han sido privados de ella ó está en suspenso, no pueden incurrir en la pena impuesta por falta de respeto á otras personas. La pérdida de los alimentos es un castigo, y no puede extenderse á otros casos que á los expresados en la ley. En mi opinión no deben ser privados de los alimentos en los casos citados.

Los padres pueden no usar del derecho de desheredación; pero eso no les impedirá el negarse á los alimentos en las hipótesis del art. 3747. Así, los padres pueden negar alimentos á sus hijos cuando estos los hubieran injuriado de hecho poniéndoles las manos, ó si hubieren atentado contra su vida ó acusádoslos de un delito que merezca cinco años de presidio ó trabajos forzados; mientras los hijos no pueden alegar sino las dos últimas causas, arts. 3747 y 3748. Los cónyuges no pueden negarse alimentos cuando alguno de ellos los necesitare, aunque el alimentado hubiere dado causa de divorcio (art. 80, matr. civ.). Los hijos deben ausentarse *voluntariamente* sin permiso de los padres para perder el derecho á los alimentos; porque si ejercen un empleo y son trasladados de un punto á otro, ó si como ciudadanos de la guardia nacional, son llevados á otro lugar; ó por pena se les destierra, en esos casos y otros semejantes no pueden perder su derecho á los alimentos. Cuando los hijos, y en su caso, los padres fueren privados del derecho de pedir alimentos, no están eximidos de prestarlos. Freitas, art. 1620, nº 4, dice: «si los hijos bajo la patria potestad abandonaren la casa paterna *sin jussio motivo*», comprendiendo así los casos enumerados y además cuando por malos tratamientos, consejos ó ejemplos inmorales, dieran un justo motivo para no





dieran desheredar al que los recibe, pueden negarse á continuar prestándolos, y el juez relevarlos de la obligación, una vez demostrado el hecho.

Los hijos pueden dejar la casa paterna sin consentimiento de los padres, sin incurrir en falta, cuando fuesen obligados por la autoridad, ó no fuera posible obtener el permiso y hubiera peligro en permanecer, como en los casos de peste, etc.

Cuando la obligación de alimentos cesare por no poder continuar prestándolos, el alimentario podrá demandarlos del siguiente en el orden indicado. Si la obligación cesare por haber incurrido en falta con relación al que debe prestarlos, los demás no podrán alegar la misma causa, pero rechazarán la demanda demostrando que existen otros á quienes les corresponde prestarlos.

La obligación de prestar los alimentos, no cesará con relación á los padres por la mala conducta de los hijos, si no diere lugar á la desheredación.

§ 131.—DEL PROCEDIMIENTO PARA PEDIR ALIMENTOS

Sin perjuicio de lo que determinaren las Provincias en sus leyes de procedimientos, la demanda de alimentos debe sujetarse á las siguientes formalidades: *el pariente que pida alimentos, debe probar (breve y sumariamente) que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiere reducido á tal*

estar con sus padres. Si un padre vive públicamente amancebado y el hijo abandona la casa paterna por ese motivo, no sería justo ni moral privarle del derecho para pedir los alimentos.—Comp. GOYENA, art. 72, nº 2. CÓD. DE CHILE, art. 232. — Comp. arts. 371, 3747 y 3748.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 373.—El Cód. Sardo, art. 109 y 110, conserva los alimentos necesarios á los hijos que se casen contra la voluntad de los padres. Conforme con el artículo cuando haya una causa de desheredación, el mismo Cód., art. 743 y L. 6, Tit. 19. Part. 6ª, y Nov. 115, cap. 3 y 4.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 373. — El padre debe alimentos á su hija legítima casada con su consentimiento, siempre que el marido no se halle en condiciones de hacerlo.—Jur. Civ., III, 11. Sér. 1ª.



estado (art. 370). La obligación deberá cesar, cuando desaparezcan las causas que impedían al alimentado adquirir lo necesario para su subsistencia.

(**Art. 370.**) Para tener derecho á los alimentos es necesario probar: 1º, que no se tiene medios para alimentarse; 2º, no serle posible trabajar; 3º, que el demandado tiene los medios de dar los alimentos. La prueba negativa de la falta de medios no es posible darla de una manera completa; se reducirá á una mera información de testigos sobre la carencia de medios, información que podrá ser destruida demostrando la existencia de los bienes del demandante.

La imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, no sólo se refiere á la material por causa de enfermedad temporaria ó permanente, sino á la proveniente de la falta material de trabajo. Aunque en países jóvenes como el nuestro, siempre se encuentra trabajo, llegará un momento en que esto no suceda. El que pide los alimentos puede no ser capaz de ejecutar ciertos trabajos que requieran fuerza muscular, ó cuando el hombre sienta cierta especie de degradación moral, en ejecutarlos, pues si en general el trabajo no deshonra, hay oficios tan bajos, para la condición social del individuo, que hacerlo descender hasta allí, sería matarlo moralmente. ¿Por qué se obligaría al hijo á trabajar de changador ó de mandadero para ganarse la vida diaria, cuando el padre anda en carruaje? Serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán según las circunstancias tomando en cuenta la condición, educación y posición de las personas, pues habrá casos en que será preferible pegarse un tiro ó morir de hambre, antes de ejercer ciertos oficios, mientras no hay humillación en recibir alimentos de un padre ó de un hijo. Reconocemos, pues, dos clases de imposibilidad: una física por causa de enfermedades ó falta de trabajo; otra moral ó más bien dicho social, que obrando poderosamente sobre el individuo le impide descender del rango en que ha nacido y vivido.—Comp. FREITAS art. 1611, y l. 5, § 7, tít. 3, lib. 25. *Dig.*

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 370.—LL. 4 y 6, Tít. 19, Part. 4ª.—Pero no se reputa pobre ó necesitado al que puede vivir de su trabajo. Dicha L. 6, y L. 5, § 7, Tít. 3, Lib. 25. *Dig.*

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 370.—La prestación de alimentos es ineludible, probados los extremos que exige el Cód.—Jur. Civ., I, 449. Sér. 1ª.

La adquisición de bienes por parte del alimentado, hace cesar la obligación del alimentario (sic) en tanto cuanto aquéllos basten á llenar el objeto que la ley se propone, sin perjuicio de renacer la obligación al agotarse los fondos que la suspendieron temporalmente.—Jur. Civ., V, 71, Sér. 2ª.

El procedimiento en la acción de alimentos será sumario, y no se acumulará á otra acción que deba tener un procedimiento ordinario (art. 375, 1ª parte), para no impedir la resolución

(**Art. 375.**) Sin perjuicio de lo determinado en las leyes de forma, el juicio deberá ser sumario y breve de los llamados *procedimientos*, porque en realidad no hay demanda ni contestación. El alimentario debe presentar con la solicitud todos los antecedentes que prueben su derecho á pedirlos y la necesidad para recibirlos; el demandado será oído en audiencia verbal y el juez según las pruebas presentadas podrá decretar los alimentos provisorios; si es hijo legítimo, deberá presentar las partidas de matrimonio de sus padres ó la de nacimiento; si es natural el acta de reconocimiento hecha en instrumento auténtico; pero no deberá recibirse como prueba un testamento, porque puede ser revocado mientras viva el demandado. El juez con estos documentos á la vista podrá decretar los alimentos provisorios. Pero si el padre niega la paternidad al hijo y este no la ha probado previamente de una manera sumaria, no pueden decretarse los alimentos. Cuando el matrimonio se hubiera realizado en el extranjero y hubiere imposibilidad de presentar la partida, bastará una información sumaria de dos ó más testigos, probando que marido y mujer se tratan como tal. Los alimentos definitivos no se decretarán mientras no se pruebe la obligación de darlos. La sentencia sobre los alimentos provisorios no hará cosa juzgada y puede ser revocada por el mismo juez, si resultare del juicio seguido por cuerda separada, que el demandado no tiene obligación de darlos ó no puede, ó que el demandante no tiene necesidad de pedirlos. Los alimentos provisorios deben prestarse desde la sentencia, porque la apelación no suspende la ejecución, sólo se concede en el efecto devolutivo, no en el suspensivo. Los gastos para el pleito deben ser fijados por el juez provisoriamente, cuando el demandante no tuviera como seguirlo, y la cantidad acordada será cobrada ejecutiva y sumariamente, sin dar lugar á otro juicio.—Véase FREITAS, art. 1616, y nuestros arts. 248, 272 y 1295.

Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 375 y 376.—L. 7, Tít. 10, Part. 4ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 375.—Para la prestación de alimentos á un hijo natural, no es necesaria la declaratoria previa de ese carácter hecha en juicio ordinario, basta la testimonial del sumario.—Jur. Civ., VI, 331, Sér. 2ª.

Si bien los alimentos al hijo natural en juicio sumario, no requieren el ordinario previo para el reconocimiento, se requiere que este resulte por confesión ficta ó expresa del demandado.—Jur. Civ., IV, 116, Sér. 2ª.





que debe dictarse en el más breve término. No es un verdadero juicio, sino un mero procedimiento, y, por esa razón *desde el principio de la causa ó en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojaren los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor y también las espensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo (art. 375, 2ª parte);* y todo esto cesará, si desaparecen las causas que lo autorizaron, sea por el empobrecimiento del que los da, sea por la adquisición de medios del alimentario, ó por haber sido vencido el demandante.

Se ha decidido con razón, que no se pueden demandar alimentos provisorios, sino como una consecuencia del juicio sobre alimentos definitivos; pues según la urgencia del caso, y mientras se decida la demanda principal, el juez puede decretarlos provisoriamente.

La ley ha querido rodear los alimentos de todas las garantías necesarias para llenar su objeto, y, por esa razón, ha prohibido sean embargados y que, *de la sentencia que decrete la prestación de alimentos, no se admitirá recurso alguna con efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos podrá ser obligado á prestar fianza ó caución alguna de volver lo recibido, si la sentencia fuese revocada (art. 376);* pero sí, cuando se demostrase

(**Art. 376.**) Si se hubieren acordado alimentos provisorios, y los definitivos fueran decretados posteriormente, no serán ejecutados si hubiere apelación, porque estando llenadas las más urgentes necesidades, desaparece la razón de la violencia del procedimiento. Si la sentencia fuere revocada ó se disminuyeran en la segunda instancia, el que los dió no tendrá derecho á reclamar el exceso en el primer caso, ni á descontar las cantidades recibidas de más en el segundo, pues sería quebrantar el principio de que los alimentos deben entregarse íntegramente como se han acordado.

La Ley de Proc. de la Capital Federal, art. 602 y siguientes, establece el procedimiento para los alimentos, pero no la manera de cobrarlos, cuando el que debe darlos se negare. ¿Debe procederse como en el juicio ejecutivo, arts. 464 y sig. ó como en la ejecución de la sentencia? ¿Qué excepciones pueden alegarse? Es una cuestión muy grave que decidirán las leyes de procedimientos, y que no corresponde á la ley de fondo; sin embargo, soy de opinión que debería seguir el procedimiento

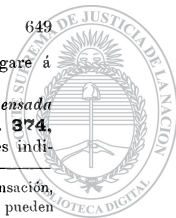
haber procedido con dolo para hacérselos acordar, y llegare á mejor fortuna.

La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción (art. 374, 1ª parte), y como responde á un fin superior al interés indi-

ejecutivo, sin admitir ciertas excepciones, como la de la compensación, quita ó remisión, transacción ó falsedad, fuerza ó miedo que no pueden oponerse á una deuda tan privilegiada. Cuando se hubieren acordado y pagado alimentos provisorios, revocada la sentencia, el alimentario no estará obligado á devolverlos; pero como han sido mal acordados, pues así lo establece la sentencia revocatoria, hay una obligación natural, y si los ha pagado, puede retenerlos el que los recibió. — Véase FREITAS, 1616, n° 2.

(**Art. 374.**) Nos parece más jurídica la doctrina que hace de los alimentos una deuda personal é intransmisible, tanto para el alimentado (no puede transmitirla á sus herederos), como para el que los da, (no puede pasarla á los suyos como una carga), pero en presencia de una disposición expresa como la del art. 331; «esta obligación incumbe á los *herederos de los padres*»; no podemos menos de aceptarla en las condiciones restrictivas impuestas. Así, la obligación de alimentos pasa á los herederos de los padres como un caso especial. En el art. 331, explicamos lo que á nuestro juicio debía entenderse por esa frase: pero la regla general del art. 374, de que la obligación de prestar alimentos no puede transmitirse por acto entre vivos ó muerte del acreedor ó del deudor regirá para todos los casos. Cuando el padre ha estado prestando alimentos, esa obligación pasará á sus herederos como una deuda de la sucesión, aunque sean extraños, como en el caso de darlos por contrato; pero si es el hijo quien los prestaba como obligación legal, no pasará á sus herederos, si estos no estuvieran obligados á darla por su parentesco. Aunque muy raras veces sucederá que el heredero no sea pariente, ni tenga obligación de prestar alimento, haciendo así perder de su importancia al caso estudiado, es bueno consignar la verdadera doctrina.

