



COMENTARIOS

H. En.

AL

CODIGO CIVIL SALVADOREÑO

LIBRO I

DE LAS PERSONAS

POR

TIBURCIO G. BONILLA.

TOMO I.

SAN SALVADOR.
IMPRESA NACIONAL DEL DR. F. SAGRINI,

CALLE DE LA AURORA, N.º 9.

1884.

ESTA OBRA

Aunque de escaso mérito y la cual comenzó á escribir su autor con la inteligente colaboración del Doctor Camilo A. Lazo como hasta las cien páginas, LA DEDICA al Pueblo Salvadoreño como una muestra de aprecio á sus altas ideas, y como un testimonio del apoyo que presta su Ilustrado Gobierno á las Ciencias y á las Letras.

El Autor.

INTRODUCCIÓN.

PENETRADO el Gobierno del Salvador de la necesidad é importancia de una obra que razone y explique los Códigos Civil y de Procedimientos de la República, para facilitar la inteligencia, aplicación y estudio de estos cuerpos legales, nos honró encomendando á nuestras débiles fuerzas tan interesante trabajo.

A esta confianza procuraremos corresponder en la medida de nuestras facultades y del deseo que nos anima de poner nuestro pequeño concurso al servicio de un país que camina resueltamente por la via de todos los progresos.

Esta obra no será encaminada solamente á guiar al magistrado ó al juriconsulto; servirá talvez de texto en las Escuelas de derecho de la República á la juventud que se dedique á los estudios jurídicos. En esta creencia nos ha parecido conveniente dar una idea acerca de la utilidad, trascendencia y grande objeto de la jurisprudencia, recordando las condiciones exigibles á los que siguen la carrera del foro; hacer un ligero bosquejo histórico del origen y desenvolvimiento de las legislaciones que son las fuentes de la salvadoreña, en las diferentes evoluciones de los pueblos que ellas rigieron; y exponer en el título preliminar, por via de suplemento, algunas nociones generales sobre el derecho.

Las publicaciones de este género no son una novedad en jurisprudencia, pero ellas se hacen indispensables en todo Estado bien constituido. El bienestar de los pueblos depende de sus leyes; la vida, el honor y la propiedad de los asociados no tendrían segura base sin una legislación ordenada, clara y de fácil aplicación.

“La juventud, que mas tarde ascenderá al alto y delicado puesto de la magistratura, dice un jurisconsulto español, debe penetrarse de la gravedad y extensión de la ciencia á que consagra sus esfuerzos. El estudio superficial de las leyes implica un engaño á la sociedad, porque ella supone en nosotros conocimientos profundos al revestirnos de la dignidad de jueces, porque los particulares confiados en nuestra pericia, ponen en nuestras manos su libertad, su honor, sus bienes y hasta su vida.

“Noble, grande, humanitaria y altamente moral es la profesión de la jurisprudencia; por lo mismo requiere sólidos, filosóficos y extensos conocimientos que elevando el alma inspiren amor á la justicia y respeto á todos los derechos. Pero no basta solamente la ciencia, el jurisconsulto para llenar debidamente su alta misión debe estar revestido de probidad y de valor, la persona llamada á ser juez de sus iguales, el que tiene el sublime cargo de ser la voz viva de la sociedad reclamando el cumplimiento de las leyes, el que ha recibido la investidura de defensor de los derechos de sus conciudadanos, debe sostener con el ejemplo la dignidad de sus funciones: téngase, pues, siempre en el desempeño de éstas la entereza necesaria para sobreponerse á las exigencias de los partidos, á las amenazas de las facciones, ó á los halagos y persecuciones del poder. De esta manera la juventud seguirá el ejemplo que le han trazado tantos ilustres jurisconsultos que honraron el magisterio, la magistratura y el foro, haciéndose útiles á sí mismos y á sus semejantes y correspondiendo á las esperanzas de la patria.”

Como ningún pueblo tiene un cuerpo de leyes que pueda llamarse original, sino emanadas de las que la experiencia y la sabiduría que las naciones antiguas han dictado, con las pequeñas variaciones que las costumbres y las necesidades de los pueblos modernos introdujeran; y siendo el Código Civil salvadoreño una obra enteramente en armonía con el chileno, derivado del francés y de las leyes de España, cuyas legislaciones no pudieron prescindir de los fundamentos del derecho romano, que es el monumento mas glorioso que una civilización extinta ha legado á las generaciones modernas, se hace preciso, como lo hemos dicho, lanzar una mirada retrospectiva sobre la historia de la filosofía de aque-

llas legislaciones para encontrar la naturaleza y fundamentos en que descansa la nuestra; y esta necesidad crece de punto si se atiende á que nuestra ley adjetiva prescribe, que las providencias judiciales que no puedan ser basadas en leyes vigentes, lo sean en las doctrinas de los expositores del derecho, y á falta de unas y otras en consideraciones de buen sentido y razón natural.

Los monumentos de la jurisprudencia son recordados por los legisladores y jurisconsultos con un cuidado extremo, consultados con atención, frecuentemente invocados por los tribunales, y si no se hacen siempre indispensablemente útiles en la elaboración de las teorías, es necesario convenir, sin embargo, que son medios para llegar á una buena inteligencia en la práctica.

* * *

Si se examina con atención el conjunto admirable que constituye la legislación romana, no se comprende la influencia que los períodos históricos de las civilizaciones India y Oriental hayan podido tener en el desenvolvimiento de la ciencia romana, allá donde en la época sintética de la humanidad se encontraban aglomerados y confundidos todos los elementos de la vida social, á tal extremo que ni la mente ni la imaginación pueden penetrar el misterioso enigma de la noche infinita de los siglos.

El grosero panteísmo del Oriente y la inmovilidad del espíritu y el fetichismo estúpidamente divinizador de la materia que conduce el espíritu á un fatalismo ciego, no es mas que la representación de la idea elemental de causa, de sustancia, y de unidad; por eso el pueblo romano, encarnación viva, aunque confusamente dibujada algunas veces de los dos principios fundamentales, el espiritual y el material, no puede ocultar su origen oriental.

Pero estos pueblos arrancados del material misticismo indio, han entrado con la emancipación en la carrera de progresiva movilidad que es el estado permanente que ha de tener desde esta época el espíritu humano, y aunque hayan de sostener luchas gigantescas en su agitada vida con el antiguo principio representado ya por el sacerdocio y el patriciado, ellos harán en fin salir triunfante á la persona humana, y dominarán el mundo.

La vida, pues, del derecho comienza con Grecia y Roma, por

que como dice un ilustrado escritor, él derecho lo constituyen la asociación laboriosa de la libertad humana y de la vida civil con la justicia y la razón.

El pueblo romano compuesto en su origen de elementos dudosos y sin completas nociones de ciencia y moralidad, no reconoce otro regulador de los actos públicos y de los negocios privados que el uso, y en su defecto la voluntad real manifestada por *edictos*; pero como esta forma de gobierno degenerase fácilmente en la arbitrariedad, y desagradase á un pueblo siempre ansioso de libertades, comienza bien pronto á pedir leyes: desde este momento los reyes consultan al pueblo y el resultado de la voluntad general constituye la ley.

Este pueblo se habia completado con tres elementos distintos, los etruscos, los sabinos, y los sanmitas; cada uno de estos elementos constituian un orden de vida y tendencias que habia de jugar en el curso sucesivo del desenvolvimiento romano, un papel bien diverso é importante. Los etruscos, núcleo poderoso del patriciado sacerdotal, y los sabinos y sanmitas, elemento del patriciado guerrero, formaban la formidable falange que debia luchar con el elemento popular compuesto de las distintas tribus de la Italia, que invocando el derecho de asilo consagrado por Rómulo se habian ido refugiando en la ciudad: el pueblo, pues, no tenia otra condición que la de esclavos ó deudores. Los representantes del principio aristocrático y sacerdotal se habian reservado todos los derechos políticos, religiosos y civiles, los primeros por la asamblea de las curias que ellos solos componian, con el nombre de *quirites*; los segundos por los auspicios, cuya ciencia importada de la Etruria ellos solos pretendian poseer bajo el nombre de *aruspices*, y los últimos por la organización de la familia, *gens*.

El derecho quiritario es el *summun jus civitatis*, es una alta y suprema gerarquía, especie de omnipotencia aristocrática y política dentro de la familia, á la que no pueden sustraerse ni los hijos, ni los descendientes de estos, ni los esclavos ni los clientes: ellos poseen toda la tierra, en sus manos están todos los derechos, ellos solos se dividen el *ager romanus*, campo sagrado que forma un radio de siete millas al rededor de Roma.

Las leyes romanas, que se llamaron *curiate* cuando se hacian por las curias, esto es por las treinta clases de ciudadanos en que Rómulo habia dividido la ciudad; y mas tarde *centuriate* del nombre de otra distribución del pueblo ejecutada en el tiempo de Tulio, fueron abrogadas ó desechadas con desprecio por Tarquino el soberbio.

Después de la expulsión de los Tarquinos el poder supremo pasó á dos cónsules con la misma autoridad que lo habian ejercido los reyes. Bajo este nuevo gobierno las leyes reales se conservaron aun en vigor; y Cayo Papirio las reunió en un solo cuerpo bajo el nombre de *jus papirianum*; sinembargo muchas de estas leyes, sin haber sido derogadas habian caído en desuso, por no ser conformes á la nueva forma de gobierno: así es que los cónsules á imitación de los reyes decidian con conocimiento de causa todos los puntos no previstos por las leyes.

El pueblo romano animado de un constante espíritu de independencia habia jurado mantener su libertad: durante este período y el anterior recobró algunas veces el poder legislativo, y después de haber logrado que se le diesen tribunos, emitieron bajo la presidencia de los magistrados, ordenanzas con el nombre de *pleviscita*, diferentes á las leyes denominadas *populiscita*. Era frecuente la contradicción de los pleviscitos con los edictos consulares, porque los tribunos reclamaban el derecho legislativo para el pueblo que los cónsules se arrogaban para sí. Tan insostenible tirantez en las relaciones sociales produjo uno de aquellos rompimientos entre los plebeyos y la aristocracia romana, que se recuerdan por la tradicional retirada al monte Aventino.

La incertidumbre de la vigencia de las leyes en esta época de confusión, hizo pensar seriamente en la formación de un cuerpo legal. Varios diputados fueron enviados á Grecia á fin de estudiar las leyes de aquel pueblo, para compilarlas y acomodarlas á las costumbres romanas: estas fueron presentadas al pueblo en diez tablas de bronce, completándose mas tarde con otras dos, bajo el nombre de las Doce Tablas, á los 303 años de la fundación de Roma.

El pueblo ha dado el primer paso en la conquista de sus derechos: la ley es siempre interpretada en su favor por los edictos pretorianos *jus honorarium*, que salvan el rigor de la ley escrita con sus constantes ficciones y fórmulas imaginadas por los patricios que se reservaban el ejercicio de la profesión de jurisconsultos, la interpretación de las leyes y las disputas del foro, guardándose de iniciar á los plebeyos en los misterios de su arte: pero algunas personas ilustradas, guiadas por un noble patriotismo, recorrieron el velo de aquellos misterios y enseñaron públicamente la ciencia del derecho, por mucho tiempo patrimonio exclusivo de los patricios.

Cuando los cónsules no decidian los casos no previstos por las leyes, los pretores lo hacian por medio de edictos, aunque con

la restricción de no poder derogar aquellas, pero por medio de sofismas las infringían siempre, con el fin de favorecer á sus parciales y vejar á los contrarios. Para poner fin á estos abusos se reclamó la observancia del célebre edicto: *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.*

En esta época, pues, el derecho romano comprendía los plebiscitos, las acciones de la ley, el derecho emanado de la interpretación de los jurisconsultos y de las disputas del foro, y los edictos de los magistrados. El estudio de estas leyes formó muchos ilustres jurisconsultos que las enriquecieron con sus notas y comentarios. Tal fué el carácter de la legislación romana en los tiempos de la República.

Augusto nulificó el derecho con la centralización de todos los poderes en el imperio; pero la jurisprudencia mejoró un tanto en la época de Adriano que hizo redactar el Edicto perpetuo por medio de Salvio Juliano, recopilación de los edictos de los pretores, en los cuales hizo algunas supresiones y modificaciones en armonía con los progresos que el espiritualismo había introducido en el derecho.

La pretensión de Constantino de reformar las leyes de sus antecesores, y el temor que abrigan los jurisconsultos de que cayesen en desuso las constituciones publicadas desde la época de Adriano, estimuló á Gregoriano á formar la compilación de aquellas, como lo hizo mas tarde Hermogeniano hasta la época de Diocleciano y sus colegas.

Los tratados que habian publicado Papiniano, Paulo, Gallo, Ulpiano y Modestino para aclarar un tanto las fuentes del derecho, asaz oscuras y confusas, fueron declarados por Teodocio y Valentiniano como obras de autoridad y que debian citarse en la decisión de las causas, prevaleciendo el mayor número, y en caso de empate ó igualdad de autoridades estarse al de Papiniano.

Pero mas tarde hizo publicar Teodocio las constituciones de los emperadores y todas las ordenanzas desde Constantino el grande, con el nombre de Código Teodociano. Las leyes emitidas por él posteriormente y sus sucesores introdujeron gran confusión en el derecho. Tal era el estado de la jurisprudencia antes de la emisión del célebre código de Justiniano.

La primera obra emitida por este emperador bajo el nombre de Código de Justiniano, comprendía todas las constituciones dictadas desde Adriano hasta sus dias, y todo lo que contenian las compilaciones anteriores, con omisión de las leyes que habian caído en desuso, y con todas las variaciones que

exigian las circunstancias; pero mas tarde, con el fin de reunir todas las leyes vigentes en un solo cuerpo, encargó á Triboniano, asociado de diez y seis abogados de nota, la formación de las Pandectas. Pero como esta obra era demasiado voluminosa para que sirviese de texto á los jóvenes que se consagraban al estudio del derecho, hizo publicar por medio del mismo Triboniano, en unión de Teófilo y Doroteo, un compendio con el nombre de Instituta.

Treinta años mas tarde, como la emisión de nuevas leyes sueltas intituladas constituciones ó extravagantes, alteraban notablemente las colecciones del Código y las Pandectas, fueron éstas reunidas por los glosadores en nueve colecciones.

Las extravagantes no comprendidas en aquellas, las agregó Leconde en una nueva edición en 1571, compuesta de 168 novelas, de las cuales son 160 de Justiniano.

A esta colección siguen tres edictos del mismo emperador, las constituciones del emperador Leon, los libros de los feudos correspondientes á una época anterior á la legislación de Justiniano y los tratados de varios derechos.

Siendo el Código de Justiniano el monumento mas notable de la legislación romana, respetada aun por los invasores después de la irupción de los bárbaros, como para demostrar que no se puede destruir un pueblo, por muy enervado que se encuentre si éste tiene una civilización superior, no entraremos en el análisis de otras leyes dictadas para las provincias, que mas tarde cubren las tinieblas de la edad feudal, hasta el aparecimiento del derecho canónico que habia tomado su espíritu civilizador del derecho romano y de los preceptos del cristianismo, hasta la época del Consilio de Trento en que este derecho entra en un período de decadencia de la que jamás se volverá á levantar.