Los alimentos debidos por cuotas vencidas y no pagadas no están comprendidas en la prohibición, porque son deudas consolidadas, esas entran en el comercio ordinario. La ley prohíbe contratar y transmitir una deuda esencialmente personal y condicional, destinada á responder á urgentes necesidades de la vida, pero nadie puede impedir al alimentario ceder su acreencia vencida á aquel á quien le suministra

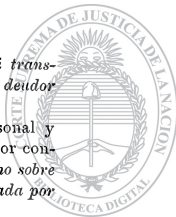


vidual, *ni el derecho á los alimentos puede renunciarse ni transferirse por acto entre vivos ó muerte del acreedor ó deudor de alimentos* (art. 374, 2ª parte).

El derecho á los alimentos es esencialmente personal y tiene por base el parentesco; así no puede transferirse por contrato á otra persona, *ni constituir á tercero derecho alguno sobre la suma que se destine á los alimentos, ni ser esta embargada por deuda alguna* (art. 374, 3ª parte), ni puede ser cedido.

las cosas necesarias de la vida, ni al que le alquila la casa haciéndole crédito sobre la renta. Nuestro Código así parece entenderlo en el art. 1453, al impedir sólo la cesión de los *alimentos futuros*. Freitas, y los Códigos de Holanda, de Cerdeña y de Prusia citados por el doctor Velez Sarsfield apoyando la disposición, se refieren á los alimentos futuros. El Código de Chile, art. 336, permite expresamente vender ó ceder las pensiones alimenticias atrasadas.

La pensión alimenticia futura no puede compensarse con obligación alguna; porque teniendo el carácter de urgencia y necesidad su pago debe ser ejecutivo, y si se la hubiere renunciado, la renuncia no tendría valor, y nada podría detener la acción del alimentado.— Véase com. al art. 331. La pensión alimenticia no puede ser embargada pues es un derecho personalísimo del alimentado, ni puede ser retenida bajo ningún pretexto.— Véase FREITAS, arts. 1621 y 1624. No puede tampoco ser objeto de transacción.— Véase nota al art. 848.



TÍTULO VII

DE LA TUTELA

CAPÍTULO PRIMERO

§ 132.—DE LA TUTELA EN GENERAL

La tutela ha sido considerada por todas las legislaciones como una institución pública, y tiene tal importancia, que se la ha clasificado entre las cargas que no se pueden renunciar sin justa causa. Todo menor de 22 años, si no tiene padre ó no está emancipado, debe estar bajo la autoridad de una persona que dirija sus acciones, con el nombre de tutor, y ese tutor *es el representante legítimo del menor, en todos los negocios civiles.* (art 380), porque no se le considera capaz de dirigirse á sí mismo.

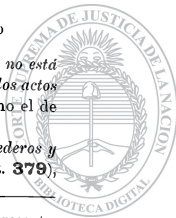
Se define la tutela (diciendo): *es el derecho que la ley confiere*

(Art. 380.) En los negocios civiles, pues, en los criminales el menor adulto demandado puede estar en juicio sin autorización de su tutor, como no la necesita de su padre, art. 286, lo que no importa facultarlo para comparecer por sí solo, pues, debe ser asistido de un tutor y podrá contestar cualquier demanda criminal que se le promueva. En los actos civiles, el tutor gestiona y administra sólo, y sin el concurso del menor ejecuta todos los actos que á este corresponden, excepto los exclusivamente personales, como el de reconocer hijos naturales ó hacer testamento.—Véase Com. al art. 286, 390 y 411.

Massé y Verger, anotadores de Zachariæ, enseñan, que en los procesos criminales el padre no representa al menor, porque la persona de este responde del delito; creo demasiado absoluta esta opinión. Si la persona del menor adulto responde del hecho delictuoso, hay razón para darle derecho á defenderse sin autorización; pero no para ser privado del apoyo natural que debe encontrar en la persona de su padre ó de su tutor.—Véase ZACHARIÆ, § 207, nota 7 y Comp. Cón. FRANCÉS, art. 450, y GOYENA, art. 218.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 380.—LL. 15 y 17. Tít. 16, Part. 6ª—LL. 2 y 3, Tít. 7, Lib. 3, F. R. Hasta donde se extiende esta representación—Zachariæ, § 196 y nota 7ª al § 207.





para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto á la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil (art. 377), y este poder se ejerce como el de los padres, con muy pequeñas diferencias.

La tutela es un cargo personal, que no pasa á los herederos y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente (art. 379),

Art. 377.) La tutela es general, cuando comprende la representación del menor para todos los actos de la vida civil y no se diferencia de la patria potestad, sino en cuanto á los deberes de los padres; es especial cuando la representación comprende solamente ciertos negocios ó determinados bienes. En el derecho romano se daban tutores á los huérfanos varones menores de 14 años y á las mujeres de 12, disposición adoptada por el derecho español antiguo; pero se ha desechado posteriormente, siguiendo la legislación moderna sin hacer diferencia de edad. Los menores emancipados pueden estar sujetos á la tutela especial en ciertos casos, mientras no pueden volver á la patria potestad sino cuando el matrimonio fuera anulado. En los casos de dar tutores especiales á los emancipados deben ser elegidos con preferencia los padres, á menos de requerirse condiciones especiales.—Comp. FREITAS, 1634. GOYENA, 171, y nuestros arts. 380 y 411.

(Art. 379.) Como carga personal concluye con la muerte, incapacidad ó remoción del tutor. La tutela es establecida en beneficio del menor y buscando su interés se deben interpretar estas disposiciones.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 377.—L. 1, Tít. 16, Part. 6.^a—Por el Derecho Romano sólo se daban tutores á los varones huérfanos menores de catorce años, y á las mujeres de doce. Desde esta edad hasta los veinte y cinco se daba curadores á unos y otros. Las LL. 1 y 13, Tít. 16, Part. 6.^a aceptaron esta legislación. Los Códigos modernos con excepción del de Luisiana, no la han admitido, y por este los tutores se dan á los menores hasta que llegan á la mayor edad. La distinción de las Leyes Romanas y de Partida, á más de no fundarse en razón alguna, causa todos los días cuestiones judiciales sobre si los púberes podían ó no ser obligados á recibir curadores, ó sobre la validez de sus actos, etc.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cq.—Aplicación del art. 377.—En caso de ausencia del tutor, el menor tiene derecho para exigir el nombramiento de un curador especial á fin de que á su nombre siga las acciones que crea convenir á sus intereses.—Jur. Civ., III, 121. Sér. 1.^a

El tutor nombrado en vida del padre, para ejercer acciones contra este, carece de personería para intervenir en la testamentaria.—Jur. Civ., VI 231 Sér. 1.^a



reputándose como una carga pública, y nadie debe eximirse de ella.

La tutela es gratuita cuando el menor carece de bienes, y remunerada con la décima parte de los frutos líquidos, cuando los tiene.

Como habría peligro para los menores si quedasen algún tiempo sin gobierno ni dirección, *los parientes de los menores huérfanos están obligados a poner en conocimiento de los magistrados el caso de orfandad, ó la vacante de tutela; si no lo hicieren quedan privados del derecho á la tutela que la ley*

La tutela es de orden público y los particulares no pueden alterarla á su voluntad; así, el abuelo paterno, p. e., no puede ceder por contrato al materno su derecho á la tutela, ni los padres exonerar á los tutores de la obligación de hacer inventarios, ni imponer limitación al derecho de gobernar á los pupilos, ni fijar el tiempo porque deben ejercerla. En el Código Francés la tutela es gratuita, pero nuestro Código se ha separado, teniendo presente que si el menor tuviera bienes, no había razón para imponer una administración gratuita, ni á los parientes, ni menos á los extraños que no deben semejantes servicios á los que pueden pagarlos.—Comp. CÓD. FRANCÉS, art. 419, GOYENA, 173. DURANTON, III, 410 y sig. AUBRY y RAU, § 89, nota 2.

Freitas, 1684, dice: nadie podrá excusarse de la tutela sino por causa *expresamente declarada por la ley*, y no está en la mano de los jueces el admitir excusaciones según su propio criterio. La causa suficiente debe residir en la ley, no en el árbitro judicial, pues de otra manera haríamos degenerar una carga que interesa al bien general de la sociedad, dejándola á la buena ó mala voluntad de los individuos, burlando los propósitos del legislador. Sólo deben ser exceptuados los incapaces absoluta ó relativamente, ó los que están impedidos: los demás tienen obligación de aceptar el cargo, y no pueden excusarse con sus ocupaciones ó alegando cualquier otra causa. Sin embargo, si el tutor cambiase de domicilio por necesidad de sus negocios, saliendo de la jurisdicción del juez de la tutela, sería una justa causa de excusación ó de renuncia. La tutela como carga personal debe ser ejercida por la persona nombrada, sin excluir la facultad del tutor para hacer ejecutar por otros los actos que creyere conveniente.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 379.—Cód. Francés, art. 419—Proyecto de Goyena, art. 173.



les concede (art. 378); pero, no es justo el libertarse á tan poca costa de una carga que están obligados á ejercer, sobre todo cuando la tutela deba ser gratuita, porque el menor no tenga bienes, y los jueces no deberían eximirlos en esos casos.

La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores (art. 381), quien podrá pedir al juez la rendi-

(Art. 378.) La tutela es una carga pública y nadie puede rehusarla sin causa, pero como no es posible forzar á los individuos el ejercerla, sin grave peligro para la educación del menor y de sus intereses, será conveniente admitir excusaciones en los casos designados más adelante. En muchos casos será una verdadera carga, sobre todo cuando el menor no tiene bienes, ó los tuviere sólo en la medida de sus necesidades. La ley prevé cuando sería peligroso confiar la tutela á los parientes que no dan pruebas evidentes de cariño, y prefiere libertarlos de esta obligación antes de tener que removerlos más adelante; así los jueces no deben ser severos en la aplicación de esta disposición, que exime de una obligación á los parientes, y debe admitirles cualquier excusa, como la de haber ignorado la orfandad de los menores ó la vacancia de la tutela. Mientras no haya una muestra clara y evidente de mala voluntad, se debe preferir á los parientes del menor, porque los vínculos estrechos de parentesco, hacen presumir mayor cuidado é interés. Un sistema que fundara la tutela legítima en el derecho á suceder *ab intestato*, sería más conforme con la naturaleza de los hechos, porque ligaría el parentesco con el interés. El derecho romano y el español que lo siguió, privaban de la sucesión á los parientes que no pedían al juez el nombramiento de tutor, si el menor moría antes de llegar á la pubertad; pero los consideraba perdonados si después de esa edad no los desheredaba expresamente.—Comp. l. c. 6, tit. 56, y 10, tit. 58, lib. 6. Cód. Romano.

Nuestro artículo ha sido tomado de Goyena, art. 176, y este autor agrega: si fueran negligentes, y siguiendo nuestra teoría aun en ese caso no debe privárseles de la tutela, si de alguna manera se justificaran.—Comp. nuestros arts. 398, nº 14, 456 y 470.

(Art. 381.) En esta parte nuestro Código se ha separado de los europeos que casi uniformemente instituyen el consejo de familia, bajo cuya inspección y vigilancia obran los tutores. El Ministerio de Me-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 378—L. 12, Tít. 16, Part. 6ª.—Por el Derecho Romano y de Partidas pedían el derecho á suceder abintestato al menor.

ción de cuentas, cuando tuviere motivos fundados para ello, ó pedir la remoción del tutor en su caso. Pero, la vigilancia del Ministerio se limitará sólo á los actos del tutor que no será molestado en su autoridad.

La tutela se da, ó por los padres, ó por la ley, ó por el juez (art. 382). Se da por los padres en testamento, y cuando no

nores jamás puede sustituir á la familia, por mayor interés que le supongamos en el cuidado de los menores. Por eso entre nosotros la tutela ha dado lugar á una especie de favoritismo, que ha sido y será la piedra del escándalo en la administración de justicia. Este defecto proviene de haberse desnaturalizado las funciones judiciales, cuyo único objeto debe ser el de dirimir las controversias entre los interesados. Ni los jueces ni el Ministerio de Menores deben intervenir en estos asuntos, y sólo la familia ó los interesados deberían tener la facultad de hacer esos nombramientos.