Verdad es que se debe á los monjes de la Edad-media la conservación de algunos manuscritos antiguos, y que Maffei encontró una parte de las Institutas de Gayo en Verona en 1721; y que en 1816 fueron encontradas estas institutas por Niebuhr en la biblioteca de la catedral de la misma ciudad en un Palimpsesto de las cartas de San Jerónimo; varios fragmentos de una composición de derecho romano, en 1821, por el abate Mai, en un Palimpsesto de la biblioteca del Vaticano, lo mismo que la República de Ciceron, muchas oraciones de Fronton y otros documentos que completan hoy el estudio de la legislación romana; pero también es verdad que los monjes son culpables de la pérdida de las más bellas flores de la literatura antigua. Con el objeto de escri-

bir la vida de los santos, homilias ó liturgías echaban mano de los pergaminos, cubriendo con una capa de barniz su texto para trascibir las nuevas leyendas. La química con sus nuevos descubrimientos ha descornado el velo á aquellos atentados de leza civilización, en los pergaminos de doble escritura.

* * *

La legislación española presenta en su origen mucha oscuridad: tal vez el pueblo español haya sido regido al principio simplemente por sus usos y costumbres, hasta la invasión de los romanos que con su poderío militar impusieron también sus leyes, entre las cuales parece que estuvieron en vigencia los Códigos Ripuario y Sállico, hasta que fueron sustituidas por las nuevas que dictaron los reyes godos.

Omitiendo las de menor importancia, como los fueros municipales de la edad-media, haremos una reseña de todas las colecciones ó cuerpos de leyes emitidas en la España hasta en los días de nuestra independencia y el análisis detenido de las que merezcan un estudio especial por los altos fines que llenaron en la Metrópoli y la influencia ejercida aun en la legislación moderna de sus colonias.

El orden cronológico de aquellos Códigos es el siguiente: Código de Eurico, Breviario de Aniano, Fuero Juzgo, Colección canónica de la España Goda, Código Setenario, Espéculo, Fuero Real, Ordenamiento de las Tafurerías, Leyes de los Adelantados Mayores, Leyes Nuevas, Leyes del Estilo, Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Toro, Bulario de los reyes católicos, Nueva recopilación, Novísima recopilación, Leyes de Indias, y Ordenanza de Intendentes.

Los godos que en España se habían gobernado por sus antiguas costumbres, respetando las leyes romanas que allí encontraron en vigor, en tiempo de Urico, recopilaron las ordenanzas de su milicia y sus costumbres para la dirección y fallo de los litigios, con el nombre de Código de Urico ó Código de Tolosa, por haberse promulgado en esa ciudad por el año de 470.

Como aquel Código no afectaba el sistema general de derechos personales, considerándose simplemente como una recopilación de leyes bárbaras ó visigodas, Alarico se penetró de la ne-

cesidad de hacer una compilación de las leyes romanas para que los españoles dirimiesen por ellas sus controversias: este trabajo fué confiado al conde Goyarico, quien auxiliado de varios obispos y magnates lo terminó el año de 506 con el nombre de ley romana, dándosele en el siglo XVI el de Breviario de Aniano, porque una copia de aquella, suscrita por el canciller Aniano fué enviada á cada conde. La obra está dividida en dos partes, el texto y las interpretaciones, con varias explicaciones, modificaciones y aun aclaraciones del texto mismo.

El Código de las leyes ó libro de los jueces, emitido á principios del siglo VIII en latín y traducido en el siglo XIII al español con el nombre de Fuero de los Jueces ó Fuero Juzgo, se atribuye á los reyes godos Chindasvinto, Recesvinto, Ervigio y Egica, y aun á otros, fué dictado con el fin de tener un Código nacional que anulase las leyes romanas. Este cuerpo legal compuesto de doce libros trata en el 1º de las cualidades de que debe estar revestido el legislador y de las obligaciones de los vasallos para la defensa de aquellos y de sus familias; en el 2º de la creación y organización de los tribunales y jueces, de las obligaciones de estos, de las escrituras, testimonios y juramentos, y del orden de los procedimientos judiciales; en el 3º de los matrimonios y divorcios; en el 4º de los grados de parentesco para las sucesiones hereditarias extensivas hasta el sétimo grado, y de los pupilos y tutores, sus derechos y obligaciones; en el 5º de las transacciones y contratos; en el 6º de las penas; en el 7º de los hurtos y engaños; en el 8º de los atentados y daños contra la libertad y los bienes; en el 9º de las recompensas al valor y patriotismo y el castigo á los soldados y esclavos desertores; en el 10º del repartimiento de las propiedades entre godos y españoles, del dominio, posesión, arrendamiento, prescripción y límite de los terrenos; en el 11º de los médicos, sus salarios y responsabilidades por su impericia, del respeto á las sepulturas y penas á los que las violasen, y de las leyes á que estaban sujetos los comerciantes ultramarinos; en el 12º del castigo de las injurias, prohibición de nuevos impuestos, confirmación de las leyes anteriores sobre intolerancia religiosa y prevención á los jueces para que administren bien la justicia evitando vejaciones á los pueblos.

Admirable es la elevación de los principios político-legales consignados en el prólogo y libro primero de esta obra que hablan del carácter del legislador y de la ley, del orden y procedimientos de los juicios, y posteriormente de los matrimonios y divorcios, transacciones y contratos, sucesiones hereditarias y grados de parentesco; en estos libros se encuentran consignados

algunos principios que la actual civilización no desdeñaría. Y si bien es cierto que este cuerpo del derecho ha sido severamente juzgado por el autor del "Espíritu de las Leyes," en atención á la prueba de los juicios de Dios y del tormento establecidas en él, sin atender á otras sábias disposiciones, como el derecho de indultar concedido al Monarca y el principio de que las penas no fuesen trascendentales; por otra parte esta obra ha merecido altos elogios de Gibon, Guizot y del eminente jurisconsulto Cujasio, quien al analizar este Código Vicigodo lo encuentra superior á todos los de su época y á aquella nación en un grado más alto de cultura y civilización que los demás pueblos regidos por los bárbaros que invadieron la Europa.

A los Visigodos se debe también el Código eclesiástico, conocido con el nombre de colección canónica de la España Goda, en el cual se consignan los más puros principios del Cristianismo y la antigua disciplina de la Iglesia en toda su originalidad, exenta de las falsificaciones con que tanto se ha adulterado desde el siglo XI en adelante. Las Partidas con su nueva organización canónica dejaron en desuso este Código.

A Fernando III se debe la emisión del Código Setenario, quien con el fin de evitar el desorden que reinaba en los tribunales y cortar de raíz los abusos introducidos en la legislación foral, para darle unidad y que apareciese en un solo cuerpo de leyes, hizo escribir una parte de este Código que más tarde publicó su hijo Alfonso X, el cual por ser muy difusa jamás tuvo fuerza legal y ha quedado simplemente como una obra de estudio para los anticuarios.

Al mismo rey Alfonso el sabio se debe la publicación del Espéculo, con el fin de que sirviera de libro de instrucción y Código legal extensivo á todo el reino. En él se insertan la mejor parte de los fueros provinciales y municipales y otras disposiciones referentes á la fé católica.

Pero en su incesante anhelo de someter la monarquía á un regimen superior, este mismo rey, hizo publicar á principios del año 1255 otra colección de leyes, bajo el nombre de fuero real, dividida en cuatro libros, referente el 1º á los escribanos, abogados y personeros, y á la base de los contratos: el 2º al orden y procedimiento de los juicios: el 3º á los matrimonios, arras y gananciales, testamentos, herencias, compras, cambio, comodato, alquiler, préstamo y prenda; y el 4º á los delitos contra la fé, injurias, adulterios, daños y otras disposiciones referentes á la legislación criminal.

Entre las obras legales de don Alfonso el sabio, se encuen-

tran también tres pequeñas colecciones de escasa importancia, que se conocen con el nombre de Ordenamiento de las tafurerías, leyes de los adelantados mayores y leyes nuevas.

Hay también otra colección de leyes que no merece propiamente el nombre de código, publicada á principios del siglo XIV con el nombre de Leyes de Estilo, trabajo que sin duda se debe á un cuerpo de juriconsultos, y cuya publicación se presume tuvo lugar durante el reinado de Fernando IV el Emplazado. Muchas de estas disposiciones cuyo número ascendia á 252 leyes, fueron trasladadas posteriormente á la Novísima Recopilación.

Pero el monumento mas notable de la legislación española y que en mucha parte se encuentra en armonía con la legislación romana, es el Código de las Siete Partidas que se debe á la ilustración del mismo Alfonso X, legislador incansable, y quien asociado de los doctores Jacome, Ruiz, Fernando Martinez y Roldán, dieron cima á esta obra eminente el año de 1265.

LAS PARTIDAS, brillante emanación de la sabiduría de un rey, obra tanto más notable cuanto que vió la luz pública en una época en que los destellos de la filosofía moderna no habian alumbrado el sendero por donde hoy caminan los pueblos mas cultos, para llegar á la meta del bien y del progreso, merecen un detenido examen y un análisis mas cuidadoso que las leyes anteriores de España.

Este cuerpo de leyes semejante á las Pandectas, compuesto de usos y costumbres antiguas, de leyes romanas, de varias disposiciones canónicas y de sentencias de los padres de la iglesia, está dividido en siete libros ó partes como su nombre lo indica, subdivididas en títulos y estos en leyes.

La 1ª comprende el origen y fundamento de las leyes, usos y costumbres: trata además de la fé católica, sus dogmas y disciplina, dejando sentada la independencia del Estado y de la iglesia y fijos los límites entre el sacerdocio y el imperio.

La 2ª contiene el derecho público de España, en el que llama particularmente la atención el derecho de insurrección consignado en una de sus leyes, derecho que muchas de las Repúblicas actuales desconocen. También se detallan minuciosamente las obligaciones del rey para con el pueblo y las del pueblo para con el rey, lo mismo que las de los oficiales y ministros de justicia.

La 3ª se ocupa de los procedimientos civiles y criminales, deberes y jurisdicción de los jueces, procuradores y escribanos de villas y pueblos, su número y cualidades, de los voceros y abogados cuyo ministerio es elevado al carácter de público, orden de

los juicios, formas de las escrituras, juramentos y naturaleza de las pruebas, conservación de los juicios y ordenamiento de los protocolos.

La 4.^a se refiere á los esponsales y matrimonios y sus impedimentos, á las arras, dote y causas de divorcio, hijos legítimos é ilegítimos, patria potestad y su extinción, y á las relaciones jurídicas entre dueños y esclavos, señores y vasallos.

La 5.^a comprende los contratos y obligaciones, y aunque en ella se sigue muy de cerca al derecho romano, sus disposiciones son de un mérito indiscutible.

La 6.^a inspirada en el mismo espíritu de la legislación romana, esplana la materia de los testamentos, sucesiones y tutelas, con exclusión de las mejoras consignadas ya en otros códigos anteriores, y del usufructo que por muerte del marido le quedaba en los bienes á la mujer, siendo éste reemplazado por la cuarta marital.

La 7.^a contiene las disposiciones referentes á la legislación criminal, aunque algunas de ellas poco armónicas con los adelantos alcanzados por la civilización de aquella época, pues rehusándose algunos suplicios crueles, se dejaron en práctica los de la hoguera, horca y despedazamiento de las fieras.

A pesar de la emisión de los códigos relacionados, seguían en vigor en toda España los fueros municipales; pero como estos eran oscuros y diminutos en mucha parte y algunos pueblos carecían de ellos, para dar uniformidad á la legislación y llenar estos vacíos, Alonso XI, á imitación de su antecesor, hizo que las Cortes de España reunidas en Alcalá publicasen el célebre Ordenamiento de la ciudad de este nombre, el año de 1348, como se hizo mas tarde con el Ordenamiento de Montalvo, formulado por el doctor Alonso Diaz de Montalvo con el nombre de Ordenanzas Reales de Castilla.

Con el empeño siempre creciente de mejorar la legislación española y de compilar en un solo volumen todas las leyes sueltas, ordenanzas y pragmáticas posteriores á la emisión de los códigos y cumpliendo con la última voluntad de la reina Isabel en su testamento dictado en 1504, fué decretada la publicación de las leyes de Toro, en las cortes reunidas en la ciudad del mismo nombre, en marzo del año de 1505.

También Clemencin nos habla de otra colección legal conocida con el nombre de "Bulario de los Reyes Católicos," recopilación de algunas bulas papales y pragmáticas reales.

Durante el reinado de Felipe II y en el año de 1567 se publicó la Nueva Recopilación compuesta de leyes anteriores, pero

en tal desconcierto que no conservaban el orden cronológico de su emisión, ni fueron excluidas las que ya no estaban vigentes ni en uso. Este trabajo fué encomendado al doctor Pedro López Alcocer, quien por haberlo dejado inconcluso, fué sustituido por los doctores Guevara, Escudero y Arrieta para su terminación; habiendo sido revisado posteriormente por el licenciado Atienza.

Carlos IV en 1798, tratando de reimprimir la Recopilación con algunas reformas convenientes, pidió á su Consejo la designación de la persona mas á propósito para llevar á cabo esta obra, que fué confiada á don Juan de la Reguera Valdelomar, relator de la Chancillería de Granada, quien hizo presente el plan formado para la Novísima Recopilación de las leyes de España, el cual revisado convenientemente fué promulgado en junio de 1805 en doce libros, que tratan de las materias siguientes:

El 1º de la Iglesia, sus derechos y bienes, de los prelados y súbditos y del patronato real. El 2º de la jurisdicción eclesiástica y de sus tribunales y juzgados. El 3º del rey y de su real casa y corte. El 4º de la jurisdicción ordinaria y del Supremo Consejo de Castilla. El 5º de las chancillerías y audiencias del reino, sus ministros y oficiales. El 6º de los vasallos, sus estados y fueros, obligaciones, cargas y contribuciones. El 7º de los pueblos y su gobierno civil, económico y político. El 8º de las ciencias, artes y oficios. El 9º del comercio, minas y moneda. El 10º de los contratos y obligaciones, testamentos y herencias. El 11º de los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos; y el 12º de los delitos y sus penas y de los juicios civiles y criminales.

La ley 3ª título 2 libro 3º de la Novísima Recopilación expresa el orden que debe seguirse en la observancia y aplicación de la leyes españolas, mandando que se juzgue en primer lugar por las de la Recopilación y las emitidas después de ella, con la advertencia de que las mas antiguas ceden á las mas recientes que les son contrarias; en segundo lugar, por las del Fuero Real y los Fueros municipales en cuanto estén en uso; y finalmente por las de las Siete Partidas.

La Recopilación de leyes de Indias, compuesta de nueve libros divididos en títulos y leyes, fué publicada el 18 de mayo de 1681 por orden de Carlos II: contiene todas las cédulas, ordenanzas, provisiones, autos de gobierno, y otros despachos especiales y dirigidos á puntos determinados de la América.