El artículo confiere al Ministerio de Menores una inspección y vigilancia, que se extiende á pedir la rendición de cuentas, cuando hubiere sospechas de mala administración del tutor, y á intervenir en todo acto ó pleito sobre la tutela ó curatela ó sobre los deberes que correspondan á los tutores ó curadores, cuya remoción puede demandar. Como el tutor no tiene un consejo de familia, para vigilarlo, es necesario dar latitud á la facultad del Ministerio Pupilar (arts. 459 y 493), y necesitan de una autoridad que controle el ejercicio de facultades tan absolutas, sobre todo la referente al gobierno de la persona de los menores. Creo de necesidad instituir el consejo de familia, pues consulta mejor la verdad de los hechos, y se funda en el natural interés de los parientes por la educación del menor y la buena administración de sus bienes. Es una reforma que se impone, y así se cortará de raíz uno de los abusos más grandes de la administración de justicia.

(**Art. 382.**) Se da por los padres, en su testamento, aunque los desheredasen art. 389. Cuando no hubiera tutor nombrado ó este no entrara á ejercerla ó dejara de serlo, por muerte, incapacidad ó remoción; la ley designa de antemano el orden en que deben entrar los parientes del menor, autorizando al juez para invertir ese orden, nombrando á su arbitrio al más idóneo. Se da por el juez, cuando no haya tutor nombrado en testamento, y no tuviere parientes llamados por la ley ó hayan hecho dimisión ó sido removidos de ella y no hubiere





lo hubiere, la ley designa personas unidas por vínculos estrechos de familia, que deben tener mayor interés en atenderlos. Cuando no hubiera tutor nombrado en testamento, ni existieran parientes de los designados por la ley, los jueces nombrarán las personas que deben desempeñar el cargo.

CAPÍTULO II

§ 133.—DE LA TUTELA DADA POR LOS PADRES

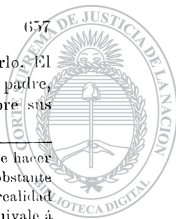
La ley ha facultado á los padres para extender, por decirlo así, su autoridad más allá de la vida, velando por el bienestar y educación de sus hijos, y los autorizan á nombrar personas de su confianza para reemplazarlos; así es como *el padre mayor ó menor de edad, y la madre que no ha pasado á segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar, por testamento, tutor á los hijos que estén bajo la patria potestad (art. 383, 1ª parte);* porque si no la tuvieren, por haber sido

otros que los reemplacen. Esta facultad la combatimos, porque desconoce la naturaleza del hecho, que crea los vínculos de la familia, y desnaturaliza las funciones judiciales. Los parientes más próximos reunidos en consejo de familia, deberían determinar quien ejercerá la tutela en estos casos.—Comp. los Códigos que han seguido al francés.

(**Art. 383.**) Las condiciones esenciales para que los padres puedan nombrar tutor á sus hijos son: 1º, tenerlos bajo la patria potestad; 2º, que lo nombre el último de los padres que haya fallecido. La patria potestad puede ejercerla la madre accidentalmente por ausencia ó demencia del marido, y la facultad de nombrar tutor á sus hijos se reduce al primer caso, pues en el segundo, el curador nombrado al marido será el tutor de sus hijos.

El marido nombra tutor á sus hijos, aun viviendo la mujer en los casos siguientes: 1º, en el matrimonio putativo, declarado nulo, si la mujer tuvo mala fe; 2º, en caso de divorcio, cuando la mujer fué declarada culpable y se le entregaren al marido los hijos; 3º, cuando la mujer hubiere sido declarada incapaz por demencia, pero es dudoso que el cónyuge pueda nombrar por testamento curador al incapaz; 4º, el menor emancipado puede nombrar tutor á los hijos que están bajo su

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 382.—I. 3, tít. 16, Part. 6ª.

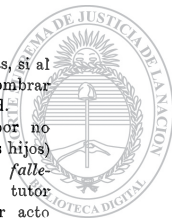


privados de ella ó por estar en suspenso, no podría hacerlo. El tutor testamentario se considera como un mandatario del padre, y no puede dejar mandato quien no ejerce autoridad sobre sus hijos.

poder, si la mujer ha fallecido ó es incapaz, y aunque no puede hacer testamento hasta los 18 años para disponer de sus bienes, no obstante puede nombrar tutor; este acto de última voluntad no es en realidad un testamento (art. 3606), pues no dispone de sus bienes, equivale á una escritura pública cualquiera; 5º, cuando la mujer hubiera sido condenada á una pena que llevara consigo la pérdida de la patria potestad; 6º, cuando la mujer hubiera sido declarada ausente con presunción de fallecimiento, en que el tutor ejerce el cargo bajo condición resolutoria.

La mujer puede nombrar tutor á sus hijos menores, aun viviendo el marido, en los casos siguientes: 1º, en el matrimonio putativo, cuando ella ejerce la patria potestad por haber sido declarado nulo el matrimonio, por mala fe del marido; 2º, cuando el marido ha sido privado de la patria potestad en los casos de los arts. 307 y 309; 3º, si están separados por divorcio, y la mujer ejerciera la patria potestad; 4º, en el caso de suspensión de la patria potestad, por ausencia del marido declarada judicialmente, puede nombrarles tutor á sus hijos bajo la condición implícita de que cesará si su marido apareciese. En los demás casos ordinarios, el que *últimamente* falleciese puede nombrar tutor. Nos hemos separado de la doctrina francesa, que no permite el nombramiento sino al fallecido últimamente, porque nuestro Código exige además el ejercicio de la patria potestad, pues el nombramiento de tutor es una consecuencia de ese poder. Los autores franceses sostienen, que sólo puede nombrarse tutor en caso de muerte del otro padre, no autorizándolo ni la interdicción ni la ausencia; pero la legislación francesa no ha servido de modelo en esta parte á nuestro Código y sigue un sistema diverso. Apoyan el sistema del Código y nuestras conclusiones ZACHARIE, § 208, nota 6, y DELVINCOURT, art. 396.

¿Los menores impúberes pueden nombrar tutor? Los impúberes son incapaces *absolutamente*, y si por un error no explicable se ha permitido á la mujer de 12 años contraer matrimonio, confundiendo la capacidad de *concebir*, con la de *tener voluntad* y de manifestarla, esto no se extiende á los varones cuya capacidad de tener voluntad coincide con la de generar. Un varón menor de 14 años, ni puede casarse, ni tener hijos, aunque el art. 85, nº 1, ley de matr. civ. suponga lo contrario.



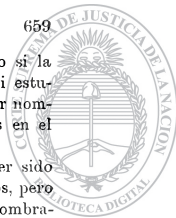
La madre, aunque hubiese contraído segundas nupcias, si al momento de su fallecimiento estuviere viuda, podrá nombrar tutor testamentario á los hijos que estén bajo su potestad.

Cuando los padres no pudieran hacer testamento por no tener 18 años, no obstante *pueden nombrar* (tutor á sus hijos) *por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento* (art. 383, 2ª parte). Si el nombramiento de tutor fuese hecho por el padre adulto en un testamento por acto público, ó cerrado, será válido, aunque el testamento se anulará por no tener la edad; pero, no sucederá así, si se declara nulo por falta de forma.

Si el padre natural ha reconocido á su hijo puede nombrarle

Ha dado margen á este error, el art. 131, que declara emancipado al menor *cualquiera que fuese la edad en que se casase*, como si pudieran casarse á cualquier edad, aunque consientan los padres! Volveríamos á los tiempos de la edad media en que se realizaban estos matrimonios entre los príncipes de 7 y 8 años de edad. Goyena, al art. 177, cuya opinión se cita como contraria, dice: «el padre, aunque él mismo sea *menor de edad y no tenga los 18 años*, porque su patria potestad es en este caso plenísima, y se presume que ordenará siempre lo más útil para sus hijos». Zachariæ, § 208, nota 12, habla de la menor edad de los esposos, sin ocurrírsele que los *impúberes* puedan casarse ni generar. Freitas, art. 1639, prevé el caso, disponiendo que no puedan nombrar tutores los incapaces por incapacidad absoluta y los incapaces con incapacidad relativa, y distingue los casos cuando se puede nombrar tutor general, de aquellos en que puede nombrar uno especial para los bienes dejados, sino tenían facultad para nombrarles tutor general, art. 1646. El padre natural aunque tiene patria potestad sobre sus hijos, como es limitada, sólo puede nombrarles tutor cuando los hubiere nombrado herederos. — Comp. Cód. Francés, arts. 392, 397 y 398. Cód. de Nápoles, art. 319. Cód. Luisiana, art. 275, y Cód. Sardo, art. 245. GOYENA y ZACHARIÆ, l. c. y cons. nuestros arts. 305, 307, 309, 394, 479, 3614 y 3617.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 383.— Cód. Francés, art. 397—Cód. de Nápoles, art. 319. Cód. de Luisiana, art. 275. El Cód. Sardo sólo reconoce esta facultad en el padre, art. 245. Lo mismo el de Vaud, art. 214. Esta es también la disposición de las leyes de Partida. L. 2. Tit. 16, Part. 6ª.—En cuanto á la menor edad de los padres, Zachariæ, nota 12 al § 208. En cuanto al nombramiento por escritura pública, véase Cód. Francés, art. 392 y 398.



tutor en el testamento, y ese nombramiento será válido si la madre, que también lo reconoció, se encuentra casada; si estuviere soltera, ella ejercerá la patria potestad, y el tutor nombrado debe ser el administrador de los bienes dejados en el testamento.

Cuando la madre tenga la patria potestad, por haber sido el padre privado de ella, podrá nombrar tutor á sus hijos, pero si la patria potestad sólo estuviera en suspenso, el nombramiento será bajo la condición, de si el padre no ha recobrado la patria potestad.

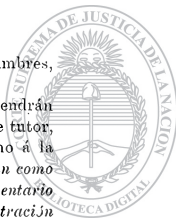
En caso de incapacidad de la mujer, el marido podrá nombrarle un curador por testamento, que será el tutor legal de sus hijos, y cuyo nombramiento quedará sin efecto, cuando la mujer recobre su capacidad. Esta misma facultad tendrá la mujer curadora de su marido.

El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquiera cláusula ó condición no prohibida (art. 384), pero si

(Art. 384.) Si la condición es suspensiva, dice Freitas, art. 1653, ó el plazo fuere suspensivo, se procederá al nombramiento de tutor, como si no lo hubiere; la tutela legítima tendrá lugar en ese caso, y así debemos considerarlo en nuestro derecho; porque en realidad no hay tutor si la condición no se cumple, y si es cierto que no se cumplirá, se reputa que no ha habido nombramiento. Cuando la condición fuese resolutoria, el nombramiento de tutor legítimo debe hacerse una vez cumplida la condición. Si la condición fuere prohibida, anulará la disposición (art. 530 y 531).

Las condiciones prohibidas dejan sin efecto la obligación, porque la ley busca la voluntad que ha determinado el contrato y no puede suprimirla, pues no difiere de los actos unilaterales que llevan en sí una obligación; así lo expresa el art. 3608, anulando la disposición testamentaria con una condición imposible ó contraria á las buenas costumbres. Cuando un padre ha nombrado tutor bajo la condición de que éste tocará la luna ó habitará siempre en un lugar determinado, no ha querido en verdad nombrarlo y la disposición caducará.

Esta es una cuestión de gran importancia; á nuestro juicio el Código ha seguido una doctrina equivocada, pero debemos aceptarla con todas sus consecuencias. La nota del Dr. Velez Sarsfield, al art. 3608, no deja dudas á este respecto; pero opino que debe modificarse con re-



la condición fuera contraria á la ley ó á las buenas costumbres, anularía el nombramiento, no así en caso contrario.

Ciertas condiciones, apesar de ser prohibidas, se tendrán como no escritas, quedando válido el nombramiento de tutor, porque son impuestas, no al nombramiento mismo, sino á la manera de ejercer el cargo; así, *son prohibidas y se tendrán como no escritas, las cláusulas que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, ó de dar cuenta de su administración todas las veces que se le ordena por este código, ó lo autoricen á entrar en la posesión de los bienes, antes de hacer el inventario (art. 385).*

lación á las disposiciones que no se refieran á los legados, ni comprendan en sí un beneficio. Creo, con la disposición de los arts. 530, 531 y 3608, que la condición prohibida, imposible ó contraria á las buenas costumbres anula la cláusula y deja sin efecto el nombramiento de tutor, pudiendo citar en apoyo de esta opinión el art. 385 y siguientes donde se consideran como no escritas las condiciones allí referidas, pues, si de esa manera debieran considerarse las demás, no habría necesitado expresar cuales eran las que debían tenerse por no escritas. Freitas, art. 1654, es más explícito, pues se refiere expresamente á las condiciones prohibidas del art. 564, que corresponden á las de nuestros arts. 530 y 531. El Código Chileno, art. 365, sólo se refiere á las condiciones suspensivas, resolutorias ó señalamiento de día en que principien ó terminen.

(Art. 385) Son condiciones prohibidas que no anulan la disposición testamentaria, pues tienen por objeto facilitar la misión del tutor, dándole una prueba de absoluta confianza, que la ley no admite; no son como las condiciones de los arts. 530 y 531, puestas como una restricción al derecho de ejercer la tutela, ó como una burla que no se debe admitir.