La ordenanza de Intendentes compuesta de 276 artículos fué promulgada por Carlos III, el 28 de Enero de 1782, y el siguiente año se le agregó una real cédula compuesta de 17 declaraciones

encaminadas á aclarar algunas dudas y llenar los vacíos que se notaban en ella



Las ordenanzas reemplazan al derecho canónico y romano que habian flotado sobre el Océano de tinieblas de la edad-media para salvar de la barbarie los últimos restos de una civilización decayente, en ese eclipse de cuatro siglos, durante el cual la conciencia humana, el derecho y la justicia estuvieron envueltos en las sombras. Pero las ordenanzas menos enérgicas en su espíritu de reformas que el derecho canónico, amoldándose algún tanto al caracter de la época, con estudiada sagacidad tratan de arrancar de las manos señoriales y de la teocracia todas las prerrogativas de la corona y atributos de la soberanía que el feudalismo había arrebatado á la monarquía en su constante tendencia al individualismo.

Las ordenanzas van mas allá de aquellos propósitos; ellas reconstruyen el despotismo en una época posterior con la centralización de todas las facultades y derechos en el trono y la disolución de los parlamentos; y participan por otra parte del espíritu de barbarie que dominaba en la época que las vió nacer; el derecho de propiedad estaba aún nulificado, sin otras muestras de existencia que la enagenabilidad de los oficios de la corona; el principio humano era tan poco respetado que el reo todavía se interrogaba en el tormento, teniendo los jueces por auxiliares al verdugo y al médico que contaba las pulsaciones de vida que restaban al torturado para señalar un límite á sus sufrimientos: bárbaro sistema que intentaba penetrar hasta el recinto de la verdad por el camino del dolor.

Las ordenanzas mas importantes de esta época son las emitidas por Carlos V en 1356 y las de Orleans y Resellon, durante el reinado de Carlos IX: las de 1629 expedidas á petición de los Estados en 1614 y la Asamblea de Notables de 1626: las del segundo período dadas por Luis XIV y Luis XV con el fin de consolidar mas el trono, obras notables por su claridad y método y en completa armonía con el Código de Justiniano é hijas de la inteligencia D'Aguesseau, Laimognon y Colbert.

Pero las tendencias mas progresivas y humanitarias de la

época no pasaron de simples proyectos como la emisión del código que intentaron Enrique III y Enrique IV; y mas tarde los de Turgot y Necker.

Durante el reinado de Luis XVI, el clero y la nobleza destruyen las tentativas generosas de Turgot y Malesherbes; pero del seno de la Asamblea sale la palabra salvadora *Estados generales*.

El espiritualismo y el materialismo, guiados por las poderosas inteligencias de Montesquieu y Voltaire, encuentran nuevos prosélitos. Las doctrinas de Rousseau, de Diderot y de Helvetius se difunden. La filosofía penetra hasta los fundamentos del derecho y explana el desenvolvimiento sucesivo de la conciencia humana. La revolución del 89 establece en Francia las bases de un nuevo derecho que salva la personalidad humana, la familia y la propiedad, en pugna con las teorías disolventes de los que tratan de destruir todo derecho, haciéndolo emanar no de la naturaleza sino de la *convención*: de esta manera la escuela racionalista inspirada en las teorías de Domat, D'Aguesseau y de Pothier se sobrepone á la de la fuerza bruta creada por el feudalismo, y queda establecida la igualdad civil; no obstante los esfuerzos posteriores de la Convención que pretende nivelarlo todo con la abolición de todas las supremacías y de todas las instituciones, hasta las mas sagradas como la familia y la propiedad.

Durante el Consulado, el genio de Napoleon esencialmente organizador, trata de echar los fundamentos de un nuevo derecho, y el 12 de agosto de 1800 faculta á los eminentes jurisconsultos Portalís, Trouchet, Bigot de Preameneu y Malleville para la redacción del proyecto del código civil, quienes rechazando el de Cambaceres que tanto contribuyó á la formación de las leyes retroactivas del 93, tomaron por modelo el de Jacqueminot. A esta obra colosal, supremo esfuerzo de la Francia pensadora, cooperaron las notables inteligencias de Treilhard y Merlin, siguiendo siempre las huellas luminosas trazadas por el Espiritu de las Leyes de Montesquieu.

Tres son los puntos culminantes que descuellan en el código francés: el 1º inspirado en la legislación romana; el 2º el que se deriva del derecho consuetudinario; y el 3º el original, inspirado en las ideas del 89. A este proyecto se agregan cuatro trabajos: 1º Observaciones de los tribunales: 2º Discusión del Tribunado sobre los tres primeros títulos: 3º Discusiones del Consejo de Estado y resultado de las conferencias entre el Tribunado y la Sección legislativa; y 4º Exposición de motivos por

los oradores del gobierno y relaciones de los discursos de los Tribunales.

No obstante la grandiosidad de este monumento de la legislación moderna, la crítica ha encontrado en él algunos defectos de método y claridad en la exposición de las materias, y otros sustanciales como el de la muerte civil que en él se consigna, por sus efectos trascendentales, que recuerdan las aberraciones de épocas pasadas, y que destruyen en algunos casos los sagrados vínculos de la familia, dejando en la orfandad á los hijos y en abandono á la esposa del penado, á quien se reduce de hecho á una verdadera extinción con la muerte civil, con la destrucción de lazos que la religión y la naturaleza han echado de consuno para la perpetua conservación de la sociedad humana.

*
* *

Como la emigración de las ideas es siempre precursora de las nuevas instituciones, el Gobierno chileno con el fin de abolir la legislación española que se encontraba en pugna con los adelantos, usos y costumbres introducidos por la civilización actual de aquel pueblo, é inspirándose en los elevados principios que sienta el código napoleónico, emitió el 14 de diciembre de 1855, el código civil chileno.

Muy notable es el mensaje, con que el presidente Manuel Montt elevó al Cuerpo legislativo aquel proyecto el 22 de noviembre del mismo año, en el cual sienta con lucidez las variaciones que se ha creído conveniente hacer al código francés que sirvió de fundamento á esta obra, y las razones que las motivaron.

Y es tanto mas plausible el esfuerzo de aquel ilustrado Gobierno en el sentido de las reformas, cuanto que tuvo que vencer todas las resistencias que el tradicionalismo oponía á su obra de avance, y destruir los razonamientos de los meticulosos que pregonan el progreso paulatino, y de los abogados quietistas que apegados á las viejas ideas de Antonio Gómez y Gregorio López, veían en los nuevos códigos un completo desmoronamiento social, en el que desaparecía el Delfos de que ellos habían sido los eternos oráculos.

*
* *

Guiado por los mismos propósitos, inspirado en las mismas ideas y venciendo las mismas dificultades el liberal Gobierno salvadoreño del 59, sancionó el 23 de agosto de ese año el código civil, redactado por los abogados José María Silva y Angel Quiroz y revisado por los licenciados José Eustaquio Cuellar, Anselmo Paiz y Tomás Ayón; el cual con algunas reformas acordadas por el Congreso nacional constituyente el 1º de marzo de 1880, ha publicado la administración actual del doctor Rafael Zaldivar el 10 de noviembre del mismo año, bajo el título de "Segunda Edición," arreglada por los jurisconsultos José P. Trigueros, Antonio Ruiz y Jacinto Castellanos.

Aunque este código está calcado en el chileno, contiene algunas variaciones que en el curso de la obra aparecerán, y es por esto que omitimos entrar en el análisis minucioso de ellas en el presente discurso.



Hemos concluido este trabajo que aunque desprovisto de las reflexiones que exige la filosofía del derecho, y de toda aquella extensión que la naturaleza de una obra como la presente demanda, en él hemos procurado dar una idea sucinta, y á la altura de nuestros alcances, de las legislaciones principales que han precedido á la salvadoreña.

Las ideas que emitiremos en el curso de esta obra serán siempre inspiradas por el sincero propósito de esclarecer la verdad y hacer un bien á nuestros compatriotas, aunque talvez no siempre alcancemos tan noble fin; pero nos guía la convicción de que atravesamos una época en que el análisis y la crítica no alarman los ánimos, pues las obras mas perfectas son susceptibles de aclaraciones.

Napoleon vió con disgusto aparecer el mas simple de los comentarios sobre el cuerpo de leyes á que él había dado su nombre: creía que su código era bastante perfecto para que la aplicación de sus disposiciones no presentase nunca serias dificultades: suponía que todos los debates surgidos entre los hombres públicos eran inspirados por el espíritu de cabilación y que los escritos de los jurisconsultos eran excitados por el entretenimiento á que recurrían como un recurso de dilatorias. Si

esto hubiera sido cierto, los comentarios y tratados que tanto se han multiplicado habrían, después de largo tiempo, sofocado bajo su nombre las reglas consignadas en las leyes; pero lejos de eso, se han considerado siempre como la luz para encontrar su verdadero sentido, mostrando sus orígenes, explicando sus consecuencias, señalando las imperfecciones y deficiencias, conciliando las antinomias é indicando los progresos alcanzados.

Para terminar, permítasenos rendir un homenaje de gratitud y admiración á los legisladores que han contribuido á los adelantos y perfección del derecho actual, y hacer presente los beneficios á que las generaciones contemporáneas les son deudoras, exclamando con un eminente pensador: — Para ser verdaderamente grande no basta haber asombrado al mundo con proesas guerreras, vencido naciones y cambiado la faz de los imperios. Los guerreros y los conquistadores no han sido frecuentemente sino el azote del género humano, puesto que les han faltado las virtudes indispensables para labrar la felicidad de los hombres. Sus nombres han pasado á la posteridad cargados de maldiciones, mientras que los de los legisladores sabios, pacíficos y previsores han venido repitiéndose de siglo en siglo con terneza, respeto y veneración. La gloria estable, la única y verdadera gloria consiste en hacer á los pueblos dichosos.

San Salvador, Noviembre de 1882.

NOTA.

En cuanto al método y distribución de las materias, procuraremos seguir el orden del código, en libros, títulos, capítulos y artículos; excepto en los casos en que para dar unidad ó mayor claridad á las doctrinas que vayamos tratando se haga necesario alterarlo ó introducir nuevas subdivisiones de párrafos, partes y secciones.

TÍTULO PRELIMINAR.

CAPÍTULO 1º

SUMARIO.

De la jurisprudencia, de la legislación y de la justicia — Del derecho en general y sus divisiones — Derecho civil y su importancia—Código civil y partes en que está dividido.

§ 1º

De la jurisprudencia, de la legislación y de la justicia.

Jurisprudencia. — En varios sentidos se ha usado esta expresión, ya para significar la ciencia de las leyes ó la filosofía del derecho, enseñando á conocer su naturaleza y dando de ellas una idea exacta y precisa; ya para expresar el derecho propiamente dicho, ó un ramo del mismo; y ya en fin para significar el conjunto de reglas encañinadas á dar una completa inteligencia y aplicación del derecho.

En la primera acepción fué tomada por los antiguos al definirla: *la ciencia de las cosas divinas y humanas, el conocimiento de lo justo y de lo injusto.* (1)

Bajo este punto de vista la jurisprudencia abarca el conocimiento de las leyes, comprende la filosofía y ciencia del derecho; pero tal idea es aun incompleta y deficiente, porque la jurisprudencia no consiste exclu-

(1) *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justí atque injusti scientia.*

sivamente en saber y entender las leyes usos y costumbres, sino que exige además una noticia muy general de todas las cosas á que pueden aplicarse las reglas de justicia.

En el segundo sentido, la jurisprudencia es sinónimo de derecho y el uso los confunde frecuentemente.

El tercero ha sido, pues, mas generalmente aceptado por todos los jurisconsultos contemporáneos.

En efecto, el legislador elevándose á los principios y fijando en general las teorías y reglas para los casos que ocurren con mas frecuencia, no puede, no ha podido prever las múltiples variedades de los intereses humanos. Se necesita del jurisconsulto para que investigue el espíritu de la ley y una vez penetrado de los motivos que reconozca por causa la explique debidamente, y del magistrado para que la conduzca á la práctica en su sentido recto y genuino llenando la mente que haya impulsado al legislador, decidiendo además sobre puntos no previstos ó en los cuales la ley sea oscura ó insuficiente, mediante la consulta del espíritu de ella, de las disposiciones sobre casos análogos y de los principios generales del derecho. La jurisprudencia, por tanto, se hace tan necesaria como la ley misma: es el áncora de la ley, como dijo el Canciller Bacon; y tan difícil sería pasarse sin jurisprudencia como sin leyes, según la expresión del eminente Portalís.

Legislación. — Esta palabra se ha empleado para expresar el conjunto de leyes de un país; y así se dice, por ejemplo, legislación salvadoreña, legislación española, legislación francesa. Pero si bien tiene ésta y otras significaciones, la mas propia y generalmente usada está contenida en la definición que ultimamente se ha dado, diciendo que es: *la ciencia que enseña cómo deben ser formadas las instituciones políticas y las demás leyes para afianzar la seguridad del Estado, proteger los derechos individuales y procurar el bienestar común.* definición que la eleva á la distinguida categoría á que pertenece y que explicando la alta misión del legislador le enseña á conocer el estado y condiciones de los elementos social é individual, atendibles para emitir las leyes, ya que legislar no es ejercer meros actos de poder y de fuerza, como dice un erudito escritor, sino crear ó implantar aquellas reglas que la ilustrada experiencia de los siglos y el depósito sagrado de las doctrinas aconsejan y se consideren como necesarias.

Justicia. — Se ha dicho que justicia es la *constante y perpetua voluntad de dar á cada uno lo que es suyo*, ó mejor explicado *el arreglo de nuestra voluntad y acciones á la ley.*

La justicia ha sido dividida por los moralistas y jurisconsultos en interior y exterior ó sea en moral y civil.

Justicia moral ó interior es la que se deriva de las leyes naturales, ó la conformidad de nuestra voluntad á la recta razón.

Y civil ó exterior la que emana de las leyes civiles, ó sea la conformidad de nuestras acciones á la ley.

La *justicia interna* es objeto de la moral: la *externa* lo es de la jurisprudencia.

La reunión de ambas forma lo que se llama *justicia perfecta.*

Aristóteles dividió además la justicia en *universal* y *particular*; pero teniendo esta división su origen en la misma causa que la anterior se ha suprimido por lo general.

También han dividido la justicia civil en *commutativa*, que es la que observa una rigurosa igualdad en los contratos; en *distributiva*, que es la que en la distribución de premios y recompensas atiende al mayor ó menor mérito de las personas; en *espletiva*, que es la que da á cada uno lo que se le debe en fuerza de la ley; y en *atributiva*, que es la que dá á cada cual lo que se le debe por obsequio, gratitud, humanidad ú otras causas semejantes.

§ 2º

Del derecho en general y sus divisiones.

La palabra derecho, conocida en todos los idiomas del orbe, se cree haber sido metafórica en su origen, es decir, tomada de la línea recta para simbolizar la rectitud á que el hombre debe arreglar sus actos.

Al principio, cuando Roma la soberana del mundo se hallaba en su infancia científica y la jurisprudencia se encontraba monopolizada por los patricios del colegio de los pontífices, el derecho se consideraba como una regla rigurosa y precisa, como un orden inflexible emanado de la autoridad y misterioso para las demás clases sociales, á quienes les era vedado inmiscuirse en asuntos jurídicos, cuya posesión y conocimiento era del exclusivo resorte de la privilegiada casta.

Pero mas tarde, cuando la jurisprudencia habia progresado á mas ligero vuelo que progresaron otros ramos de las civilizaciones romanas, el derecho adquirió un desarrollo científico, cuya significación derivaba y estaba fundada en la filosofía, la razón y el análisis y se dijo que el derecho era *el arte de lo bueno y de lo justo*. (2) Mas explicando de esta manera lo que ahora entendemos por derecho natural, no se le concretó á los límites en que actualmente está circunscrito, pues que el derecho ha adquirido una firmeza bien establecida y se le ha separado de la legislación y de la justicia, con las cuales se confunde á menudo.

Cierto es que se acostumbra indistintamente decir legislación española ó derecho español: facultad de derecho ó facultad de jurisprudencia: vivir conforme á la justicia ó con arreglo á derecho; mas si bien existe un enlace íntimo entre las significaciones de estas palabras, no obstante expresan en rigor ideas muy distintas.

El derecho se dice, pues, que es *el conjunto de preceptos y máximas que obligan á los individuos de la asociación política de una manera eficaz*. ó bien como dice Eseriche, *la reunión ó el conjunto de reglas que dirigen al hombre en su conducta para que viva conforme á la justicia*.

(2) *Quod semper æquum ac bonum est, jus dicitur.*

Sin embargo, la palabra derecho no se sujeta solamente al significado que expresa la anterior definición. Tiene acepciones muy variadas, representa ideas abstractas y recibe aplicaciones diversas. Se toma como el conjunto ó colección ordenada de leyes, ó como la facultad ó potestad jurídica para hacer, exigir ó eximirse de algo: ora aparece como causa, ora como efecto: ya representa la ley misma, ya la acción que se tiene á una cosa, etc.

El derecho lo dividen los juriseconsultos en primer lugar, en divino y humano.

Divino es el conjunto de leyes que proceden y emanan de Dios.

Y *humano ó social* el conjunto de leyes que con arreglo á los principios del derecho natural ha sancionado cada nación para el arreglo de los intereses generales del Estado y de los derechos y deberes de sus individuos.

El derecho divino se subdivide en *natural y positivo*.

Derecho *natural* es el que Dios ha promulgado á todo el género humano por medio de la recta razón, el que el hombre siente y conoce por las propias inspiraciones de su conciencia.

Derecho *positivo* es el que Dios ha promulgado por medio de las sagradas escrituras, la revelación y la tradición, según la Teología.

El derecho humano se subdivide en *público y en privado*.

El derecho *público* se compone de todas las leyes que tienen por objeto arreglar las relaciones del Estado con los ciudadanos.

Y derecho *privado* es el que arregla las relaciones de los individuos entre sí.

El derecho público se subdivide en *internacional, político constitucional y administrativo*.

Derecho *internacional* ó de *gentes*, atendiendo al estado actual de los estudios jurídicos, es como dice Halleck, el conjunto de reglas de conducta que rigen las relaciones de los Estados.

Derecho *político constitucional*, es el que establece las bases y determina la forma de gobierno, esto es, fijando los fundamentos de las relaciones que existen entre una nación y los individuos que la componen.

Y derecho *administrativo* el conjunto de leyes que establecen las relaciones entre la administración y los administrados, fundándose en el derecho político.

El derecho privado se subdivide en —

Derecho civil.

Derecho penal.

Derecho comercial ó mercantil y

Derecho de procedimientos.

Derecho *penal ó criminal*, que contiene la sanción de gran parte de las leyes, es el que define los delitos y señala las penas que deban imponerse á los que los cometan.

Derecho *comercial* es el conjunto de reglas relativas á la validez de los asuntos mercantiles y á los efectos que de ellos resultan.

Derecho de *procedimientos* el que marca las reglas que deban seguirse para la sustanciación de los litigios en los tribunales de justicia.

Como se vé, en las anteriores divisiones no se comprende el derecho canónico, monumento científico que formó parte durante mucho tiempo de nuestro derecho público y privado y que los doctores de la Iglesia llaman: *la facultad que enseña las reglas á que deben conformarse las costumbres de los cristianos y que dispone y ordena la disciplina eclesiástica.*

Separado como está entre nosotros el Estado de la Iglesia, desde el momento en que la Carta fundamental decretó la libertad de conciencia, sin tener por consiguiente que acudir á ella en la reglamentación y validez de ningún acto de la vida civil; y abolido por el artículo cuarenta y cinco del Código de Procedimientos civiles el fuero eclesiástico, el derecho canónico desempeña un papel nulo y de ninguna importancia ante la potestad temporal ó civil ya que ésta no reconoce en favor de la Iglesia romana las facultades que desde Valentiniano III y del emperador Justiniano le fueron otorgadas, sustrayendo á los eclesiásticos de la jurisdicción laical para someterlos privativamente á la de los obispos.

§ 3º

Derecho civil y su importancia.

Los romanos dieron al derecho civil una significación mucho más lata del verdadero sentido en que ahora lo entienden los jurisconsultos modernos.

El emperador Justiniano al definirlo: *el que cada pueblo forma para sí, (1)* comprendió el derecho político, el criminal, el administrativo, el canónico y los procedimientos.

Tomándolo en su genuina acepción diremos, que derecho civil es el conjunto de leyes que comprenden las relaciones mutuas de los individuos de un pueblo, ó sea el arreglo relativo á la extensión y ejercicio de los derechos y deberes que se otorgan á cada uno de ellos.

El derecho civil, como dice un erudito jurisconsulto español, tomando al hombre en sus relaciones domésticas y civiles lo hace el objeto primero de las leyes que lo siguen en todas partes y fijan su estado, su condición y capacidad. Considerándolo con relación á la sociedad civil arregla sus derechos cuando es súbdito, y si es extranjero le garantizan en los que son extensivos á todos los hombres. Considerándolo en el círculo de la sociedad doméstica, aun antes de nacer, velan por su conservación y para asegurarle los derechos de su filiación legítima: nacido lo protegen desde la cuna, señalan sus derechos y obligaciones como hijo de familia; cuando pierde á sus padres en la edad en que sus fuerzas no están del todo desarrolladas, lo cercan de una autoridad de vigilancia, de protección y de consuelo que obre por él, dirija sus

(1) *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est civitates vocaturque jus civile, cuasi jus proprium ipsius civitates.*

pasos é ilustre su razón; y por último cuando llega á la edad de madurez lo constituyen á la vez jefe de una familia y supliendo frecuentemente sus omisiones, en los actos y contratos le siguen en toda la vida y transmiten á sus sucesores su nombre con su fortuna.

Bosquejado á grandes rasgos el grandioso objeto del derecho civil, fácil es comprender la inmensa importancia de esa institución tan benéfica é indispensable, para la existencia y el orden de la sociedad.

§ 4º

Código civil y partes en que está dividido.

El Código Civil es la colección ó cuerpo de leyes salvadoreñas que establecen y fijan los derechos que gozan los habitantes del Salvador entre sí mismos y la forma y efectos de sus convenciones civiles.

El Código está dividido en cuatro partes.

La primera, habla de las personas reglando al efecto su capacidad de adquirir y el ejercicio de esta capacidad.

La segunda, de los bienes fijando los títulos en virtud de los cuales pueden poseerse legítimamente, es decir, su dominio, posesión, uso y goce.

La tercera, que considerando los actos por medio de los cuales se adquiere ó transmite la propiedad los divide en gratuitos ú onerosos y se ocupa de los primeros, es decir, de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos.

Y la cuarta habla de los actos onerosos, esto es, de los contratos y de las obligaciones en general.

Como se observa el plan del Código, lo mismo que el de muchos otros modernos, está basado en el derecho de propiedad que es una de las necesidades fundamentales de la sociedad y sin cuya garantía no podría existir.

La propiedad está en íntima relación con los individuos ó con las personas, que son el sugeto del derecho, y con las cosas que constituyen su objeto.

La propiedad de las cosas entraña la idea capital de dos elementos distintos que se complementan para producir la consistencia y armonía social: el uno, los bienes que forma la materia ó el objeto de dicha propiedad y el otro, la voluntad del ser inteligente que las adquiere, posee y transmite.

Nuestro Código, á ejemplo del chileno, se ha apartado de las divisiones que el derecho romano y español hacían del derecho civil por razón del objeto que tiene en mira, es decir de las personas, cosas y acciones: pero no estando fundadas estas divisiones en la esencia del derecho civil ó mejor dicho en una de las bases fundamentales de la sociedad, son arbitrarias y pueden muy bien alterarse por otras mas naturales y lógicas que tengan su origen en el principio de propiedad. Por lo mismo, el Código Salvadoreño siguiendo al de Chile trata con bastante claridad y distinción las materias sobre sucesión y contratos porque

tomando como fuente primordial é ineludible la voluntad del sugeto del derecho, dividí los actos de esa voluntad en gratuitos y onerosos.

Además de las cuatro fundadas divisiones que el Código hace para prescribir el derecho, los redactores destinaron á la cabeza de ese cuerpo legal un título preliminar encaminado á fijar la naturaleza, condiciones y efectos de la ley, los principios que deben observarse para su aplicación, interpretación y derogación y á definir varias palabras de uso frecuente en las leyes.

Estas disposiciones que abrazan toda la legislación en general, no son objeto propiamente de un Código determinado. Pero nuestros codificadores seguramente á imitación de otros codificadores modernos, considerando quizá que el Código Civil contiene las relaciones mas universales entre los asociados y que no sería conveniente consignar esas disposiciones en un prólogo ó prefacio, porque no tendrían la fuerza y autoridad de ley si no que quedarían sujetas á las polémicas y controversias de la ciencia, quisieron con razón, colocarlas en un título preliminar.

CAPITULO 2º

SUMARIO.

De la ley, sus condiciones y caracteres — De la costumbre — Promulgación de la ley — Efectos de la ley — Interpretación de la ley — Derogación de la ley.

§ 1º

De la ley, sus condiciones y caracteres.

Lo mismo que el derecho, la palabra ley ha sido conocida en todas las épocas, cualquiera que sea el estado y condiciones en que se considere al hombre, y en el prurito de explicarla los legisladores y los jurisconsultos le han dado una significación bastante lata algunas veces como oscura y metafísica otras; un sentido absoluto, abstracto y general, como mezquino y deficiente después. Por eso algunos tratadistas de derecho civil hablan de las leyes considerándolas como las reglas naturales que rigen al mundo físico y material: como las reglas que contienen los principios eternos de moralidad y de justicia, estables é independientes de las épocas y circunstancias de las generaciones humanas.

La ley debe, pues, explicarse tomando por base al hombre considerado como miembro de la sociedad civil.

Han definídola varios jurisconsultos etimológica y descriptivamente y así dicen que esa palabra tiene su origen en el verbo latino *legere*, que significa escoger y también leer, porque la ley escoge mandando unas cosas y prohibiendo otras y se leía al pueblo para que llegara á noticia

de todos. Fundado en esto según Ciceron se la llamaba así en Roma, porque escogía lo mas conveniente y en Grecia porque atribuía á todos igualmente los derechos.

La ley 4ª, título 1º. Partida 1ª, dice: “*que es la leyenda en que yace enseñamiento, é castigo escripto que liga é premia la vida del home, que non faga mal, é muestra, é enseña el bien que el home debe facer é usar;*” y la llama leyenda porque deriva su denominación de la necesidad de que esté escrita.

Tales definiciones tan cabulosas y metafóricas están muy ajenas de explicar el verdadero sentido de la ley.

Se ha dicho ya, sin embargo, acertadamente que ley, es la *expresión solemne y obligatoria emanada de la autoridad soberana, sobre cosas de interés común.*

La ley según todos los jurisconsultos entraña efectivamente como condiciones esenciales las siguientes: que emane de la autoridad soberana ó sea del legislador: — La soberanía reside esencial y radicalmente en la asociación política, la cual tiene perfecto derecho de constituirse como mas conveniente le parezca, de conservar sus instituciones y modificarlas ó variarlas si lo cree necesario y como los legisladores ejercen por delegación esa soberanía, claro está que ellos son los únicos competentes para emitir la ley: — que deba sancionarse, por medio del acto solemne que la autoriza; y por último que se promulgue solemnemente, porque la promulgación es la manera de hacer llegar á noticia del pueblo los preceptos, prohibiciones ó facultades que contenga y el modo de hacerla obligatoria para los asociados, pues que de lo contrario la ley no existiría.

Nadie puede arreglar sus actos á un precepto que le es desconocido y cualquier castigo que por tal omisión se infligiera sería un rasgo de salvajismo y de atrocidad incalificables.

La ley además debe ser justa y general, esto es, debe atender al interés común ó general, favoreciendo igualmente á todos los miembros del cuerpo social independientemente del rango ó categoría de los individuos, sin conceder privilegios á castas ó familias.

En observancia de todos estos principios el Código define la ley diciendo que es: *una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe ó permite.* (1)

De la anterior definición se deduce que el Código admite las divisiones de la ley en imperativas, prohibitivas y facultativas.

Son *imperativas*, las que establecen una acción; por ejemplo como las que ordenan impuestos ó contribuciones.

Prohibitivas, las que prohíben una acción, como la de que los maridos y los tutores no puedan enagenar ni gravar los bienes inmuebles de sus representados sino mediante ciertas formalidades judiciales.

Y *facultativas*, las que sin mandar ni prohibir se concretan únicamente á establecer un derecho del que cada cual puede gozar á su voluntad; tales son por ejemplo las leyes que autorizan el matrimonio bajo ciertas condiciones prescritas, las que autorizan el divorcio ó la separa-

(1) Art. 1º Código Civil.

ción de bienes en determinados casos y las que reglamentan la facultad de contratación.

Aplicando los principios generales que el Código reconoce al definir la ley en los términos ya expuestos, se ve que ésta emana ordinariamente del Poder Legislativo, el cual se compone de la Cámara de Diputados y de la de Senadores, único Poder competente para interpretar, reformar y derogar las leyes (2) : que debe ser justa y general porque todos los hombres son iguales ante ella, ya proteja ó castigue (3) y que el Ejecutivo debe sancionarla y publicarla. (4)

§ 2º

De la costumbre.

Los romanos reconocían un derecho escrito y otro no escrito.

El primero, procedía directamente del legislador y el segundo tenía su origen en la costumbre, el pretor y el procónsul. Se le llamaba no escrito porque no era promulgado, y solo servía para suplir la insuficiencia, la oscuridad ó el silencio de la ley.

Dividían la costumbre: en costumbre según la ley, fuera de la ley y contra de la ley.

La ley, decían los romanos en tiempo del imperio, es la voluntad del César y poco importa que éste manifieste esa voluntad por palabras ó por hechos, pues que tolerando por mucho tiempo una práctica constante y uniforme, el sumo imperante la ha aprobado tácitamente.

De aquí que la costumbre se haya considerado como ley y tuviera tanta importancia.

La costumbre según la ley ha sido constituida desde entonces por las prácticas judiciales que reglamentan la interpretación de las leyes dudosas.

La costumbre fuera de la ley creaba un derecho tan coercitivo y obligatorio como la ley misma y tenía la misma fuerza que si emanara como aquella del legislador.