No hacer inventario ni rendir cuentas de la administración, no son verdaderas condiciones puestas al ejercicio de la tutela, ni á la manera de proceder, importan sólo conceder facultades inconvenientes. Cuando se pone una condición prohibida al ejercicio del cargo, se entiende que éste no ha sido conferido y difiere fundamentalmente de cuando se confieren facultades no permitidas, en cuyo caso el cargo subsiste, pero no las facultades conferidas, ni puede libertarlos de las obligaciones impuestas por la ley. Freitas, art. 1656, prohíbe también la de-

La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido á los padres nombrar dos ó más tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa ó separación de alguno de ellos (art. 386). En todos estos casos las cláusulas

claración, determinando que no se dará tutor al pupilo ni se le libertará de las restricciones establecidas por la ley para administrar. Podemos sentar como principio general: se tendrá por no escrita cualquier cláusula confiriendo á los tutores, mayores facultades de las concedidas por la ley ó en que se les liberte de obligaciones impuestas por ésta.—Comp. arts. 408, 418, 458, 459 y 3515.

(**Art. 386.**) Esta es otra de las cláusulas prohibidas, que no anulan el nombramiento y se tienen por no puestas. El Código ha decidido una de las cuestiones que dividen á los jurisconsultos franceses, sobre la facultad de nombrar varios tutores; por nuestra legislación la tutela es *indivisible* y debe ejercerse por una sola persona; ni aun separadamente pueden nombrarse dos tutores, uno para bienes, y otro para la educación del menor. La ley prohíbe nombrar tutores para ejercer el cargo conjuntamente; pero autoriza á hacer el nombramiento separadamente, sólo para sustituirse los unos por los otros, no para dividir las facultades conferidas, pues deben ejercerse de una manera indivisible, salvo cuando ella misma autoriza el nombramiento de tutores especiales; en ese caso los padres podrían hacerlo; porque si bien el art. 397 indica que los jueces deberán nombrarlos, eso no importa poner un límite á la facultad de los padres, y pueden ejercer su autoridad en los mismos casos; p. e., cuando tuvieran bienes fuera de la jurisdicción del juez de la tutela, ó cuando se tratase de negocios ó de objetos que necesitasen conocimientos especiales. La limitación de la ley sólo tiene por fin impedir que más de una persona tome sobre sí la administración de los bienes y la educación del menor, compartiendo una responsabilidad que debe ser indivisible. Freitas, art. 1648 y 1650 es más comprensivo, pues, prohíbe el nombramiento de dos ó más tutores para funcionar al mismo tiempo como conjuntos ó adjuntos en la misma tutela general ó en la tutela especial; pero no excluye que uno sea nombrado para la general y el otro para la especial, ó los dos sean nombrados para tutelas especiales, como en los casos de bienes en diferentes lugares ó de administración de cosas que requieran capacidad especial. Demolombe, VII, 224, reconociendo que la ley confia





sulas se tendrán por no puestas y no perjudicarán el nombramiento.

¿Podrán los padres nombrar, en testamento, tutores especiales á sus hijos, cuando tuvieren otros bienes fuera de la jurisdicción del juez de la tutela, ó cuando se tratare de negocios que exigiesen conocimientos especiales? Creo que sí, pues el art. 397 autoriza á los jueces para hacer esos nombramientos, y como ejercen esta facultad sustituyendo á los padres, cuando éstos los nombrasen, debe respetarse su voluntad y confirmarlos, si los nombrados no estuvieren impedidos.

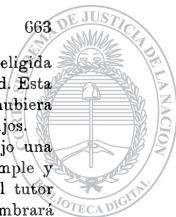
La facultad de los padres para nombrar tutores tiene por base la patria potestad sobre sus hijos, por esa razón *los padres pueden nombrar tutores al hijo que deshereden* (art. 387), pues,

á un solo tutor el cuidado del menor y la administración de sus bienes, admite no obstante, se respete cuando los padres dividan la tutela en dos, p. e., uno para la educación y el otro para los bienes, porque es conveniente muchas veces para el menor; pero nuestro Código no deja la menor duda, uno sólo debe tener ambas facultades, y únicamente en circunstancias especiales, como las indicadas pueden nombrarse tutores especiales.—Comp. ZACHARIÆ, § 198, nota 3. DURANTON, III, 444. MESLÉ, *Tutela*, 1ª part., cap. VI, pág. 96, y varias decisiones de Cortes Francesas sostienen lo contrario, mientras la afirmativa está sostenida por DEMOLOMBE, VII, 220 y sig. LOCRÉ, VII, 220. MARCADÉ al art. 417. TOULLIER, II, 1123. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIÆ, nota 3, y AUBRY y RAU, § 88, nota 3. Comp. nuestros arts. 1899 y 3870.

Cuando han sido nombrados uno para la administración y el otro para el cuidado del menor, se tendrá por tutor general, á aquél á quien se ha confiado la educación del menor, y por especial si el tutor se encontrara en alguna de las circunstancias del art. 397.

(Art. 387.) La desheredación es una pena que la ley autoriza á los padres para imponerla, cuando los hijos les han faltado al respeto y veneración que les deben, y la mala conducta observada para con ellos los pone en el deber de darles un tutor para vigilar su educa-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 386.—L. 11, Tít. 16, Part. 6ª—L. 3, § 6, Tít. 7, Lib. 26, Dig.—Toullier, II, n° 1123.—Zachariæ, nota 3 al § 198. Fremyville, *Traité de la minorité et de la tut.*, n° 121. En contra: Cód. de Chile, art. 961.



con más razón necesitará, de la vigilancia de una persona elegida por el mismo padre para dirigirlos durante su menor edad. Esta facultad no sufre modificación alguna, aunque el padre hubiera sido privado de la administración de los bienes de sus hijos.

Cuando los padres nombren tutores á sus hijos, bajo una condición suspensiva, mientras la condición no se cumple y pueda recibirse el tutor nombrado, el juez nombrará al tutor legítimo, y sino tuviere parientes en esta condición, nombrará un dativo, porque ni el menor ni sus bienes deben quedar abandonados un solo momento. Si condición no se cumpliera, ó fuera cierto que no podría cumplirse, será el caso de la tutela legítima. Si la condición fuera resolutoria, y el tutor dejase de ejercer el cargo por el cumplimiento de la condición, entrarán igualmente los legítimos á ejercer la tutela.

Tal es el respeto con que la ley ha querido rodear la última voluntad de los padres, que ha dicho: *la tutela dada por ellos debe ser confirmada por el juez, si hubiese sido legalmente dada, y entonces se discernirá el cargo al tutor nombrado (art. 388),*

ción. Los padres legítimos no necesitan dejar bienes á sus hijos, para nombrarles tutor, si tienen sobre ellos patria potestad; pero si hubieren sido privados de ella, después de haber nombrado el tutor, como es una facultad que no ha podido ejercerse al tiempo de su fallecimiento, el nombramiento no tendría valor. Otra cosa decidiríamos si el testamento se hiciera, siendo capaz y muriese estando declarado incapaz, pero no suspendido en el ejercicio de la patria potestad, en cuyo caso deberá ser confirmado el tutor nombrado. El padre no puede nombrar tutor al hijo póstumo, porque la madre ejercería la patria potestad; pero en el caso raro de un matrimonio putativo disuelto, en que la madre tenga mala fe y deba ser privada de la patria potestad, puede nombrarle tutor.—Comp. GOYENA, art. 177, y FREITAS, art. 1653.

(**Art. 388.**) ¿El juez debe confirmar el nombramiento sin examen? Respondemos que sí, previa audiencia del Ministerio de Menores, y si no hubiere oposición. Corresponde á las leyes de procedimientos el determinar la forma. Las únicas causas que pueden oponerse á la confirmación y discernimiento del cargo, son las previstas por el art. 398,

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 387.—Proyecto de Goyena, art. 117.—LL. 4 y 10, Tít. 2, Lib. 26, Dig.



sin necesidad de demostrar su capacidad para ejercerlo, porque tienen la presunción en su favor.

CAPÍTULO III

§ 134.—DE LA TUTELA LEGÍTIMA

El legislador fundado en la naturaleza de las relaciones de familia, supone con razón, que cuando más cercanos es el parentesco de las personas entre sí, mayores deben ser las probabilidades de afección, y por eso impone á ciertos parientes de los menores, la obligación de ejercer la tutela y les confiere á la vez el derecho de solicitarla para dirigirlos; pero la voluntad de los padres debe primar, cuando la han manifestado en la forma de un testamento ó de una escritura pública; por eso dice el artículo: *la tutela legítima tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor á sus hijos, ó cuando los nombrados no entran á ejercer la tutela, ó dejan de serlo (art. 389)*. Así, la tutela legítima porque no sería legalmente hecho el nombramiento de una persona incapaz para ejercerlo. Si la disposición testamentaria se anulara por vicio de forma ó por incapacidad del otorgante, el nombramiento dejaría de existir. El tutor nombrado no debe ser obligado á demostrar que no se encuentra en alguna de las condiciones del art. 398; porque toda persona se reputa capaz, mientras no se alegue lo contrario; sin embargo, se exige en nuestros tribunales la demostración de la idoneidad, cuando se trata de los tutores legítimos, y creemos un exceso de precaución que pone en peor condición á los llamados por la ley, que á los nombrados por los padres ó los jueces. Cuando una persona es llamada por la ley á ejercer una función, debe aceptarse su capacidad, á menos de tener razones especiales para dudar de ella. No obstante, el art. 391, faculta á los jueces para calificar la idoneidad y confirmar al más idóneo, pero debe ser cuando dos ó más personas soliciten la tutela al mismo tiempo.

(**Art. 389.**) La tutela legítima sólo tiene lugar en los casos siguientes: 1º cuando el padre lo ha nombrado, no pudiendo hacerlo; 2º cuando el nombrado hubiere fallecido; 3º cuando el nombrado no fuere confirmado por alguna incapacidad; 4º cuando habiendo sido confirmado fuera removido de la tutela ó falleciera estando en ejercicio; 5º cuando fuera nula la disposición en que se nombrase tutor.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 388.—LII. 6 y 8, Tít. 16, Part. 6ª.



tima está destinada á reparar el olvido de los padres ó su falta de previsión, interpretando su presunta voluntad.

La tutela legítima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos (legítimos) del menor, en el orden siguiente:

1º, al abuelo paterno;

2º, al abuelo materno;

3º, á las abuelas paterna ó materna, si se conservan viudas;

4º, á los hermanos varones, siendo preferidos los de ambos lados, y entre éstos, el de mayor edad.

Estas personas se reemplazarán en la tutela, en el orden en que van designadas (art. 390).

Todos estos casos están comprendidos en la expresión de, cuando los *nombrados no entraron á ejercer la tutela* ó dejaren de serlo. De esta manera se han decidido las cuestiones de la antigua legislación, en que sólo tenía lugar la tutela legítima cuando no había tutor nombrado en testamento, y la dativa cuando el nombrado en el testamento no ejerciere la tutela ó dejare de serlo. La doctrina enseñada por el Código consulta mejor la naturaleza de las cosas, porque debe primar la voluntad del padre, y cuando ésta no puede ejecutarse, los parientes más próximos deben ser nombrados. Nuestro Código se ha separado del sistema francés, aceptando las doctrinas enseñadas por FREITAS, art. 1667. Comp. Cód. LUISIANA, 282, y l. l. 11, tit. 2, y 6, tit. 4, lib. 26, *Dig.*

(**Art. 390.**) En esta parte nuestro Código (siguiendo á Goyena, art. 182), ha cometido una injusticia y será necesario repararla en el porvenir; pues no hay razón para privar de la tutela al bisabuelo ó bisabuela, separándose del art. 402 Cód. Francés, ni á los tíos paternos ó maternos, como lo proyecta Freitas, art. 1663, siguiendo al Cód. de Chile, art. 367, nº 5. En la nota 70 de la Instituta criticamos este proceder. Hay sin duda buenas razones para excluir á los bisabuelos á causa de su ancianidad: pero en nuestro país, los hombres se casan ge-

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 389.—La L. 9, Tit. 16, Part. 6ª, sólo da lugar á la tutela legítima, cuando el padre no nombrase tutor en su testamento: véase á Gregorio López sobre dicha ley, y compárese con la L. 12 del mismo Título. Lo mismo que la Ley de Partida, el Cód. Francés, art. 402 —el de Nápoles, art. 665, y Sardo, art. 257. Pero si los padres hubiesen nombrado tutor y éste no lo fuese, ó dejare la tutela, tenía en tal caso lugar la tutela dativa, y no la legítima. Conforme con el artículo el Cód. de Luisiana, art. 282, y las LL. Rom. 11, Tit. 2 y 6, Tit. 4, Lib. 26, *Dig.*



La madre viuda ejerce la patria potestad sobre sus hijos en los mismos términos y con la misma extensión que el padre.

Las personas nombradas para ejercer la tutela se reemplazarán en el orden designado, ya sea que no la ejercieran por algún impedimento, ó dejaren de hacerlo por muerte, incapacidad ó remoción, de modo que existiendo parientes llamados por la ley, la tutela legítima prima sobre la dativa.

Si varios parientes concurren solicitando la tutela *el juez no confirmará ó dará la tutela legítima sino al que por sus bienes ó buena reputación fuese idóneo para ejercerla, quedando esta calificación al arbitrio del juez, debiendo siempre preferir el pariente*

neralmente jóvenes, y alcanzan una relativa longevidad, y no es extraño encontrar ancianos de 75 y 80 años en el pleno goce de sus facultades, con bisnietos y aun tataranietos, sobre todo por la línea de las mujeres, que se casan muy jóvenes. Respecto de los hermanos del padre ó de la madre no hay razón alguna para excluirlos de la tutela, prefiriendo á los extraños, nombrados por los jueces, á quienes se ha conferido una facultad que se ha convertido en un abuso digno de censura. Otro de los defectos de esta institución, tal como está legislada es de no comprender á las mujeres mayores de edad, sean tías ó hermanas, solteras ó viudas. Si la mujer tiene patria potestad sobre sus hijos ¿por qué no podría ejercer la tutela de sus hermanos ó de los hijos de su hermano? No hay razón para esta exclusión. Las abuelas deben conservarse viudas, pues en caso contrario, están bajo la autoridad de su segundo marido. Los hermanos varones de ambos lados son preferidos á los unilaterales, porque se presume mayor interés y cariño hacia el menor, y excluyen en la herencia del hermano á los unilaterales; la sucesión sirve pues de base para la preferencia de la tutela legítima. — Véase CÓD. FRANCÉS, art. 402. CÓD. DE CHILE, art. 367. FREITAS, art. 1663, y GOYENA, art. 182 de donde fué tomado nuestro artículo.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 390.—La L. Rom. prefería en la tutela legítima á la abuela del huérfano. *Autent. matri*, Tit. 3^a, Lib. 5, Cód.—El Cód. de las Partidas da derecho á la tutela á todos los parientes del menor, por el orden de su proximidad en el parentesco, LL. 9 y 11, Tit. 16, Part. 6^a, y también la L. 2, Tit. 7, Lib. 3, F. R. El Cód. Francés da la tutela aun á los bisabuelos, art. 404. Lo mismo el Cód. Sardo.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 390.—Corresponde á los parientes más próximos, justificar la idoneidad para ejercer la tutela.—Jur. Civ., III, 97, Sér. 4^a.

más idóneo al menos idóneo, no obstante el orden establecido en el artículo anterior (art. 391).

Cuando los parientes á quienes correspondiese la tutela en primer lugar no la solicitasen, y se presentaren otros más lejanos pidiéndola, el juez deberá darla, si resultara que aquéllos han incurrido en la pena del art. 378, notificándoles previamente la solicitud.

Si el juez, después de tomar todos los antecedentes necesarios, reputare que no son idóneos los parientes que solicitan la

(**Art. 391.**) Recién se usa de la palabra idóneo hablándose de los tutores y se repite en el art. 392; ha sido tomada de Freitas, art. 1669, donde tiene un sentido diferente de la *legal* empleada en el art. 388. El tutor legalmente nombrado en el testamento ó llamado por la ley para ejercer la tutela, es el que no tiene ninguna de las prohibiciones del art. 398; mientras el idóneo es el que por sus bienes ó buena reputación ofrece garantías de responsabilidad para desempeñar el cargo. Cuando varias personas solicitaran la tutela al mismo tiempo, el juez puede cambiar el orden establecido, si de la prueba á antecedentes suministrados resultase uno más idóneo que otro. Esta es otra de las facultades concedidas indebidamente á los jueces, y las leyes de procedimientos deben reglamentarla con cuidado para evitar abusos. Si un pariente de un orden inferior al determinado, solicitare la tutela existiendo otros anteriores que no la hayan pedido, creemos que el juez no debe dispensarlos de la carga pública á menos de justa excusa. La responsabilidad pecuniaria no es de gran importancia, porque habiéndose limitado las facultades del tutor, y no teniendo hipoteca tácita sobre sus bienes, como en la antigua legislación, su responsabilidad se encuentra restringida; así, entre un pariente de fortuna que no gozare de una reputación intachable y otro pobre que la tenga, se debe preferir á éste.—Comp. FREITAS, art. 1669.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 391. — Los jueces sólo pueden hacer uso de la facultad que les confiere la ley para nombrar curador cuando el pariente llamado carezca de las condiciones que ella exige.—Jur. Civ., III, 339, Sér. 2°.

La tutela de los menores corresponde á la abuela, y sólo por causa graves puede ser privada de este derecho, á juicio de los Tribunales.—Jur. Civ., IX, 236, Sér. 4°.

Si el tutor nombrado de oficio carece de responsabilidad, debe dejarse sin efecto el nombramiento.—Jur. Civ., III, 166, Sér. 5°.



tutela, será el caso de la tutela dativa. La idoneidad, en este caso se refiere á la falta de alguna de las condiciones exigidas para ejercer la tutela; á diferencia de que cuando el juez está facultado para elegir al más idóneo, debe ser el más capaz por su inteligencia ó condiciones morales, pues se trata de personas todas idóneas.

CAPÍTULO IV

§ 135.—DE LA TUTELA DATIVA

Cuando los padres no han nombrado tutores en el testamento, ó los nombrados no han podido ejercer la tutela, ó han cesado por cualquier causa, entran los tutores legítimos, y cuando éstos perdieran su derecho ó no fueran idóneos, ó no existieren, como los menores no deben quedar abandonados á sus propias fuerzas, los jueces están facultados y tienen el deber de nombrarles tutor.

Así, en los casos de tutela dativa *los jueces darán tutor al menor: 1º, cuando no lo tengan nombrado por sus padres; 2º, cuando no existan los parientes llamados á ejercer la tutela legítima, ó no sean capaces ó idóneos; 3º, cuando los testamentarios ó legítimos hayan hecho dimisión de la tutela, ó cuando hubiesen sido removi-los en ella (art. 392).*

(Art. 392.) Nuestro Código se separa en esta parte de los Códigos europeos y de algunos americanos, como el de Chile, que exigen escuchar á los parientes del pupilo. Los Códigos europeos forman el consejo de familia y el nuestro lo sustituye desventajosamente con el juez, sin interés alguno y cuya misión no es de elegir tutores, habiéndose convertido esta facultad en un verdadero abuso. El restablecimiento del consejo de familia se impone como una gran necesidad para proteger los intereses de los menores y hacer cesar los abusos. Es necesario, pues, restringir en cuanto sea posible esta facultad; así, la tutela dativa no debe tener lugar sino cuando absolutamente falte la testamentaria y la legítima, y sería conveniente que los jueces trataran de respetar en cuanto fuera posible la voluntad de los padres en la tutela testamentaria, cuando el testamento se anulara por vicio de forma ó caducara el nombramiento por otra causa. Cuando no hubiere lugar á la tutela legítima por no existir los parientes llamados por la ley ó no ser capaces, los jueces deberían de preferir á los parientes cuando





Cuando existieren parientes de los llamados á ejercer la tutela y no se hubiesen presentado solicitándola, si el juez tuviera conocimiento por las constancias del expediente, deberá nombrarlos tutores dativos, si no fueran incapaces, obligándolos de esta manera á desempeñar una carga pública, como es la tutela. Los jueces, antes de nombrar tutor dativo, deben investigar, á solicitud del Ministerio, si existen parientes idóneos, pues en ese caso debe darles preferencia sobre los extraños.

la solicitaren, aunque no fueran de los llamados por la ley, pues se presume mayor interés en estos que en los extraños. Cuando el padre ó la madre han sido declarados ausentes con presunción de fallecimiento, el cónyuge que ha obtenido la declaración puede dejar tutor á sus hijos. La tutela dativa tendrá lugar, si no hay tutor nombrado, ó si el nombramiento no fuera legal, ó el testamento fuera nulo por vicio de forma ó incapacidad del testador, y además se reunieran las circunstancias siguientes: 1º, si no hubiere parientes á quien competa la tutela legítima; 2º, si existiendo parientes no fueran capaces ejercerla; 3º, si habiendo sido nombrados los legítimos vinieran á ser incapaces y no hubiera quien los reemplazara legalmente; 4º, si estando en ejercicio de la tutela cesaren por muerte, dimisión ó remoción y no hubiere parientes que los reemplacen. Los parientes legítimos deben reemplazarse en la tutela, y sólo cuando no hubiera persona alguna nombrada por el testador ó llamada por la ley, debe venir la tutela dativa.— Véase FREITAS, art. 1662 y 1668. MARCADE, art. 402. DOMOLOMBE, VII, 187. DEMANTE, II, 150 *bis* V, nuestros arts. 400, 406, 455 y 457.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 392.—L. 12, Tit. 2º, Part. 6ª.—Véase el comentario de Gregorio López á la L. 9 del mismo título. Por el Cód. Francés, por el Sardo y otros, la tutela dativa la defiende el consejo de familia.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 392.—La facultad de los jueces para nombrar tutor dativo al menor, está limitada á los casos en que el Cód. Civ. expresamente lo determina.—Jur. Civ., V, 72, Sér. 1ª.

A falta de tutores legítimos, los jueces proveerán al nombramiento de tutor. Los menores deben ser entregados ó estar á cargo del tutor.—Jur. Com., I, 305, Sér. 1ª.

El nombramiento de tutor es facultativo del Juzgado si no existe ninguna de las personas designadas por la ley.—Jur. Civ., VII, 75, Sér. 4ª.

Siendo potestativo de los jueces el nombramiento de tutor, la intervención del Asesor se limita á la oposición fundada.—Jur. Civ., II, 171, Sér. 5ª.

La facultad que la ley confiere para el nombramiento de tutor, no es privativa de los jueces de 1ª Instancia; puede ser ejercida por los Tribunales Superiores.—Jur. Civ., IV, 164, Sér. 5ª.



Una reforma es necesaria sobre este punto tan importante; deberá establecerse el consejo de familia para evitar las explotaciones á que se prestan estos nombramientos de extraños.

La ley trata de impedir se nombren tutores de ocasión, sin más interés que el de devengar honorarios en la testamentaria, renunciando el puesto una vez concluido el asunto; por eso ha dicho que, *el nombramiento de tutor dativo será hecho sin condición alguna, y durará hasta que la tutela se acabe (art. 393)*; y los jueces no deben admitir esas renunciaciones, sin justificar, previamente, la imposibilidad de ejercer el cargo. Pero, todo será inútil, porque siendo nombramientos de amistad, los jueces favorecerán siempre á sus protegidos, sin tener en cuenta á los menores que son completamente extraños.

Sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de procedimientos, los jueces no deberían obligar á las personas nombradas como tutores legítimos á demostrar su capacidad para ejercer el puesto; debería suceder como con los dativos, en que basta el nombramiento del juez para que se reputen capaces: y así debería ser en mi opinión, respecto de todos los tutores, sean testamentarios ó legítimos.

(**Art. 393.**) Es una facultad privativa del testador la de imponer condiciones al nombramiento de tutor, ya sea fijando el plazo cuando debe comenzar á ejercer el cargo, ya poniéndole un término; pero los jueces no pueden imponer condición alguna, y los dativos deben ejercer el cargo hasta concluirse la tutela por muerte, excusación ó remoción del tutor, ó muerte, ó mayor edad del pupilo. Y la razón es porque las condiciones son facultades expresamente concedidas á los padres que deben tener amplias libertades para mirar por el bienestar de sus hijos. Así, los padres pueden nombrar tutor á un menor de edad, para que este ejerza el cargo una vez llegado á la mayor edad, si se encuentra próximo, y durante ese tiempo entrará á ejercer el puesto uno de los parientes llamados por la ley. Los jueces tampoco pueden nombrar más de un tutor general: pero pueden hacer nombramientos de tutores especiales en los casos determinados por el art. 397. Freitas, art. 1673, de donde ha sido tomado el artículo, dice: «el nombramiento de tutor legítimo ó dativo será hecho sin condición alguna», y así debemos de entenderlo en nuestro derecho.