Y la costumbre contra la ley, derogaba las leyes escritas, claras y terminantes.

De admitir esta práctica, resultaría que ningún Juez ó jurisconsulto sabrían á que atenerse. Ignorarían qué leyes estaban vigentes y cuáles derogadas, ya que una simple costumbre que no se promulga basta para abrogar una ley escrita.

De todo lo expuesto se deduce que no emanando la costumbre del Poder Legislativo, ni siendo promulgada solemnemente, no puede tener en el Salvador la importancia que se le dió en Roma y en España y

(2) Art. 66 — Constitución.

(3) „ 25 — Constitución.

(4) „ 74 — Constitución.

por eso el Código prescribe que : La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite á ella. (5)

El Código de Procedimientos civiles dice : Las sentencias serán fundadas en leyes vigentes; en su defecto en doctrinas de los expositores del derecho; y en falta de unas y otras en consideraciones de buen sentido y razón natural. (6)

Entre nosotros, pues, no se reconoce la costumbre y al referirse á ella la ley la considera no como un derecho no escrito, sino como un recurso á que acuden los jueces para resolver, cuando se carece de disposiciones explícitas, según sus opiniones y creencias, adquiridas por las doctrinas de los expositores y las consideraciones de buen sentido ó razón natural; pero que no obligan á otros jueces de distintas opiniones y de distintas creencias.

El Código Civil, no reconociendo mas ley que la establecida por el legislador, al prescribir que : “ La costumbre no constituye derecho sino en los casos que la ley se remite á ella, ” debió no haber enmudecido en la fijación de esos casos, que es atribución de la ley sustantiva y no de la adjetiva.

El Código de Napoleon en su artículo 4º, el de Guatemala en el 18 y otros varios Códigos modernos, en vista de que la acción de la justicia nunca puede ser suspendida, imponen á los jueces la obligación de no rehusar la administración de justicia prestando insuficiencia ú oscuridad de la ley, quienes deben atender en tales casos al espíritu de la vigente, á los principios generales del derecho, y á la analogía con otros casos resueltos de una manera terminante, debiendo dar cuenta por ejemplo en Guatemala, á la Presidencia del Poder Judicial, en via de consulta, para obtener una regla que sirva de norma en los nuevos que ocurran, y quedando el juez, por ejemplo, en Francia, incurso en una responsabilidad, en virtud de la cual puede perseguirsele como culpable por denegación de justicia.

Nuestra legislación además de no decir nada en el Código Civil, como lo hemos observado, acerca de los casos en que la ley se remite á la costumbre, tomada en el sentido expresado, los establece impropia y vagamente en el Código de Procedimientos.

Apelar en las actuales épocas á doctrinas de los expositores del derecho, ó á las razones de buen sentido y de razón natural, para resolver cuestiones que talvez envuelven el porvenir de una familia, acaso sería dar margen á la arbitrariedad del Poder Judicial constituyendo esto una amenaza perpetua contra las garantías individuales y sociales.

El Juez de Santa Ana, no habiendo obtenido de autoridad superior, una regla fija y estable para resolver un negocio determinado, puede emitir un fallo en entera oposición con otro que sobre asunto igual pronuncie el de Santa Tecla.

Por otra parte, siendo los jueces amovibles, lo que á Pedro, Juez hoy de San Salvador, le aconsejen las doctrinas de Antonio Gomez, su

(5) Art. 2.— Código Civil.

(6) „ 422.—Pr.

buen sentido y razón natural para fallar sobre un asunto dado no previsto por la ley, no sería lo que á Juan, Juez mañana del mismo lugar para resolver en otro asunto enteramente análogo, le haya suministrado la consulta de las doctrinas de Diego Pérez.

En vista de las dificultades que podrian presentarse sería conveniente fijar ó establecer con las restricciones que contienen los Códigos ya citados, la forma en que deba suplirse la omisión de la ley, su oscuridad ó insuficiencia en todos los casos que ocurran en los diferentes departamentos de la República.

Consecuencia del principio de delegación de soberanía que asume el Poder Legislativo es la disposición de que solo á él toca interpretar-la de un modo generalmente obligatorio. (7) porque es el único Poder que tiene derecho á fijar de un modo general la aclaración de las dudas ó ambigüedades que se presenten y á suplir también generalmente las omisiones en que se haya incurrido.

Las sentencias judiciales, por tanto, no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. La disposición relativa á un acto, asunto ó contrato especial, es preferente á la que tenga un caracter general (8), porque el acto especial debe ser regido por la disposición también especial que á ella se refiere y no por las generales á que se recurre como reglas mas latas para la decisión de aquellos puntos no definidos particularmente á fin de interpretar de una manera acertada el acto, asunto ó contrato que se crea controvertible ó dudoso.

El Código Civil, siendo el que mas que ningún otro comprende las personas y las cosas en sus relaciones mas universales, es un Código general, y las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada y demás especiales deben aplicarse con preferencia á las de éste Código, (9) en observancia de la regla universal de derecho que la ley especial prevalece sobre la general.

Los Diputados y Senadores, el Presidente de la República, por conducto de sus Ministros y la Corte Suprema de Justicia, son los Poderes á quienes según la Constitución está reservada exclusivamente la facultad de iniciar la ley. (10)

Por eso el Código dice que: La Corte Suprema de Justicia en uso de la iniciativa de ley que le concede la Constitución, dará cuenta al Cuerpo Legislativo en cada una de sus sesiones ordinarias, de las dudas y dificultades que le hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que haya notado en ellas, proponiendo los correspondientes proyectos de ley. (11)

(7) Art. 3 — Código Civil.

(8) „ 3 — Incisos 2º y 3º, Código Civil.

(9) „ 4 — Código Civil.

(10) „ 71 — Constitución.

(11) „ 5 — Código Civil.

§ 3º

De la promulgación de la ley.

Hemos dicho que la promulgación de la ley es una de sus condiciones precisas, puesto que de nada serviría su formación y sanción si nó se comunicara á aquellos á quienes debe obligar.

El derecho antiguo español y el francés hacían muchas promulgaciones. Así España como Francia, países formados en su origen por pueblos heterogéneos reunidos por la conquista y gobernados por monarcas que asumían títulos diversos necesitaban de una promulgación para cada Estado. Pero en el Salvador, lo mismo que en otros países de la América latina, formados por razas homogéneas y de poblaciones de común origen, la ley no debe ser promulgada sino solo una vez por un Magistrado determinado que es el jefe del Poder Ejecutivo.

Mas atendiendo á que la promulgación nó puede ser instantánea: es decir, que no es factible que la ley sea conocida de momento por todos los habitantes de los diferentes puntos de un país, se hace necesaria la fijación de un plazo suficiente para que sea oportuna y generalmente conocida.

En estas razones se fundaron los romanos al distinguir entre *promulgatio* y *divulgatio promulgationis*, distinción que ha sido reconocida por todos los legisladores modernos al señalar un plazo razonable para la divulgación.

Por eso nuestro Código dice: La ley obliga en el territorio de la República en virtud de su solemne promulgación y después de trascurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.

La promulgación deberá hacerse en el periódico oficial y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico, (12) esto es, el punto de partida para comenzar á contar los días de ese plazo.

Han sido adoptados dos sistemas diferentes para la promulgación de la ley, llamados de *progresión* y de *simultaneidad*.

El primero, consiste en determinar un plazo sucesivo y graduado, según las distancias del lugar en que se publique, respecto de aquel á quien va á obligar; y el segundo establece un plazo fijo para que simultáneamente ó al mismo tiempo obligue á todas las personas á quienes se dirige, cualquiera que sea la distancia en que se encuentren del lugar en que se haga la publicación.

Ambos sistemas han sido debatidos extensamente por los juriconsultos con poderosas razones por una y otra parte prevaleciendo el de progresión por ser mas aproximado á la justicia, pues que el plazo uniforme presenta, como uno de los mas serios inconvenientes, el hecho de

(12) Art. 6 — Código Civil.

paralizar la ley en los lugares en que ya es conocida mientras lo es de los demás puntos en que deba publicarse, dando origen con esto á que sus disposiciones se defrauden por las personas que quieran hacerlo ya que contarían con tiempo suficiente para ello, y á que los individuos á quienes la ley favorezca no puedan aprovecharse de los beneficios que se les otorguen.

Los Codificadores, atendiendo quizá á la poca extensión del territorio salvadoreño y apartándose de la legislación chilena, consignaron: que promulgada la ley en la residencia del Gobierno, se entenderá que es conocida de todos los habitantes de la República y se mirará como obligatoria después de doce dias contados desde la fecha de su promulgación.

Podrá sin embargo restringirse ó ampliarse este plazo en la ley misma, designándose otro especial. (13) para que comience á regir, como sucede casi en todas las leyes comunes.

Los jurisconsultos han considerado separadamente los efectos de la promulgación y dicen con bastante fundamento, que no siendo obligatoria la ley antes de que fenezcan los plazos fijados para la *divulgatio promulgationis*, los actos, asuntos y contratos que ocurran en el tiempo intermedio deben resolverse por la ley anterior y no por la nueva que todavia no obliga; pero que una vez vencidos esos plazos la ley debe presumirse conocida y tiene fuerza: y así lo establece entre nosotros la prescripción legal que antecede.

Es regla antigua que contra las leyes no se pueda alegar ignorancia. Ellas han sancionado siempre este precepto, porque empresa costosa y difícil sería para el legislador averiguar si la ley ha llegado ó nó al conocimiento de cada uno de los que componen la asociación política, y de ahí que se haya establecido una presunción legal que lo supone.

La vieja legislación española, reconocía este principio en las Partidas; sin embargo admitía algunas excepciones. Los militares en activo servicio, los aldeanos ó simples labradores, los menores y las mujeres, para eludir un daño en materia civil, podían alegar como excusa la ignorancia de la ley.

Los fundamentos que los legisladores del siglo XIII tuvieron para consignar esas disposiciones han desaparecido en el presente siglo.

Los militares, los aldeanos, los menores y las mujeres constituyen casi toda la sociedad, y la excepción aplicada al Salvador se convertiría en la regla general.

Por otra parte, los menores llenos de una multitud de inmunidades y de privilegios se verían aislados, nadie querría contratar con ellos por la ineficacia á que estarían expuestos esos contratos, á causa de la atmósfera de disposiciones excepcionales en que permanecieran; de suerte que la ley en vez de protegerlos, les ocasionaría gravísimos perjuicios, pues suficientemente garantidos quedan los menores con las extensas y severas obligaciones que á los guardadores se imponen.

La mujer que en aquella época estaba cercana á no tener el derecho de pensar, á no ser capaz para dirigir á sus hijos como tutriz, ni ejercer

(13) Art. 7. — Código Civil.

sobre ellos la patria potestad; que por ningún motivo, ni en ningún caso podría administrar sus bienes siendo casada, ni su capital estando separada de bienes, ni el comercio: y en una palabra, que sería tenida como cosa y abandonada á una perpetua tutela, ha adquirido hoy ante la ley todas las prerogativas de que goza el hombre, ejerciendo sus derechos civiles.

En fuerza de tales reflexiones nuestro Código, dice: No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común ó especial, sino cuando por algún accidente grave hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre el lugar de la residencia del Gobierno y el departamento en que debe regir.

En este caso dejará de correr el plazo por todo el tiempo que durare la incomunicación; (14) y establece esta excepción porque el conocimiento legal de la promulgación es presuntivo y la presunción debe desaparecer ante la certidumbre de los hechos.

§ 4º

Efectos de la ley.

Para tratar con la mayor claridad posible las importantes materias que este párrafo comprende, lo dividiremos en varias partes, considerando la ley por razón de su retroactividad; por razón de los actos que prohíbe; por razón de su extensión jurisdiccional; y en cuanto á la forma de los actos.

PARTE 1ª

Efecto retroactivo.

Precepto fundamental de legislación, regla de derecho y máxima de jurisprudencia ha sido siempre el principio de que la ley no debe tener efecto retroactivo, principio reconocido desde en tiempo de los romanos, que lo consignaron en la siguiente frase: las leyes no se retrotraen.

Sin la sanción de este principio la libertad civil, la seguridad individual, la propiedad serian una utopía y la sociedad careciendo de un orden fijo é inmutable, faltándole garantías, tendria que dislocarse desde el momento en que se diera el funesto ejemplo de no respetar hoy lo que legítimamente se hizo ayer, ó de declarar ilícitos mañana actos permitidos cuando se ejecutaron.

Es por eso que el Código dice: La ley puede solo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo. (15)

Explicando el por qué de esta disposición fijada en el artículo 2

(14) Art. 8 — Código Civil.

(15) " 9 — Código Civil.

del Código francés, decía con elocuencia el erudito Portalís: “Es un principio general que las leyes no tienen efecto retroactivo y á ejemplo de todas las asambleas nacionales, nosotros le hemos proclamado también. Hay ciertas verdades útiles que no basta publicar una vez, sinó que es necesario saber y publicar siempre, y que deben sin cesar herir los oídos del magistrado, del juez, del legislador, ya que deben estar continuamente en su espíritu. El oficio del legislador es arreglar los sucesos futuros; el tiempo pasado no está bajo su poder: en cualquier parte en que se admitiese la retroactividad en las leyes, ni sombra siquiera de seguridad podría encontrarse.”

Entre nosotros podría quizá objetarse que la no retroactividad solo obliga al juez y no al legislador porque no es un precepto constitucional. Realmente, no estando prohibido al legislador en la ley fundamental emitida por la última Constituyente en el mes de febrero de 1880 dictar leyes retroactivas, como lo han hecho la generalidad de las constituciones de los países modernos, podría con razón sostenerse la anterior afirmación.

No debe creerse, sin embargo, sentado el principio de la no retroactividad de la ley, que el legislador está en la incapacidad de emitir leyes con efecto inmediato, modificando las anteriores existentes.

El derecho, está formado por el concurso de dos elementos distintos: los elementos permanentes, que tienen su origen en el derecho natural secundario, que la ley sanciona pero no crea, que corresponden á los intereses estables de la sociedad; y los elementos variables, que emanan directamente del ministerio de la ley y que corresponden á los intereses inestables de la misma.

Pertenecen á la primera clasificación, los derechos de propiedad, de familia, sin la cual la vida humana sería precaria, los de seguridad personal y los que se derivan de los actos de la voluntad gratuitos ú onerosos; y á la segunda, la patria potestad, el poder marital, la menor edad, la interdicción y en general la capacidad ó incapacidad legal; la tutela y curaduría, la administración legal de bienes, ó en conjunto los cuasi contratos; la personalidad jurídica; las servidumbres legales; la prescripción de cosas y acciones: en una palabra todas las demás materias del derecho.

Los elementos permanentes no pueden ser violados por el legislador porque son los fundamentos ó cimientos en que descansa el edificio social. Faltando la propiedad, la familia, la seguridad de las personas y la eficacia de las obligaciones y derechos que nacen de la voluntad del hombre, la sociedad no podría existir.

No sucede lo mismo respecto de los elementos inestables que siendo creación exclusiva de la ley, puede ésta modificarlos con efecto inmediato sin tocar el orden social, es decir, el legislador es competente para reconstruir sobre los mismos cimientos, garantizando y conservando ilesos los derechos adquiridos y los hechos consumados á la sombra y bajo el amparo del edificio que se destruye.

El artículo ultimamente citado se complementa con la parte final que dice: Sin embargo, las leyes que se limiten á declarar el sentido

de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio, (16) esto es, haciendo extensivo el principio sobre la no retroactividad á la ley interpretativa, pues que el legislador limitándose á aclarar ó explicar no emite una nueva ley sino una declaración que versa sobre la ya existente.

Ilustraremos la materia con un ejemplo.

Según el artículo 67 del Código de Procedimientos, cuando en el compromiso se sujetan al juicio de árbitros ó arbitradores muchos negocios, objetos ó cuestiones, enteramente diversas unas de otras, sobre cada una de ellas se conocerá y fallará en pieza separada. Supongamos que por haber conocido y fallado de varias cuestiones en una misma pieza y en una sola sentencia sin tener los árbitros otorgada tal facultad en la escritura de compromiso, es declarada nula la sentencia por los tribunales de justicia y que mas tarde se dá una ley que diga no haber sido la mente del artículo aludido declarar la nulidad de los procedimientos en los casos en que varios negocios se ventilen y fallen en una misma sentencia, sino imponer á los particulares el deber de exigir que sus controversias, aun fuera del imperio de los tribunales ordinarios, se ventilen con el orden y claridad indispensables, esa ley se entendería incorporada en la primera; pero no destruiría la sentencia que declaró la nulidad supuesta.

La retroactividad de la ley, de conformidad todos los juriscultos, exponen que solo puede tener lugar en el ramo penal y nosotros creemos también que pudiendo suceder que un delito cometido bajo el vigor de una ley llegue á sentenciarse bajo el imperio de otra, según la regla de jurisprudencia universal debe aplicarse al delito la pena que fije ó señale la legislación ménos rigurosa, pues que en materia penal no hay conflictos de derechos privados y su objeto no es vengar ofensas.

Suelen presentarse algunas veces conflictos entre la ley general y la especial, ó entre una antigua y otra nueva.

Por eso el Código, en virtud del principio de que la ley especial prevalece á la general, establece que: Las disposiciones de una ley, relativas á cosas ó negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición. (17).

Por ejemplo, el artículo 63 del Código civil dispone como regla general que el lugar donde un individuo está de asiento, ó donde ejerce habitualmente su profesión ú oficio, &, determina su domicilio civil ó vecindad. En el capítulo siguiente el artículo 72 dispone que: La mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido, mientras éste reside en el Salvador. Supongamos que la mujer reside en Santa Ana y el marido en San Salvador y llega el caso de demandar á la mujer. Según el artículo 63 deberá ser demandada en Santa Ana

(16) Art. 9. — Código Civil.

(17) „ 13. — Código Civil.

y el marido en San Salvador y llega el caso de demandar á la mujer. Según el artículo 63 deberá ser demandada en Santa Ana y según el 72 en San Salvador.

Las disposiciones parecen, pues, contradecirse; pero como el artículo 63 es una regla general, mientras que el 72 es una disposición especial, tratándose del domicilio civil de las personas en cuanto depende de su condición, es preferible el artículo 72, en el caso de que se trata.

PARTE 2ª

Efectos de la ley prohibitiva

Las leyes que prohíben producen en rigor igual efecto que las leyes penales reprimiendo los actos ejecutados en virtud de una causa no lícita y constituyen una excepcionalidad en el derecho civil que, reglando en general las relaciones de los individuos entre sí, no puede extenderse á la represión de los actos ilícitos, cuya jurisdicción privativa está confiada al derecho penal.

Mas como el derecho civil reglamenta todos los derechos que el hombre lícitamente puede poner en ejercicio, es de su resorte establecer algunas prohibiciones que tengan por objeto garantizar la sociedad contra los fraudes y contra los hechos opuestos á la ley, que de ser tolerados producirían derecho, ó contra los quebrantamientos de las reglas de la moral pública y está en el deber de nulificar ó de imponer sanciones de cualquier otro género en los casos en que se ha procedido contra el tenor explícito de la ley civil.

Estos principios sancionados por el derecho romano, los ha seguido el Código al consignar: Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designa expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención: (18) verbi gracia:— los guardadores en general no pueden enagenar ó gravar los inmuebles de sus representados, sinó en la forma y mediante las solemnidades prescritas.

Si un guardador, pues, vende ó grava sin licencia del juez, dada en atención á la necesidad ó utilidad en que debe apoyarse tal permiso, (19) los contratos sobre esos bienes serían nulos y de ningún valor.

Pero no sucedería lo mismo en el caso de la prohibición impuesta al viudo de contraer segundas nupcias sin haber hecho nombrar á sus hijos de anterior matrimonio un curador especial para la formación de inventario, ó sin que justifique de un modo auténtico la carencia de hijos de precedente matrimonio que estén bajo su patria potestad ó bajo su tutela ó curaduría. El matrimonio que se celebre contravieniendo á dichas prescripciones, aunque lo prohíbe la ley no es nulo, porque la misma ha designado expresamente otra pena al padre que se casa sin ese requisito, es

(18) Art. 10. — Código Civil.

(19) „ 417. — Código Civil.

decir, la pérdida del derecho de suceder como legitimario ó como heredero abintestato del hijo cuyos bienes ha administrado. (20).

De las doctrinas que preceden se deduce también la prescripción siguiente: Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso ó tácito de precaver un fraude ó de proveer á algún objeto de conveniencia pública ó privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento ó contrario al fin de la ley; (21) tal sucede por ejemplo en la prohibición al tutor de donar los bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto de juez. (22) porque esta prohibición tiende á precaver los fraudes del tutor contra los bienes del pupilo, y si fuese admitida la prueba para validar tal acto no se realizaría el alto fin que la ley tuvo en mira, una vez que fácilmente podría eludirse quedando su aplicación al arbitrio del juez.

El Código reconoce tácitamente la prohibición de renunciar las leyes relativas al orden público, pero no las que otorgan derechos que interesan particularmente, por el hecho de prescribir que: Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia, (23) porque como decía Faure: “La convención prevalece sobre la ley cuando la ley no ha dispuesto sinó en favor de los estipulantes; la ley por el contrario prevalece sobre la convención, cuando sus disposiciones ordenan ó prohíben por el interés del Estado ó por el interés de las costumbres.”

PARTE 3ª

Efecto jurisdiccional de la ley.

A fin de esplanar con expedición los puntos que contiene esta parte la dividiremos en tres secciones, examinando separadamente el efecto de la ley sobre las personas; sobre las cosas; y en cuanto á las excepciones que sufre el principio general que rige los bienes en el Salvador.

SECCIÓN 1ª

Efecto de la ley sobre las personas.

En la asociación política, organizada y vinculada por leyes comunes, poniendo en ejercicio iguales medios para proteger los derechos generales y los de cada uno de los asociados, ó con mas precisión, en el Estado reside, como lo hemos dicho, la soberanía é independencia en

(20) Art. 124 y 127. — Código Civil.

(21) „ 11. — Código Civil.

(22) „ 426. — Código Civil.

(23) „ 12. — Código Civil.

virtud de la cual posee el derecho de legislar extensamente y de ejercer jurisdicción dentro de sus límites geográficos reglamentando todas las cuestiones civiles y criminales, fijando los requisitos exigibles para la posesión y trasmisión de los bienes en general, por medio de los actos gratuitos ú onerosos; determinando el estado y capacidad de sus individuos, los requisitos necesarios para la validez de los contratos, los derechos y obligaciones que de ellos resulten; y estableciendo últimamente el procedimiento que deba seguirse en la reclamación de derechos y el modo como se administre justicia.

Pero sucede que un individuo frecuentemente es propietario ó posee bienes en nación distinta de la suya; se vé en la necesidad de celebrar contratos de cualquier género fuera de su país ó tiene que seguir ante tribunales extranjeros juicios reclamando derechos ó exigiendo el cumplimiento de obligaciones; y por tanto los Estados procurando conservar y ensanchar su comercio y las relaciones internacionales, han restringido bajo cierto aspecto el absolutismo del poder de legislación y jurisdicción, como dicen los expositores de derecho internacional privado, permitiendo dentro de su territorio la aplicación de leyes distintas para determinar el estado civil y la capacidad de los que no tienen la calidad de súbditos y la validez de los actos ó contratos celebrados con arreglo á la ley del país en que fueron llevados á cabo.

“Sería contradictorio, observa un publicista, que un individuo cambiase de estado y condición siempre que un viaje le llevase á otro sitio; que en un mismo momento fuese mayor aquí y menor ahí; que la mujer estuviese á un tiempo sometida al poder marital y libre de él; que un individuo fuese considerado en un lugar como inhábil y en otro como capaz de todos los actos de la vida civil.”

De aquí que la ley aplicable á cada individuo sea la de la nación á que pertenece: que el conjunto de ellas dentro de cada pueblo y que deben seguir á la persona por todas partes se considere como una ley ó estatuto personal.

Este principio obvio y aparentemente equitativo en teoría presenta, sin embargo, serias y perniciosas consecuencias en la práctica.

Algunas legislaciones avanzadas de Europa y América lo han abolido ó restringido.

Por él se cerceña de una manera real y positiva la soberanía del Estado admitiendo dentro de su territorio y su jurisdicción la aplicación de leyes que le son desconocidas, sin más fundamento que el de la expectativa de reciprocidad por parte de las autoridades extranjeras.

Aplicándolo á nosotros diremos: si tal expectativa se desvanece porque la reciprocidad sea negada, el Salvador carecería de medios para hacer valer el estatuto de sus nacionales residentes en otros países: si los tribunales extranjeros la otorgaran sería innecesaria y de ningún objeto, porque los actos de los salvadoreños no interesan á la patria sinó en caso que deban tener efecto en el Salvador, y al verificarse esto nuestros tribunales desconocerían dichos actos siempre que se opusieran á la ley personal ó instituciones del país, con cuyo simple hecho la nación conservaría ilesas sus garantías, mientras que de admitir el estatuto

personal extranjero debería tolerar y reconocer instituciones como la esclavitud y la poligamia, respetando el matrimonio de un musulmán con diez mujeres, tenido como legítimo según las leyes de su país.

Al contratar un ciudadano salvadoreño con un chileno de veintitres años, menor en Chile y mayor en el Salvador, este contrato produciría fuerza obligatoria para nuestro conciudadano: pero sería nulo á voluntad del chileno pues no le es lícito contratar según su estatuto personal.

El Código de Napoleon admite en Francia la aplicación del estatuto personal extranjero y ante las dificultades que hemos expuesto han retrocedido sus comentadores, tratando de establecer los defensores de ese precepto, reglas para interpretarlo debidamente y eludir los daños á que dá margen.

Mr. Valette en sus anotaciones á Proudhon dá la solución siguiente :

“Debemos, dice, aplicar al extranjero su ley personal; pero este principio podrá ser modificado en nuestro interés. No reconoceremos un estado que nuestras leyes consideren como contrario al orden público, por ejemplo, la esclavitud ó la poligamia. Si al celebrarse en Francia cualesquiera contratos entre extranjeros y franceses, resulta para estos un daño manifiesto en la adopción de la ley extranjera, deberemos aplicar la ley francesa en lo que se refiere á la capacidad. Si el extranjero, pues, es menor según su ley y mayor según la francesa le aplicaremos el Código Civil.”

Pero Mourlon, refutando estos razonamientos dice: “Se sienta un principio, y se le reconoce, mas cuando se llega á la aplicación se le arroja porque presenta algunos peligros. Esto no es interpretar la ley, esto es en buena lógica derogarla so pretexto de que es mala.”

Por eso nuestro Código, tratando de evitar los peligros de esta regla internacional, ha prescrito: Que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República incluso los extranjeros. (24)

La nación al desconocer la ley personal extranjera ha podido muy bien sin embargo obligar á los salvadoreños se rijan por su ley personal aun cuando residan en otros países, porque estas disposiciones no son correlativas y porque los tribunales salvadoreños no están en el deber de conocer sinó las leyes patrias, siendo lógico obligar á los nacionales que arreglen sus actos en el exterior á nuestras disposiciones, razón por la cual el Código dice: A las leyes patrias que arreglan las obligaciones y derechos civiles permanecerán sujetos los salvadoreños, no obstante su residencia ó domicilio en país extranjero: 1º En lo relativo al estado de las personas, y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en el Salvador; y 2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solo respecto de sus cónyuges y parientes salvadoreños. (25).

(24) Art. 14 — Código Civil.

(25) " 15 — Código Civil.

SECCIÓN 2ª

Efectos de la ley sobre las cosas, ó con mas precisión sobre los bienes.

Todos los tratadistas de derecho internacional privado, y muchas legislaciones siguiendo sus doctrinas, han distinguido cuidadosamente los efectos de la ley sobre los bienes inmuebles ó raíces de los que recaen sobre los muebles.

Dicen que en virtud del dominio eminente no debe sustraerse á la jurisdicción de un país ninguna parte de su territorio, como tampoco deben sustraerse los individuos que nacieron en él á la sumisión de las leyes que arreglan su estado y capacidad, aun cuando residan en el extranjero, pues la soberanía es á la vez personal y real.

Opinan que la *lex loci rei sitæ* debe regir los bienes raíces situados dentro de los límites de cada pueblo, porque la ley considera á los inmuebles independientemente de la voluntad de los particulares, atribuyéndoles ciertos caracteres indelebles que no pueden ser modificados ni violados por las leyes de otro Estado ó por los actos de sus ciudadanos, sin mengua de los intereses y de la soberanía de aquel en que se encuentren y porque la soberanía es indivisible, no siendo permitido que un territorio sea fraccionado jurídicamente para que sus diversas partes se rijan por tantas legislaciones cuantas sean las diferentes clases de extranjeros que residen en el país, sin trastornar el orden nacional y romper la unidad de dicha soberanía: estando en la misma esencia de las cosas que los inmuebles cuyo conjunto forma el territorio público de una nación sean regidos por las leyes de esa nación, aunque una parte de esos inmuebles se halle poseída por extranjeros.

Por lo mismo, no podrá regir otro orden de sucesión testada ó intestada, ni otro modo de adquirir y transferir la propiedad, de arreglar su ejercicio, uso y goce, ni otros gravámenes que los establecidos por las leyes del país en que dichos inmuebles radiquen: *lex loci rei sitæ*.

Pero no sucede lo mismo respecto de los muebles, en que los juriscultos están divididos y defienden todavía acaloradamente sus opiniones.

Sostienen unos como regla general, que los muebles deben estar sujetos á la ley del domicilio del propietario: *lex loci domicilii*; proclaman otros el imperio de la ley nacional de los dueños ó poseedores; pretenden otros que los muebles, del mismo modo que los inmuebles, sean regidos por la ley del lugar en que están situados; y existe una escuela intermedia que pretende regirlos por la ley del país, solamente cuando tienen en él una situación permanente, sujetándolos á la ley del domicilio ó á la nacional cuando el extranjero los lleva consigo mismo y son de su uso personal, así como los que tiene para trasladarlos á otro lugar extraño ó venderlos en él.