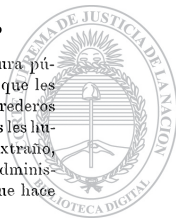


CAPÍTULO V

§ 136.—DE LA TUTELA DE LOS HIJOS NATURALES

La ley confiere facultad á los padre para nombrar tutores á sus hijos, y se funda en la patria potestad que ejercen, así, cuando están privados de ella, no pueden hacerlo, á menos de haberlo nombrado cuando fueron capaces y fallecieren siendo incapaces. Pero, respecto de los padres naturales se hace una excepción á este principio diciendo: *el sobreviviente de los padres naturales puede nombrar, por escritura pública, ó en su testamento, tutores á sus hijos, cuando los hubiere instituido por herederos, ó solo un curador de los bienes que les hubiese dejado (art. 394).*

(**Art. 394.**) Cuando el padre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos, aun viviendo la madre, según el art. 383 y su com., puede hacerlo también el natural, y la madre cuando aquel estuviera privado de la patria potestad. La expresión de que puede nombrar tutor *el sobreviviente de los padres naturales* y usada por el Código, supone el reconocimiento del padre y de la madre, y aun en esa hipótesis puede nombrarse tutor viviendo uno de ellos, en los casos enunciados. Supone también, el caso en que el reconocimiento se haga en el testamento ó en la escritura pública donde nombre tutor; porque si lo reconoció antes no necesita nombrarlo heredero, pues hereda á la par de los legítimos. ¿En caso de desheredarlo podría nombrarle tutor? Creo que sí. Las condiciones para nombrarles tutor son: que se encuentren bajo su poder y les instituyan herederos: pero si usando de un derecho concedido expresamente los privan de la herencia, porque les han faltado al respeto y veneración, no deben ser privados de esa facultad que sólo tiene por objeto extender la solicitud paterna más allá de la tumba. La expresión de *cuando los hubiera instituido por herederos*, es sobre abundante, porque basta el reconocimiento de hijo natural, para que se considere heredero forzoso con sus hermanos, ó con los ascendientes del cónyuge, aunque puede nombrarlos herederos sin reconocerlos. Con relación á *los bienes que les hubiera dejado* y respecto de los cuales puede nombrarles curador, se entiende que no debe haber mediado reconocimiento de hijo natural, pues de otra manera sería heredero con los legítimos. No considero bien expresado, la idea y el



Si los han reconocido en el testamento, ó en escritura pública, aunque no los haya nombrado herederos, siempre que les dejen bienes, puede nombrarles tutor, desde que son herederos forzosos por el reconocimiento. Cuando sin reconocerlos les hubiera legado bienes, lo que sucederá aunque fuera un extraño, podrá nombrar un curador á los bienes, para que los administre. En este caso, aunque viviere el padre natural, el que hace el legado puede nombrar administrador á los bienes.

Cuando el padre y la madre hubiesen reconocido al hijo natural, si á la muerte del padre que ejerciera la patria potestad, la madre no se hubiera casado, ésta lo sustituirá, y el nombramiento hecho quedará sin efecto; pero valdrá si estuviera bajo la potestad marital. Cuando el nombramiento de tutor queda sin efecto, el nombrado será el administrador de los bienes dejados, pues la madre no tiene la administración ni goza del usufructo.

La tutela es una especie de prolongación de la patria potestad, y el tutor dado por el padre natural, como el nombrado por el legítimo, están destinados á reemplazarlos con relación al menor; resulta de ahí, que no se debe hacer diferencia alguna en el modo de ejercerla, y por consiguiente, *la tutela de los hijos naturales se rige por las mismas reglas que la de los hijos legítimos, con la excepción que la tutela legítima no tiene lugar respecto de*

artículo debería redactarse en otra forma. La nota misma del Dr. Velez Sarsfield confirma esta opinión, cuando dice: «en algunos Códigos está determinado *que el que dejare algún legado á los menores ilegítimos* (supone que es un extraño el testador) pueda nombrarles tutor y limita la facultad á nombrarles administrador, dando á entender que no se ha referido á los padres que hayan reconocido al hijo natural.—Comp. FREITAS, art. 1653. CÓD. DE HOLANDA, art. 408. LUISIANA, art. 279, y l. 7, tit. 3, lib. 26, Dig.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 394.—L. 8. Tit. 16, Part. 6^a.—L. 7, Tit. 3, Lib. 26, Dig.—El Cód. de Holanda, art. 408, no exige que los instituya por herederos. Lo mismo el de Luisiana, art. 279. El Cód. Francés guarda silencio sobre la materia. En varios Códigos está determinado que el que dejare algún legado á los menores ilegítimos, pueda nombrarles tutor. He creído deber limitar tal facultad á sólo nombrarles administrador de los bienes que les hubiere legado, pues que la tutela es un gran poder que no debe constituirse por un simple legado.



ellos (**art. 395**); pues no tienen más parientes que los padres, y solo por una excepción, los abuelos están obligados á darles alimentos.

Cuando los padres naturales pueden nombrar tutores á sus hijos, tienen derecho para imponer las cláusulas y condiciones de los padres legítimos.

Los niños admitidos en los hospicios ó en las casas de expósitos, por cualquier título, y por cualquier denominación que sea, estarán bajo la tutela de las comisiones administrativas (art. 396). que-

(**Art. 395.**) Con relación á los hijos naturales no hay otra tutela que la testamentaria dada por los padres que reconocieron al hijo, y la dativa dada por los jueces. La tutela legítima no tiene lugar, pues los hijos naturales no forman parte de la familia legítima. ¿Qué sentido tiene, pues, la expresión tomada de Goyena, art. 267, de que la tutela de los hijos naturales se rige por las reglas de la de los hijos legítimos? La de que los padres naturales tienen los mismos derechos que los legítimos y pueden hacer el nombramiento bajo condición, siéndoles aplicables lo dispuesto en los arts. 383 á 388; que pueden nombrar tutor aun á los hijos que desheredasen, como lo sostuvimos en el art. 394. Cuando uno solo de los padres lo hubiere reconocido y nombrádole tutor, si ejerciendo este el cargo el otro lo reconociera, Goyena, art. 269, hace subsistir el nombramiento, y así debe considerarse en nuestro derecho; porque el padre ó la madre que lo reconocieron y le nombraron tutor, ejercían la patria potestad y han hecho un nombramiento que debe confirmarse; pero si el tutor testamentario falleciera ó fuera removido de la tutela, el padre ó madre que lo reconoció posteriormente debe entrar á ejercer la patria potestad, si el juez no tuviera razones especiales para privarle de ella. — Véase GOYENA, art. 267 y su com.

(**Art. 396.**) La administración de esos establecimientos no es en realidad un tutor de los expósitos, porque el tutor debe ser una persona determinada, de existencia visible y no de existencia ideal, como en este caso; por eso dice el artículo, que se encuentran *bajo la tutela* de las comisiones administrativas; es decir, bajo el cuidado y salvaguardia de ellas; reemplazan á los padres del expósito, pueden colocarlos en cualquier parte y retirarlos de donde los hubieren colocado cuando lo creyeren conveniente; hacen las veces de un tutor, y los jueces no pueden nombrar á los expósitos tutores dativos. La tutela y

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 395.—Proyecto de Goyena, art. 270.



nes podrán colocarlos en las casas particulares, y el Ministerio de Menores tendrá el derecho de vigilancia y en caso de oposición, el juez de lo civil resolverá. Las comisiones administrativas podrán locar los servicios de los menores en casas particulares, ó colocarlos gratuitamente para que sirvan y los eduquen, según su condición, enseñándoles algún oficio.

Cuando los menores expósitos adquieren bienes por donación

los derechos anexos, son ejercidos por las comisiones administrativas; pero si los padres hubieren conservado señales inequívocas para encontrarlos, y los reconocieren como á sus hijos naturales, deberían entregárselos, aunque la disposición del art. 307 los condena á perder la patria potestad; pena que sólo debe aplicarse á los padres legítimos, pues los naturales comienzan en general por el abandono y el desconocimiento. ¿Por qué privar á un expósito del inestimable bien de tener un padre ó una madre á quien amar? En esos casos debe terminar la misión de los establecimientos de caridad, quedando reducido el padre ó madre á la vigilancia del Ministerio de Menores y del Juez del lugar. El art. 307 se refiere á la patria potestad ejercida sobre los hijos legítimos; los padres naturales comienzan por abandonar á sus hijos en poder de la madre, excusándose de cumplir con sus deberes, y sólo cuando la madura reflexión y la conciencia han trabado su espíritu ilustrado por la experiencia de la vida, viene el reconocimiento que se asemeja á un arrepentimiento tardío; la ley debe ser benigna con los que se arrepienten. No hay peligro alguno en confiar el menor al padre ó madre que lo reconocieron, si en la exposición intervinieron ciertas circunstancias que demuestran la voluntad de reconocerlo más tarde. Esta opinión tiene sus restricciones naturales, y las comisiones administrativas aunadas en su esfuerzo de buscar la mejor posición para el menor con intervención del Ministerio Pupilar y autoridad del Juez deben admitir ó rechazar la entrega del menor según los casos. Si hubiera cualquier interés pecuniario de por medio, p. e., cuando dejaren algún legado valioso al menor, no teniendo los padres naturales la administración ni el usufructo de esos bienes, no habría peligro en confiarles la persona del menor. La teoría que enseñamos está apoyada por la alta autoridad de FREITAS, art. 1637. Véase art. 307 y su com. CÓD. DE HOLANDA, art. 421. GOYENA, art. 271. CÓD. DE CALIFORNIA, art. 561, y nuestro art. 403.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 396.—Cód. de Holanda, art. 421.



ó herencia, las comisiones administradoras tendrán la administración de ellos, y podrán cobrar el décimo de los frutos líquidos, como los tutores. Cuando descubrieren á los padres ó abuelos del expósito, podrán pedirle los alimentos necesarios para su educación. Si los padres los reconocieran, podrán exigir los alimentos, continuando las comisiones administradoras con el cuidado y educación de ellos.

En caso de reconocimiento de los padres, en escritura pública ó testamento, y de nombramiento de tutor, será confirmado por el juez, si les deja bienes, pero no en caso contrario. La excepción de la ley es porque el reconocimiento hecho y los bienes dejados prueban un verdadero afecto, y aunque durante su vida no lo haya atendido se acepta el arrepentimiento.

CAPÍTULO VI

§ 137.—DE LA TUTELA ESPECIAL

Muchas veces no basta el nombramiento de un solo tutor, y para la mejor administración de los bienes de los menores se necesitan personas especiales para atenderlos; entonces los jueces darán á los menores tutores especiales, no pudiendo hacerlo sino en los casos que se indican más adelante; pero en la hipótesis de los núms. 6, 7 y 8 los jueces nombrarán tutores especiales y los padres podrán hacerlo en su testamento, pues se trata de la administración de bienes determinados.

Los jueces darán á los menores tutores especiales, en los casos siguientes:

1° *Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren (art. 397, n° 1: pero no cuando se liquide la testamentaria del cónyuge muerto en que unos y otros tienen parte, pues bastará la vigilancia del Ministerio de Menores y la del juez para impedir cual-*

(Art. 397.) Los padres pueden nombrar tutores especiales para diversos negocios, pues la prohibición de la ley es de nombrar tutores generales *conjuntos* para obrar en común ó nombrar dos ó más especiales para el mismo negocio; y sería extraño investir al juez de una

quier perjuicio, pues los padres tratan siempre de mejorar á sus hijos.

autoridad que no pudiera ejercer el padre tratándose del bienestar de sus hijos y de la administración de sus bienes.—Comp. arts. 61, 272, 282 y 1225.

(**Art. 397, n° 1.**) Se ha tomado generalmente en nuestros tribunales la palabra *oposición*, como sinónimo de interés diverso, y por cualquiera causa se nombran tutores especiales con perjuicio evidente para los menores que son recargados con gastos inútiles, desconociéndose la verdadera misión de los padres. *Oposición* significa un interés evidentemente contrario, como en la demanda que los hijos tienen derecho de entablar contra los padres por alimentos, malos tratamientos ó casos semejantes en que los padres forman una parte y los hijos otra. Mientras no haya un interés en contrario, no se debe nombrar tutor especial; así cuando el padre y el hijo son condóminos en una finca que debe venderse, ó intervienen en la división de los bienes por fallecimiento de uno de los padres, no hay en realidad intereses en oposición que impida continuar la tarea de velar por sus hijos; para esas divergencias pequeñas basta el Ministerio de Menores y el juez, cuando los padres pretendiesen salir mejorados. Debe entenderse la palabra *oposición* como equivalente á pleito, demanda ó reclamo del uno contra el otro.—FREITAS, art. 1636, n° 1, se refiere expresamente á las demandas que los hijos pueden dirigir contra sus padres, art. 1526, n° 2 y 1529, n° 1, y nuestros arts. 272, 3455 y 3456.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 397.—Los jueces pueden de oficio ó á petición del Ministerio Pupilar nombrar un tutor especial que gestione los derechos del hijo natural, si la madre hubiese desistido de probarlos.—Jur. Civ., I, 395, Sér. 1°.

Los jueces sólo pueden nombrar tutor especial en los casos en que la ley les confiere esa facultad y el nombrado carece de personería mientras su nombramiento no esté consentido.—Jur. Civ., IV, 36, Sér. 1°.

Debe proveerse de tutor á los menores si existe oposición de intereses con el padre.—Jur. Civ., V, 351, Sér. 4°.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 397, n° 1.—Sólo procede el nombramiento de tutor especial, si existe plenamente justificada la oposición de intereses.—Jur. Civ., XIV, 153, Sér. 4°.

Siempre que existan intereses encontrados entre el padre y los hijos, debe nombrarse tutor especial para la revisión de la cuenta particionaria.—Jur. Civ., I, 179, Sér. 4°.

Para la escuela del juicio sobre pérdida de la patria potestad, debe nombrarse tutor especial.—Jur. Civ., XIV, 144, Sér. 4°.



2º Cuando el padre ó madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos (**art. 397**, nº 2).

3º Cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda á sus padres (**art. 397**, nº 3) ó los adquieran con la cláusula de ser administrados por persona designada, ó de no ser administrados por su tutor (**art. 397**, nº 6), pues la administra-

(**Art. 397**, nº 2.) Los padres pueden perder la administración de los bienes de sus hijos por las causas enumeradas en el art. 301, conservando la patria potestad; en esos casos el nombramiento de tutores especiales debe hacerse por el juez, debiendo preferir á los parientes que habrían sido llamados á ejercer la tutela legítima. Si en la tutela general se debe seguir la regla de hacer intervenir á los parientes, no vemos la razón por qué los jueces prescindirían de esta consideración para nombrar personas completamente extrañas.—FREITAS, art. 1636, nº 2, y nuestros arts. 301 á 310.

(**Art. 397**, nº 3.) Si los hijos adquieren bienes con la expresa condición de no administrarlos los padres, el juez nombrará un tutor especial, y éste pagando los gastos de administración entregará al padre el sobrante si no ha sido privado por esa cláusula (art. 295). El administrador debe dar cuenta mensualmente, si se trata de alquileres ó rentas cobradas por mes, ó cuando los frutos se recojan, si así se convino en cobrarlos; no se debe esperar á finalizar la tutela, como han creído algunos al estudiar el art. 451.—Véase FREITAS, art. 1636, nº 3.

(**Art. 397**, nº 6.) El testador ó donante puede dejar bienes al menor con la cláusula especial de administrarlos una persona designada. Si el nombrado falleciere ó fuere incapaz ó removido de su puesto, la administración no será confiada por los jueces á los padres, pues la cláusula prohibitiva existe; si no los ha privado del usufructo como tiene derecho á hacerlo, el administrador les entregará los productos líquidos en la forma determinada en el nº 3. Tratándose de bienes dejados á un menor bajo tutela, el testador ó donante puede igualmente nombrar otro tutor especial para la administración de los bienes dejados, como en el caso de los padres, y el juez debe confirmarlo si fuera legalmente nombrado: es decir, si no se encontrara en alguno de los casos del art. 398. Si fueran varios los bienes donados, puede dejarles tutores especiales para cada uno de ellos aunque estuviera en el mismo lugar. La ley no ha limitado al que hace donación ó legado el de-





ción es un mero accidente en la patria potestad y su privación en nada la disminuye.

4° *Cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los del tutor general ó especial (art. 397, n° 4), ó con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor común, ó con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador (art. 397, n° 5), por-*

que no podría ser representante de intereses encontrados.
5° *Cuando tuviere bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor (art. 397, n° 7), ó cuando hubiese negocios*

recho de hacer administrar los bienes donados por las personas que crea más aptas.—Véase FREITAS, art. 1636, n° 6, y nuestro art. 294, en su última parte.

(Art. 397, n° 4.) En *oposición* se debe entender que sean contrarios: el uno pretenda una cosa y el tutor otra. Serán cuestiones de hecho y los jueces las resolverán según los casos, no bastando el suponer un interés contrario para provocar el nombramiento de tutor especial, pues bastaría en estos y otros casos con la vigilancia del Ministerio Pupilar. Así, cuando el tutor legítimo es un hermano y pretende en la partición se le adjudique una cosa adjudicada al menor, debe nombrarse tutor especial; pero no será bastante si ambos intervienen en la partición cuando no hay discusión alguna; sólo en caso de elevarse contestaciones se reputará haber oposición.—Véase FREITAS, art. 1636.

(Art. 397, n° 5.) La *oposición* con los intereses de otros menores en la partición debe ser real; porque si los bienes á dividirse son de la misma especie y divisibles entre sí, ó si se conviniera en liquidarlos para reducir á moneda, no puede existir divergencia de interés, pues todos recibirán en la misma especie; sólo cuando haya verdaderas contestaciones en la división se nombrará tutor especial. El acto de una partición no autoriza al nombramiento de tutor especial.—Véase FREITAS, art. 1636, n° 5, y nuestro art. 3455, repite igual disposición.

(Art. 397, n° 7.) Son cuestiones de hecho, y los jueces resolverán según los casos; no se puede exigir al tutor general nombre mandatarios especiales respondiendo de su conducta, en lugares donde tal vez no tenga relaciones. Si el mismo tutor pide el nombramiento de uno especial, para los bienes situados fuera de su domicilio, el juez debe proveer; pero si se hace cargo de ellos no debe hacerse nom-



ó se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, ó una administración distinta (art. 397, n° 8).

En general, los jueces no podrán ejercer de oficio la facultad de nombrar tutores especiales, y sólo los padres, tutores ó el Ministerio de Menores podrán pedirlos. Cuando hubiere oposición entre los padres y tutores ó el Ministerio de Menores, el juez decidirá. Si hubiere negligencia por parte de los padres ó del Ministerio de Menores en pedir tutor especial, el juez puede nombrarlos, cuando el caso fuera de evidente utilidad, haciéndose una excepción al principio establecido; y ese nombramiento puede ser resistido por los padres ó tutores, apelando para ello ante el superior.

Sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de procedimiento, los nombramientos de tutores especiales deben hacerse en juicio sumario, meramente informativo, y no causan instancia, pues lo resuelto definitivamente no tiene la autoridad de la cosa juzgada, y puede ser alterado por las circunstancias que sobrevinieran.

bramiento, á menos de probarse que no es conveniente sean administrados por el tutor general. No bastará, pues, que los bienes se encuentran en otra jurisdicción para hacer el nombramiento de tutor especial; es necesario demostrar la inconveniencia de ser administrados por el tutor general.—Véase FREITAS, art. 1636, n° 7, y nuestros arts. 404 y 475.

(Art. 397, n° 8.) Como en los casos de dejar una farmacia ó una empresa de ferrocarril, en que se requieren conocimientos especiales. Mientras se decide si conviene al menor continuar ó liquidar el establecimiento, puede nombrarse un tutor especial á solicitud del general para administrar dichos bienes; pero si éste toma sobre sí la responsabilidad de nombrarlos, los jueces no deben intervenir, sino cuando se demostrase que no hay conveniencia para el menor. Siempre se debe mantener la unidad de administración y de responsabilidad en cuanto sea posible, antes de dividirla entre varios. Téngase presente lo dicho en el art. 386 y su com.—FREITAS, art. 1636, n° 8.

ÍNDICE

DEL TOMO PRIMERO



TÍTULOS PRELIMINARES

Título Primero

#	%	PÁGINAS
1—	De las leyes en general.....	1
2—	De la formación de las leyes.....	3
3—	De la publicación de las leyes.....	4
4—	De la retroactividad de las leyes.....	7
5—	De las leyes interpretativas.....	15
6—	De las leyes de orden público.....	18
7—	De las leyes sobre la capacidad de las personas.....	23
8—	Del régimen de los bienes.....	31
9—	De las formas de los actos jurídicos.....	37
10—	De la aplicación de las leyes extranjeras.....	39
11—	De la derogación de las leyes.....	44
12—	De la aplicación de las leyes.....	47
13—	De los actos prohibidos por las leyes.....	52
14—	De la renuncia de las leyes.....	54
15—	De la derogación de las leyes anteriores al Código.....	56
16—	De la ignorancia de las leyes.....	58

Título II

Del modo de contar los intervalos del derecho

CAPÍTULO ÚNICO

DEL TIEMPO—MODO DE CONTAR LOS PLAZOS

17—	De los días, meses y años.....	60
18—	Modo de contar los plazos.....	62

LIBRO PRIMERO

SECCIÓN PRIMERA—DE LAS PERSONAS EN GENERAL

Título Primero

De las personas jurídicas

19—	Diferencia entre las personas de existencia visible y las de existencia necesaria.....	66
20—	De las personas jurídicas de existencia necesaria y de existencia posible.....	71
21—	Facultades de las personas jurídicas.....	75
22—	Diferencia entre las personas jurídicas y sus miembros.....	84
23—	Capacidad de las personas jurídicas.....	88

CAPÍTULO PRIMERO

24—	Del principio de la existencia de las personas jurídicas.....	97
-----	---	----

CAPÍTULO SEGUNDO

25—	Del fin de la existencia de las personas jurídicas.....	104
-----	---	-----



Título II

De las personas de existencia visible

26—De la capacidad de las personas.....	113
27—De la incapacidad.....	116

Título III

De las personas por nacer

28—De la representación de las personas por nacer.....	130
29—De las personas interesadas en la representación.....	134
30—De la cesación de la representación.....	137

Título IV

De la existencia de las personas antes del nacimiento

31—Del nacimiento con vida.....	139
32—De la época de la concepción de los nacidos vivos.....	145
33—De los nacidos muertos.....	149
34—Del embarazo.....	151

Título V

De la prueba del nacimiento de las personas

35—De los documentos auténticos.....	153
36—De la falta de documentos auténticos.....	159

Título VI

Del domicilio

37—Del domicilio real.....	165
38—Del domicilio legal.....	170
39—Del domicilio especial.....	181
40—Del domicilio de origen.....	183
41—De la conservación y cambio de domicilio.....	185
42—De la competencia de las autoridades públicas.....	187

Título VII

Fin de la existencia de las personas

43—Documentos necesarios para probar el fallecimiento.....	191
44—Cuando no hubiere asientos para demostrar el fallecimiento...	195

Título VIII

De las personas ausentes con presunción de fallecimiento

45—De la ausencia en general.....	198
46—Del tiempo de la ausencia y manera de contarla.....	201
47—Del procedimiento para la declaración del fallecimiento.....	204
48—Consecuencias de la declaración del fallecimiento.....	208
49—De la apertura definitiva de la sucesión.....	212
50—De la aparición del ausente, de sus hijos legítimos ó de sus herederos instituidos.....	215



Título IX

De los menores

51—De los menores púberes é impúberes.....	223
52—De la mayor edad.....	225
53—De la emancipación.....	227
54—Efectos de la emancipación.....	232

Titulos X y XI

De los dementes y sordo-mudos

55—De los dementes.....	240
56—De los sordo-mudos.....	245
57—De los que pueden solicitar la declaración de demencia ó de sordo-mudo.....	247
58—Cuando no se puede pedir la declaración de demencia.....	250
59—Procedimiento en caso de demencia ó sordo-mudez.....	252
60—De la cesación de incapacidad.....	257
61—De los actos realizados en lúcidos intervalos.....	260
62—De los curadores provisorios y definitivos.....	261

SECCIÓN SEGUNDA—DE LOS DERECHOS

PERSONALES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Título Primero

Del matrimonio

63—Cap. I.—Del régimen del matrimonio.....	262
64—Del contrato nupcial.....	267
65—De la disolución en el extranjero del matrimonio celebrado en la Argentina.....	272
66—Cap. II—De los espousales.....	276
67—Cap. III—Condiciones esenciales del matrimonio.....	278
68—Cap. IV—De los impedimentos del matrimonio.....	287
69—Cap. V—De las diligencias previas á la celebración del matrimonio.....	300
70—Cap. VI—De la oposición.—Quiénes pueden hacerla.....	300
71—Mo los de deducir la oposición.....	312
72—Motivos en que puede fundarse la oposición.....	315
73—Procedimiento—Consecuencias de la oposición.....	319
74—Cap. VII—De la celebración del matrimonio.....	327
75—De los matrimonios celebrados por argentinos en país extranjero.....	342

CAP. VIII. — EFECTOS DEL MATRIMONIO CON RELACIÓN Á LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESPOSOS

76—De los derechos y deberes comunes á los esposos.....	343
77—De los derechos y deberes particulares de cada uno de los esposos.....	346
78—De la autorización marital.....	352
79—Cuándo la autorización del marido debe ser reemplazada por la del juez.....	362
80—De las condiciones á que se encuentra subordinada la validez de la autorización marital.....	367
81—De la extensión y efectos de la autorización.....	371