Los sostenedores de la *lex loci domicilii* reputan los muebles con una situación indeterminada. En virtud de una ficción legal suponen que

siguen á la persona, por donde quiera que vaya, que viajan con ella y que deben considerarse inherentes á sus dueños: *mobilia sequuntur personam; mobilia ossibus inhaerent*.

La *lex domicilii* es sutil é ilusoria, toda vez que un país carece de medios para hacer valer sus derechos sobre muebles pertenecientes á persona domiciliada en su territorio y situados en otro y que no le sería obligatorio tampoco, á menos de consentirlo expresamente por medio de tratados, admitir dentro de su jurisdicción leyes extrañas para regir sucesiones de muebles, cuyos dueños estén domiciliados en nación distinta.

Los partidarios de tal ley reputan estos bienes con situación no determinada, siendo así que real y positivamente la tienen. Aseguran que son ambulantes y si hoy se encuentran en Colombia pueden, según ellos, hallarse mañana en Guatemala; mas esto nada significa en apoyo de su pretensión, porque el mismo domicilio por cuya ley quieren regirlos es de la misma manera ambulante; y así el dueño puede hallarse hoy en el Salvador y dentro de dos meses estar domiciliado en Honduras, no siendo lógico desecher la realidad para acoger una ficción.

Los sostenedores de la ley nacional de los dueños ó poseedores reputan también los muebles inherentes á la persona, y el lugar ocupado por la cosa mueble indeterminado y variable, sin poderse fijar el punto en que se halla, lo que excluye la sujeción voluntaria á la ley local de un territorio.

Un viajero, dicen, conducido en un ferro-carril ó en una diligencia con su equipaje, puede en un solo día recorrer diversos países, sin cuidarse de saber cual es aquel en que se encuentra momentáneamente; sucede lo mismo cuando el comerciante lleva un cargamento de mercaderías á un país lejano tocando diferentes puertos durante su viaje, y es importante crear con el pensamiento un lugar que represente la situación de la cosa mueble; pero se olvidan que hay muebles destinados á permanecer en un lugar, como los instrumentos necesarios para el cultivo de un fundo rústico, los muebles de una casa y los libros de una biblioteca, cuyos bienes no pueden dejar de sujetarse, sin ninguna razón ostensible, á la ley de su situación real.

Por otra parte, no todas las legislaciones están de acuerdo en el reconocimiento del estatuto personal. Los países que lo desconocen, desconocerían *ipso jure* la aplicación á los muebles de la ley nacional de sus dueños y no podría obtenerse una regla constante.

Los que pretenden que los muebles sean regidos por la ley misma que los inmuebles fundan su opinión en el principio de soberanía territorial, porque existe, según su doctrina, una relación estrecha entre dichos bienes y la ley del lugar en donde están situados.

“Si se puede hacer abstracción de las tradiciones, dice Mr. Laurent hablando sobre esta materia, es preciso rechazar la distinción de los muebles é inmuebles. Ella no tiene fundamento racional. La consideración del valor no es un motivo jurídico; y si se la invoca, la balanza sería por lo menos igual entre la riqueza móvil y la inmóvil. Se dice que los muebles sirven para el uso de la persona; esto es verdad respecto de algunas cosas; pero no lo es respecto de las acciones y obli-

gaciones creadas por el comercio y la industria. Ellas sirven á la persona del mismo modo que los inmuebles, es decir, como instrumento de desarrollo intelectual y moral."

Los partidarios de la doctrina que acepta un término medio, sujetando los muebles que tienen una situación permanente, á la ley de su situación y los que no la tienen, á la del domicilio ó á la nacional del propietario, se olvidan que esos muebles pueden también ser trasladados: que seria embarazoso para la administración de justicia el establecimiento y averiguación de las cosas muebles ambulantes de uso personal y de las que deban considerarse como fijas y que la ley del domicilio ó la nacional no pueden siempre ser aplicadas.

El Código, á fin de no dejar tales cosas en una fluctuación que ocasionara al país frecuentes conflictos, á imitación del Código chileno, aceptó la ley de la situación; y sin distinguir los inmuebles de los muebles, dice de una manera intencional y genérica:

Que los bienes situados en el Salvador están sujetos á las leyes salvadoreñas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en el Salvador; (1) de suerte que la *lex loci rei sitæ*, rige tanto á los inmuebles como á los muebles.

Sentada la regla de que todos los bienes situados en la República deben regirse por nuestras leyes, sea cual fuere la calidad del propietario, se hace conveniente considerar la proposición inversa, es decir, si los bienes situados en país extranjero y pertenecientes á salvadoreños son regidos por la ley extranjera.

La fuerza de las razones de derecho público y de soberanía ó independencia nacional es igual para todos los pueblos: ellas limitan de la misma manera el imperio del estatuto real en todas partes; y por tanto debe aplicarse exactamente esa regla á cada Estado.

Pero puede muy bien suceder que un regnícola, al fallecer abintestato su ascendiente ó descendiente en el exterior, sea perjudicado en sus derechos como heredero forzoso sobre bienes situados en el lugar del fallecimiento porque las leyes de éste establezcan otro orden de sucesión según el cual se le tuviera por excluido de la herencia; y como no podría la ley salvadoreña extender su dominio fuera de sus límites territoriales ha de precaverse el daño consiguiente á la aplicación de las leyes extranjeras y debe el regnícola pedir de los bienes existentes en la República todo lo que le corresponda en la sucesión á título de herencia, de porción conyugal ó de alimentos; y de esta manera ha de interpretarse la disposición del Código. (2)

SECCIÓN 3ª

Excepciones.

La utilidad y recíproca conveniencia de los pueblos, para fomentar sus relaciones entre sí ha hecho que reconozcan como reglas de derecho

(1) Art. 16. — Código Civil.

(2) Inciso 3, art. 987.

internacional privado la doctrina de que todos los actos jurídicos que pasan en un país deben sujetarse á la ley local que es la que dá fuerza á la obligación, arma á las partes de los medios indispensables para exigir el cumplimiento de lo estipulado y fija las condiciones según las cuales interpone su autoridad, declarando válidos unos actos y prohibiendo otros para conservar en su territorio el imperio de la justicia, siendo la *lex loci contractus* la única regla respetada.

El Código obedeciendo á este principio, así que consigna que los bienes situados en el Salvador se rigen por la ley del territorio, agrega : Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones convenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño. (3)

Esta regla, sin embargo, sufre algunas excepciones que el derecho internacional ha enumerado de la manera siguiente :

1º En los casos en que de seguirse la regla general se perjudiquen los derechos y los intereses de otros Estados ó los de sus ciudadanos.

2º En los casos en que la aplicación de la regla general pudiera producir un conflicto entre las leyes de un Estado y las de policía, de higiene pública y sobre impuestos de otro.

3º Siempre que según la naturaleza del contrato mismo, según la ley del país en que se ha otorgado, ó según la intención expresa de las partes, el contrato debe ser ejecutado en otro país, en cuyo caso todo lo relativo á su ejecución debe ser determinado por la ley de ese país.

En observancia á esta última excepción, el Código dice : Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño, para cumplirse en el Salvador, se arreglarán á las leyes salvadoreñas. (4) De suerte, pues, que á la *lex loci contractus* se subordinan la validez y los efectos jurídicos de los contratos otorgados fuera del Salvador, excepto en los que por su naturaleza ó por voluntad de las partes deban tener efecto en la República.

PARTE 4ª

Forma de los actos.

Se ha convenido uniformemente que así como el lazo jurídico debe regularse por la ley del país en que el contrato se ha celebrado; y la manera de cumplir la obligación, por la ley del lugar en que ha de ser ejecutada; así también la forma exterior de los actos debe regirse por la *lex loci contractus*, que determina si el acto ha de ser escrito y cuáles son las formalidades con que ha de ser otorgado.

Conformándose á esta otra doctrina, el Código prescribe : La forma de los instrumentos públicos se determina por las leyes del país en que hayan sido otorgadas. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimientos.

(3) Inciso 2º, art. 16 — Código Civil.

(4) „ 3º, „ 16 — Código Civil.

La forma se refiere á las solemnidades externas; la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se expresan. (5)

Como se vé nuestro Código reconoce la forma pública de actos que han tenido lugar fuera del Salvador, debiendo por tanto los instrumentos extranjeros ser aceptados por nuestros tribunales, sin mas requisito que el de hacer constar su autenticidad: pero no reconoce los documentos privados porque éstos no forman plena prueba en juicio, sino mediante ciertos requisitos previos; así, pues, deberán probarse las obligaciones que en ellos se consignan en la forma y con arreglo á las leyes salvadoreñas.

El principio general de que venimos hablando sufre algunas excepciones establecidas por el derecho internacional privado, tal sucede por ejemplo, en los actos traslativos de la propiedad inmueble, ó que tengan por objeto gravarla, para los cuales se exigen en el Salvador ciertas formas particulares que solo aquí pueden ser cumplidas, como la inscripción en el registro de la propiedad inmueble y de hipotecas.

En resúmen, la regla: *locus regit actum* rige la forma de los actos otorgados en el extranjero, excepto ciertas disposiciones de precaución del estatuto real que no pueden llenarse sino en el Salvador, y: En los casos en que las leyes salvadoreñas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en el Salvador, en cuyos casos no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas. (6)

Nuestro Código al aceptar los instrumentos públicos otorgados en el extranjero, acepta *ipso juri* las sentencias pronunciadas y ejecutoriadas en los tribunales de otras naciones con solo hacer constar su autenticidad, sin exigir un examen del fondo de dicha sentencia, con el objeto de expeditar en todas partes los títulos de propiedad ó los derechos acreditados en virtud de un instrumento; mas para la ejecución de esas sentencias debe seguirse la *lex fori*.

§ 5º

Interpretación de la ley.

Se entiende por interpretación la explicación que se hace de la ley penetrando, dilucidando y descubriendo su sentido, sin cambiarlo, modificarlo ó innovarlo.

Desde las mas antiguas legislaciones hasta las contemporáneas han reconocido la necesidad de la interpretación y ha llamado ésta la atención de los jurisconsultos para explicar las disposiciones de la ley y adaptarlas á la diversidad de casos que frecuentemente se presentan.

El legislador no está en la posibilidad de prever, y su previsión no podria extenderse á objetos que el pensamiento no puede alcanzar, pues

(5) Art. 17 — Código Civil.

(6) „ 18 — Código Civil.

que carece de medios para encadenar la acción del tiempo, para oponerse al curso de los acontecimientos. á la variación paulatina é insensible de las costumbres, para conocer y calcular desde luego lo que la experiencia es la única encargada de revelar, y no debe sino sentar los principios generales, modificados cuando mas por circunstancias generales también, resultando que casos particulares no previstos al tiempo de la formación de las leyes, ó que no haya sido dado prever sin que surgieran abusos, se encuentran precisamente comprendidos en ellas.

Por el anterior razonamiento se deduce que aunque una legislación abarque particularidades diversas, no dejará sin embargo de presentar con frecuencia variadas cuestiones que dilucidar al jurisconsulto y que resolver al magistrado.

“Las leyes una vez dictadas, dice Monsieur Bigot de Preameneu, permanecen tales como han sido escritas; los hombres al contrario, no descansan jamás, y este continuado movimiento cuyos efectos son variablemente modificados por las circunstancias, producen á cada paso alguna modificación nueva, algún nuevo hecho, algún nuevo resultado.”

He aquí, pues, el origen de la imperiosa necesidad de interpretar la ley.

Según el derecho antiguo romano y español, los jueces consultaban al monarca, quien por medio de rescriptos resolvía las consultas; pero esa manera de proceder es ya inaplicable en los países regidos por un sistema representativo, donde los poderes están divididos y no reunidos en una sola persona y donde los jueces ejercen sus funciones por derecho propio, no siendo competente el Presidente de una República para admitir y resolver los casos que se le consultáran.

Cuando los jueces, por tanto, pulsen en la práctica algunas dificultades, deben vencerlas no de una manera arbitraria, sino por medio de las reglas de interpretación que el Código consigna.

El derecho francés distingue entre la interpretación doctrinal y la autoritaria.

La interpretación doctrinal consiste en encontrar el verdadero sentido de una ley en su aplicación á los casos particulares.

Y la autoritaria en resolver las dudas y fijar el sentido de la ley en forma de disposición general, obligatoria para todos los ciudadanos y para todos los tribunales.

Nosotros podemos decir que la interpretación es general ó especial.

La general, tiene por objeto comprender en las palabras dudosas de la ley todos los casos de una misma naturaleza, de cuya interpretación solo puede ocuparse el Poder Legislativo; y

La especial, es la que se hace de las palabras oscuras de la ley en el caso particular de que se trate, tales como las que hacen las sentencias en cada cuestión que resuelven; esta última ha sido reglamentada por el Código Civil.

He aquí las reglas que dicho Código consigna :

1º Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir á su intención ó espíritu, claramente manifestados en ella misma, ó en la historia fidedigna de su establecimiento. (7)

La primera regla, rechaza toda interpretación cuando las palabras son claras y terminantes: pero la segunda, la admite cuando son oscuras ó dudosas.

La fuente segura de la historia de la ley ó sea la historia fidedigna de su establecimiento, está formada por los motivos que impulsan al legislador á proponerla, ó á tomarla; se encuentra en la comparación de la antigua y la nueva ley y en las discusiones de las Asambleas, si las hubo, sobre la misma ley.

2º Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. (8)

En efecto, es natural suponer que el legislador use de las palabras en el sentido aceptado por todos, á menos que le haya dado expresamente otra significación legal para casos determinados.

Así las palabras *buen padre de familia* deben tomarse en el sentido que les dá la ley aunque su significado natural sea otro.

3º Las palabras técnicas de toda ciencia ó arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia ó arte; á menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. (9)

Explicando esta disposición análoga del Código de Chile decía el autor del proyecto: "He introducido limitaciones (es decir, á la regla tomada del Código Luisiano), porque me parecen necesarias. Una palabra sea técnica ó no, puede emplearse impropriamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería nunca racional tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador?"

4º El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. (10)

Las disposiciones de la ley, están enlazadas íntimamente y cada cual contribuye á formar el plan ó pensamiento de toda la ley bajo su punto de vista general, y para buscar el sentido de una parte debe necesariamente atenderse al todo, considerando la proporción y relaciones que recíprocamente guardan.

5º Lo favorable ú odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar ó restringir su interpretación. La extensión que deba darse á toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; (11) y

(7) Art. 19. — Código Civil.
(8) „ 20. — Código Civil.
(9) „ 21. — Código Civil.
(10) „ 22. — Código Civil.
(11) „ 23. — „ „

6º En los casos á que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros ó contradictorios del modo que mas conforme parezca al espíritu general de la legislación y á la equidad natural. (12)

§ 6º

Derogación de la ley.

Se entiende por derogación la abolición, anulación ó revocación parcial de alguna cosa establecida como ley, para distinguirla de la abrogación, que es la anulación de lo que por ley ó privilegio se encuentra establecido, y por eso han dicho los jurisconsultos: *abrogatur legi cum prosus tollitur, derogatur legi cum pars detrahitur.*

Aunque la derogación es una simple abolición parcial, sin embargo se usa de esa palabra para denotar la abolición total de una ley, y es por eso que nuestro Código la emplea en esta última significación.