82—Cap. IX—Del divorcio	372
83—De las causas que pueden motivar el divorcio.—Pruebas de los hechos	375
84—De los que pueden pedir el divorcio y causas que extinguen la demanda	380
85—Manera de proceder en las demandas de divorcio	383
86—Cap. X—De los efectos del divorcio	387
87—Cap. XI—De la disolución del matrimonio	399
88—Cap. XII—De la nulidad del matrimonio	403
89—De los matrimonios nulos y de los anulables	415
90—Cap. XIII—Efectos de la nulidad del matrimonio	416
91—De la buena fe de los cónyuges	426
92—Cap. XIV—De las segundas ó ulteriores nupcias	430
93—Cap. XV—De la prueba del matrimonio	433
94—De los juicios sobre nulidad y divorcio	445
95—De los libros del registro y manera de llevarlos	449
96—Responsabilidades	451
97—De los bienes reservados	455

Titulo II

De los hijos legítimos

98—De los hijos concebidos durante el matrimonio	458
99—De los hijos nacidos dentro del matrimonio	463
100—De los hijos nacidos después del divorcio, fallecimiento presunto, ó matrimonio anulado	475
101—Forma y tiempo en que debe hacerse el reconocimiento	480
102—Acción de los hijos para reclamar su legitimidad	487
103—Prueba de la filiación legítima	493
104—De la mujer embarazada á la muerte del marido ó en caso de divorcio	497
105—Caso en que la legitimación puede contestarse	501

Titulo III

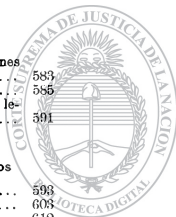
De la patria potestad

106—De lo que se entienle por patria potestad	504
107—Obligaciones y derechos de los padres respecto de las personas de sus hijos	507
108—De los alimentos debidos á los hijos	518
109—De los derechos de los padres respecto de los bienes de sus hijos legítimos.—Administración y usufructo	527
110—De los actos que pueden practicar los padres sólo con autorización judicial	548
111—De los actos que no pueden ejecutar los padres aun con autorización	550
112—De las obligaciones y derechos de los hijos legítimos	552
113—Cuándo se acaba, se pierde ó se suspende la patria potestad	561
114—De la patria potestad de la madre	570
115—Situación jurídica de los hijos de un matrimonio anulado	571

Titulo IV

De la legitimación

116—Condiciones para la legitimación por subsiguiente matrimonio	573
117—Efectos de la legitimación	589



118—Quiénes se legitiman por el subsiguiente matrimonio y quiénes de otra manera.....	583
119—De los que pueden aceptar ó impugnar la legitimación.....	585
120—De la prescripción de la acción para impugnar ó aceptar la legitimación.....	591

Titulo V

De los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrilegos

121—CAP. I.—De los hijos naturales.....	593
122—Derechos y deberes de los padres naturales.....	603
123—Forma del reconocimiento y de su contestación.....	612
124—CAP. II.—De los hijos adulterinos, incestuosos y sacrilegos....	621

Titulo VI

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

125—De los grados del parentesco.....	628
126—Del parentesco por consanguinidad.....	632
127—Del parentesco por afinidad y del legítimo.....	634
128—Orden en que deben prestarse los alimentos.....	637
129—De lo que comprende la prestación de alimentos.....	641
130—Cuándo cesa la obligación de prestar alimentos.....	643
131—Del procedimiento para pedir alimentos.....	645

Titulo VII

De la tutela

132—CAP. I.—De la tutela en general.....	651
133—CAP. II.—De la tutela dada por los padres.....	656
134—CAP. III.—De la tutela legítima.....	664
135—CAP. IV.—De la tutela dativa.....	668
136—CAP. V.—De la tutela de los hijos naturales.....	671
137—CAP. VI.—De la tutela especial.....	675

ÍNDICE

DEL TEXTO DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL
EXPLICADOS EN ESTE TOMO



ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS
1.....	1	47.....	102	93.....	168
2.....	5	48.....	105 á 107	94.....	169
3.....	8	49.....	108	95.....	186
4.....	15	50.....	110	96.....	183
5.....	18	51.....	113	97.....	186-187
6.....	23	52.....	114-115	98.....	185
7.....	26	53.....	116	99.....	185
8.....	28 á 31	54.....	117-118	100.....	188
9.....	29	55.....	119-120	101.....	181
10.....	32	56.....	120	102.....	182
11.....	35	57.....	120-121	103.....	191
12.....	37	58.....	126	104.....	193
13.....	40	59.....	122	105.....	193
14.....	41-42	60.....	125	106.....	194
15.....	48	61.....	128	107.....	194
16.....	49	62.....	129	108.....	195
17.....	45	63.....	130	109.....	196
18.....	52	64.....	131	110.....	198
19.....	54-55	65.....	132	111.....	203
20.....	58	66.....	134 á 136	112.....	202
21.....	21	67.....	137	113.....	204
22.....	57	68.....	133	114.....	205
23.....	60	69.....	138	115.....	205
24.....	61	70.....	139	116.....	206
25.....	62	71.....	141	117.....	207
26.....	63	72.....	142	118.....	209
27.....	64	73.....	144	119.....	210
28.....	64	74.....	149	120.....	215
29.....	65	75.....	150	121.....	210
30.....	67	76.....	145	122.....	213
31.....	69	77.....	147	123.....	214
32.....	70	78.....	151-152	124.....	217
33.....	72	79.....	153	125.....	220
34.....	74	80.....	154	126.....	221
35.....	78	81.....	155	127.....	224
36.....	81	82.....	156	128.....	225
37.....	83	83.....	158	129.....	225
38.....	86	84.....	157	130.....	226
39.....	84	85.....	160	131.....	227
40.....	87	86.....	158	132.....	232
41.....	88	87.....	163	133.....	233
42.....	94	88.....	163	134.....	234
43.....	91	89.....	164	135.....	234 á 237
44.....	97	90.....	170 á 179 y 188	136.....	238
45.....	98	91.....	180	137.....	239
46.....	100	92.....	166	138.....	230

ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.
139.....	231	271.....	524	325.....	594
140.....	240	272.....	525	326.....	601
141.....	241	273.....	513	327.....	610
142.....	243	274.....	513	328.....	603
143.....	244	275.....	511	329.....	604
144.....	247 & 249	276.....	512	330.....	605
145.....	251	277.....	516	331.....	607-608
146.....	252	278.....	514	332.....	612
147.....	253	279.....	551	333.....	616
148.....	255	280.....	510	334.....	618
149.....	256	281.....	553	335.....	619
150.....	258	282.....	559	336.....	610
151.....	259	283.....	557	337.....	612
152.....	259	284.....	523	338.....	621-622
153.....	245	285.....	556	339.....	622
154.....	247	286.....	554-557	340.....	623
155.....	246	287.....	538	341.....	623
156.....	250	288.....	547	342.....	625
157.....	251	289.....	538 & 541	343.....	626
158.....	260	290.....	533	344.....	627
		291.....	543 & 545	345.....	628
		292.....	546	346.....	628
		293.....	527	347.....	628
240.....	459	294.....	530	348.....	628
241.....	460	295.....	531	349.....	628
242.....	460	296.....	542	350.....	628
243.....	461	297.....	548-551-552	351.....	628
244.....	462	298.....	549	352.....	630
245.....	463	299.....	552	353.....	631
246.....	461	300.....	529	354.....	631
247.....	497	301.....	534	355.....	631
248.....	500	302.....	535	356.....	632
249.....	499	303.....	537	357.....	634
250.....	476	304.....	536	358.....	632
251.....	478	305.....	517	359.....	633
252.....	466	306.....	561-562	360.....	633
253.....	469	307.....	563	361.....	633
254.....	472	308.....	567	362.....	634
255.....	492	309.....	561	363.....	635
256.....	480	310.....	565-566	364.....	636
257.....	502	311.....	573	365.....	637
258.....	481	312.....	583	366.....	636
259.....	487	313.....	584	367.....	638
260.....	489	314.....	586	368.....	639
261.....	485	315.....	585	369.....	640
262.....	490	316.....	582	370.....	646
263.....	483	317.....	575	371.....	642
264.....	504	318.....	578	372.....	641
265.....	508	319.....	580-582	373.....	644
266.....	552-553	320.....	588	374.....	649-650
267.....	519	321.....	581	375.....	647-648
268.....	521	322.....	590	376.....	648
269.....	522	323.....	581	377.....	652
270.....	526	324.....	593	378.....	654





ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.
379.....	652	25.....	313	72.....	387
380.....	651	26.....	313	73.....	388
381.....	654	27.....	312-311	74.....	394
382.....	655	28.....	315	75.....	395
383.....	656 & 658	29.....	319	76.....	390
384.....	659	30.....	321	77.....	392
385.....	660	31.....	322	78.....	397
386.....	661	32.....	323	79.....	398
387.....	662	33.....	324	80.....	399
388.....	663	34.....	325	81.....	400
389.....	664	35.....	307	82.....	274
390.....	665	36.....	326	83.....	400
391.....	667	37.....	328	84.....	403
392.....	668	38.....	332	85.....	405 & 408, 410-411
393.....	670	39.....	333-334	86.....	412-413
394.....	671	40.....	334 & 336	87.....	417 & 422
395.....	673	41.....	337	88.....	422-424
396.....	673	42.....	337	89.....	425-426
397.....	675	43.....	338	90.....	427-428
		44.....	338	91.....	429
		45.....	341	92.....	429
		46.....	339	93.....	430
		47.....	340	94.....	431
		48.....	341	95.....	432
		49.....	342	96.....	434
		50.....	343	97.....	435
		51.....	347 & 349	98.....	437
		52.....	349	99.....	442
		53.....	350-351	100.....	442
		54.....	352	101.....	443 & 445
		55.....	360	102.....	445
		56.....	356-357	103.....	446
		57.....	358	104.....	447
		58.....	345	105.....	448
		59.....	363	106.....	450
		60.....	364	107.....	451-452
		61.....	368	108.....	452
		62.....	369	109.....	454
		63.....	366	110.....	452
		64.....	372	111.....	453
		65.....	374	112.....	294
		66.....	373	113.....	455
		67.....	375 & 377	114.....	493
		68.....	384 & 386	115.....	456
		69.....	386	116.....	457
		70.....	379	117.....	435
		71.....	380 & 382-383	118.....	263
Ley de Matr. Civil					
1.....	263				
2.....	263				
3.....	267				
4.....	268				
5.....	270				
6.....	271				
7.....	272				
8.....	277				
9.....	288 & 292				
10.....	286				
11.....	299				
12.....	298				
13.....	296				
14.....	279				
15.....	281				
16.....	282				
17.....	301				
18.....	302				
19.....	303-304				
20.....	306				
21.....	308				
22.....	311				
23.....	311				
24.....	316 & 319				

ERRATAS IMPORTANTES



<i>Pág.</i>	<i>Línea</i>	<i>Dice</i>	<i>Léase</i>
10 ...	38	I, 74.....	Jur. Crim. I, 74, Sér. 1ª.
10...41 y 43		I, 525, I, 251.....	I, 525, Sér. 1ª., I, 251, Sér. 1ª.
11....	35	II, 40.....	II, 40, Sér. 1ª.
26 ...	27	su soberanía.....	la soberanía nacional
46....	28	Lib.....	L. L.
48....	34	Supliendo.....	iluminando
92...22 y 23		Luisiano. Maguz.....	Luisiana, Maynz
94...22 y 35		Pamponius ait—XIIIVII	Pomponius scribit—XXVII
116....	8	capacidad.....	incapacidad
153...8 y 23		creó—Código.....	dictó—Registro
175....	18	cumplido.....	compelido
214....	19	existir aquella.....	existir la provisoria
265 ...	27	disolver-se según.....	disolverse sino según
272....	3	del matrimonio en el extranjero.....	en el extranjero del matrimonio ce- lebrado en la Argentina
287....	3	de 12 años.....	de 14 años
291....	20	no se disolver.....	que no se disolviera
294....	19	hijos serán.....	hijos hoy serían
304....	24	no podrá.....	podrá
304....	25	prueba alguna.....	prueba de su capacidad
320....	20	el mismo oponente no podría.....	los demás parientes no podrían
336....	30	haberlo consumado.....	haber consumado el matrimonio
419....	17	Toullier.....	Taulier
420....	31	Toullier.....	Taulier
427....	25	no es admisible.....	es admisible
434....	9	este.....	aquel
435....	4	registro.....	matrimonio
454....	16	cometidas.....	cometidas por él
466....	9	Toullier.....	Taulier I, pág. 380
471....	16	Zachariæ I, 295.....	Zachariæ I, § 295
519....	13	no puede.....	puede
519....	15	contra todos.....	contra cualquiera
604....	43	sustentación.....	sutanciación
616....	2	condición.....	condición no prohibida