La derogación de las leyes, prescribe, podrá ser expresa ó tácita. (13)

Es *expresa*, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es *tácita*, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la anterior; pero esto debe entenderse que se refiere á leyes de la misma naturaleza, incompatibles entre sí y nó á las leyes fundamentales, pues que la Constitución es superior á la ley.

La derogación tácita deja vigentes en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley. (14) es decir el Código adopta la regla romana, *posterior est leges ad priores pertinent, nisi contraria sint.*

Por tanto la derogación de una ley puede ser total ó parcial. (15)

La ley general no deroga tácitamente la ley especial sino en el caso de que la derogación implícita se deduzca inconcusamente del espíritu de la general, porque entre una de esta naturaleza no existe incompatibilidad que origine desde luego la presunción de que estén derogadas disposiciones que no hayan sido terminantemente consideradas como tales.

CAPITULO 3º

Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes.

Como este capítulo solo se ocupa de definir algunas palabras usadas frecuentemente en las leyes, nos limitamos á reproducir, el significado que de ellas dá el capítulo 5º del Código, haciendo una que otra

(12) Art. 24 — Código Civil.

(13) „ 53 — Código Civil.

(14) „ 54 — Código Civil.

(15) Inciso 4º, art. 53 — Código Civil.

ligera observación, indispensable y necesaria, atendidas las nuevas disposiciones que hasta la fecha se han emitido y con cuya creación parece por demás definir ciertas palabras que acaso no volverán á usarse.

He aquí esas definiciones.

Las palabras *hombre, persona, niño, adulto*, y otras semejantes, que en su sentido general se aplican á individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, á menos que por la naturaleza de la disposición ó el contesto se limiten manifiestamente á uno solo.

Por el contrario, las palabras *mujer, niña, viuda* y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, á menos que expresamente las extienda la ley á él. (1)

Llámase *infante ó niño*, todo el que no ha cumplido siete años; *impúber* el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; *adulto* el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad* ó simplemente *mayor* el que ha cumplido veintiun años; y *menor de edad* ó simplemente *menor*, el que no ha llegado á cumplirlos.

Las expresiones *mayor de edad ó mayor*, empleadas en las leyes, comprenden á los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente á éstos. (2)

El interés que envuelve la fijación del término en que se llega á la mayoría de edad, bastante variable en todos los países del globo, según las diferentes zonas y latitudes y sus especialidades topográficas, que influyen en la longevidad humana, hace útil interpretar el por qué ha señalado el Código la edad de veintiun años, para ser mayor, apartándose de la legislación chilena, de la española y de la mayoría de otras de ambos continentes.

La ley Letoria de los romanos, suponía que la duración ordinaria de la vida del hombre era de cien años y fijaba á la minoría la cuarta parte, ó sean veinticinco.

Siguiendo esta ley las Partidas fijaron la misma edad, aunque el Fuero Juzgo había ya señalado con anterioridad solamente veinte años.

En la Zona Tórrida, el desarrollo se verifica con celeridad y la vejez viene prematuramente, siendo muy raras las personas que llegan á cien años.

La ley Letoria no puede ser aplicada entre nosotros, ya por nuestras circunstancias geográficas, como porque la experiencia ha demostrado que á los veintiun años se tiene bastante inteligencia y aptitudes para administrar los negocios propios: que el pupillaje prolongado es perjudicial á los individuos y á la sociedad, y por eso el Código determina la expresada edad de veintiun años.

Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y los primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

(1) Art. 25 — Código Civil.

(2) „ 26 — „ „

Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en *línea recta*; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común y una de ellas no es ascendiente de otra, la consanguinidad es en *línea colateral ó transversal*. (3)

Parentesco legítimo de consanguinidad es aquel en que todas las generaciones de que resulta han sido autorizadas por la ley: como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común. (4)

Consanguinidad ilegítima es aquella en que una ó mas de las generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley: como entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común. (5)

La legitimidad conferida á los hijos por matrimonio posterior de los padres, produce los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Así, dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos que fueron legitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en el cuarto grado de consanguinidad transversal legítima. (6)

Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está ó ha estado casada, y los consanguíneos legítimos de su marido ó mujer.

La línea ó grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido ó mujer, se califican por la línea y grado de consanguinidad legítima del dicho marido ó mujer, con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer. (7)

Es afinidad ilegítima la que existe entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos ó ilegítimos de la otra, ó entre una de dos personas que están ó han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra. (8)

En la afinidad ilegítima se califican las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima. (9)

La computación de los grados de parentesco, según los artículos precedentes, no se aplica á los impedimentos canónicos para el matrimonio. (10)

Habiendo ya reglamentado la Nación el matrimonio civil, único que surte, dentro del país, efectos civiles, el precedente artículo nos parece inoficioso, una vez que no se tiene que ocurrir á la Iglesia para la celebración de ese acto, sino voluntariamente; y la ley sin ingerirse con ningún culto establece la manera de computar los grados del parentesco consanguíneo ó de afinidad.

- (3) Art. 27 — Código Civil.
(4) " 28 — " "
(5) " 29 — " "
(6) " 30 — " "
(7) " 31 — " "
(8) " 32 — " "
(9) " 33 — " "
(10) " 34 — " "

Se llaman *hijos legítimos* los concebidos durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres, que produzca efectos civiles y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior á la concepción. Todos los demás *son ilegítimos*. (11)

Los hijos ilegítimos son ó naturales ó espurios. (12)

Son *hijos naturales* los ilegítimos que han sido reconocidos por su padre en instrumento público ó acto testamentario.

Se llaman *espurios* los que no han sido reconocidos por su padre en la forma prevista en el inciso precedente.

Son de *dañado ayuntamiento* los *adulterinos*, *incestuosos* y *sacrílegos*. (13)

Es *adulterino* el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales, una á lo menos al tiempo de la concepción estaba casada con otra, salvo que dichas dos personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de alguna de ellas hubiere producido efectos civiles. (14)

Es *incestuoso* para los efectos civiles :

1º El concebido entre padres que estaban uno con otro en la línea recta de consanguinidad ó afinidad.

2º El concebido entre padres de los cuales el uno se hallaba con el otro en el segundo grado trasversal de consanguinidad ó afinidad; y

3º El concebido entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro.

La consanguinidad y afinidad de qué se trata en este artículo comprende la legítima y la ilegítima. (15)

Es *sacrílego* el concebido entre padres de los cuales el uno era clérigo de ordenes mayores, ó persona ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa reconocida por la Iglesia Católica. (16)

La misma observación que hicimos al artículo 33 hacemos al anterior.

El fuero eclesiástico está desconocido. Los sacerdotes de toda religión son considerados ante los tribunales de justicia, como cualquier otro individuo del estado seglar: y sí pueden hasta contraer matrimonio, conformándose á las prescripciones de la ley civil, claro está que sus descendientes no deben llevar impresa, en la frente, la mancha del sacrilegio, con que las legislaciones intolerantes y ultramontanas, inspirándose en las tenebrosas doctrinas de la Iglesia Romana, han infamado al sér que no ha tenido ninguna parte ni culpa en los deslices de los autores de su vida.

Las denominaciones de *legítimos*, *ilegítimos*, *naturales* y las demás que según las definiciones precedentes se dan á los hijos, se aplican correlativamente á sus padres. (17)

Los hermanos pueden serlo por parte de padre y de madre y se llaman entonces, *hermanos carnales*; ó solo por parte de padre, y se llaman entonces, *hermanos paternos*; ó solo por parte de madre, y se

[11] Art. 35 — Código Civil.
[12] " 36 — " "
[13] " 37 — " "
[14] " 38 — " "
[15] " 39 — " "
[16] " 40 — " "
[17] " 41 — " "

llaman entonces, *hermanos maternos ó uterinos*. (18)

En los casos en que la ley dispone que se oiga á los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación, el cónyuge de ésta, sus consanguíneos legítimos, de uno y otro sexo, mayores de edad; y si fuere hijo natural, su padre y madre y sus hermanos ilegítimos uterinos mayores de edad.

Si fuere espurio, su padre que lo alimenta, su madre y hermanos ilegítimos internos mayores de edad.

A falta de consanguíneos, en suficiente número, serán oídos los afines legítimos.

Serán preferidos los descendientes y ascendientes á los colaterales, y entre éstos los de más cercano parentesco.

Los parientes serán citados, y comparecerán á ser oídos, en la forma prescrita por el Código de Procedimientos. (19)

Son *representantes legales* de una persona el padre, madre ó marido bajo cuya potestad vive, su tutor ó curador general; y lo son de las personas jurídicas los designados en el artículo 566. (20)

La ley distingue tres especies de culpa ó descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa ó descuido, sin otra calificación, significa culpa ó descuido leve. Esta especie de culpa se opone á la diligencia ó cuidado ordinario ó mediano.

El que debe administrar un negocio *como un buen padre* de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa ó descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone á la *suma diligencia ó cuidado*.

El *dolo*, consiste en la intención positiva de inferir injuria á la persona ó propiedad de otro; (21) ó con mayor precisión aplicado á los contratos, en toda especie de artificio, maquinación ó astucia de que una parte usa contra otra, para inducir la á la celebración de un contrato, ó para eludir el cumplimiento del que está celebrado.

Se llama *fuerza mayor ó caso fortuito*, el imprevisto á que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público etc. (22)

Caución, significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia ó ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda. (23)

[18]	Art. 42 — Código Civil.
[19]	" 43 — " "
[20]	" 44 — " "
[21]	" 45 — " "
[22]	" 46 — " "
[23]	" 47 — " "

Se dice *presumirse* el hecho que se deduce de ciertos antecedentes ó circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes ó circunstancias, que dan motivo á la presunción, son determinados por la ley, la presunción se llama *legal*.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes ó circunstancias de que lo infiere la ley; á menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes ó circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de *derecho*, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes ó circunstancias. (24)

Todos los plazos de dias, meses ó años de que se haga mención en las leyes ó en los decretos del Presidente de la República, ó de los tribunales ó juzgados, se entenderá que han de ser completos, y correrán además hasta la media noche del último dia del plazo.

El primero y último dia de un plazo de meses ó años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 dias; y el plazo de un año de 365 ó 366 dias según los casos.

Si el mes en que ha de principiari un plazo de meses ó años consistiere de mas dias que el mes en que ha determinado el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los dias en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último dia del plazo será el último dia de este segundo mes.

Se aplicarán estas reglas á las prescripciones, á las calificaciones de edad, y en general á cualesquiera plazos ó términos prescritos en las leyes ó en los actos de las autoridades salvadoreñas; salvo que en las mismas leyes ó actos se disponga expresamente otra cosa. (25)

Cuando se dice que un acto debe ejecutarse *en* ó *dentro* de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último dia del plazo; y cuando se exige que haya trascurrido un espacio de tiempo para que nazcan ó espíren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen ó espiran sinó después de la media noche en que termine el último dia de dicho espacio de tiempo. (26)

En los plazos que se señalaren en las leyes, ó en los decretos del Presidente de la República, ó de los tribunales ó juzgados, se comprenderán aún los dias feriados; á menos que el plazo señalado sea de dias útiles, expresándose así: pues en tal caso no se contarán los feriados. (27)

Las medidas, extensión, peso, duración y cualesquiera otras de que se haga mención en las leyes, ó en los decretos del Presidente de la República, ó de los tribunales ó juzgados, se entenderán siempre según las definiciones legales, y á falta de éstas en el sentido general ó popular, á menos de expresarse otra cosa. (28)

- (24) Art. 48 — Código Civil.
(25) " 49 — " "
(26) " 50 — " "
(27) " 51 — " "
(28) " 52 — " "

LIBRO I.

DE LAS PERSONAS.

TÍTULO 1º

De las personas en cuanto su nacionalidad y domicilio.

CAPITULO I.

De la Nacionalidad.

SUMARIO.

División de las personas — Modos de adquirir la calidad de salvadoreño — Modos de perderla — Derechos civiles concedidos á los extranjeros.

§ 1º

División de las personas.

Persona es todo ser susceptible de derechos y obligaciones.

Las personas son *naturales ó jurídicas*. (1)

Persona natural es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe ó condición. (2)

Persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial ó extrajudicialmente. (3)

Se dividen, por el origen, en naturales y extranjeros.

(1) Art. 55 — Código Civil.

(2) " 56 — " "

(3) " 571 — " "

Son naturales, todas las que con este caracter designa la Constitución y que adelante se refieren.

Son extranjeros los que habiendo nacido fuera del territorio nacional, sean súbditos de otro Gobierno y no hayan adquirido en el Salvador carta de naturaleza.

Pueden dividirse también las personas naturales, por razón de su estado ó condición : en públicas y privadas.

Son personas públicas las que la Constitución reviste de un caracter público, honores ó preeminencias, como el Presidente, los Ministros de Estado ó diplomáticos, los Representantes, los Magistrados, Comandante general, Gobernadores, Jueces, Jurados, &c.

Y privadas las que carecen de tal caracter, y que en razón de su estado ó condición privada, se subdividen también en varón y hembra, mayor ó menor, púber ó impúber, soltero ó casado, padre ó hijo, amo ó sirviente, á las cuales corresponden diversos derechos, de que adelante trataremos respectivamente.

Definida la naturaleza de la persona, se hace preciso examinar los derechos de que ella es capaz.

La primera relación que debe verse en la persona es la que tiene con el suelo que ocupa, ya sea salvadoreña ó extranjera, y el lugar donde tiene su hogar ó el asiento principal de sus negocios, es decir, el domicilio.

La nacionalidad y el domicilio son dos faces bajo que debe verse la relación de la persona con la tierra en que habita.

Expondremos, pues, los modos de adquirir y perder la calidad de salvadoreño, y los derechos que la ley confiere á los extranjeros; del domicilio que se origina de la residencia y el que emana de la simple condición ó estado civil de las personas.

§ 2º

Modos de adquirir la calidad de salvadoreño.

Son *salvadoreños* naturales, según la Constitución del Estado: 1º Todos los nacidos en el territorio del Salvador, excepto los hijos de extranjeros no naturalizados; 2º Los hijos de extranjero con salvadoreña, ó de salvadoreño con extranjera nacidos en el territorio de la República y residentes en ella; 3º Los hijos nacidos en país extranjero de salvadoreños no naturalizados en él y domiciliados en el Salvador. (4)

Son salvadoreños naturalizados los que, conforme á las leyes anteriores, hayan adquirido esta calidad, ó que en lo sucesivo la obtengan según las reglas siguientes: 1ª Los hispano-americanos que se hayan domiciliado en la República sin reservarse expresamente su nacionali-

(4) Art. 5 — Constitución y 57, Código Civil.

dad: y 2ª Los demás extranjeros que obtengan carta de naturaleza de cualquiera autoridad gubernativa. (5)

Según se vé, tres son los modos de adquirir la calidad de salvadoreño: nacimiento, origen y naturalización.

Estos medios constituyen la ciudadanía civil; pues la política exige además otras condiciones en los salvadoreños, como la de ser mayor de veintium años, que sepan leer y escribir ó tengan un modo de vivir independiente, y los individuos de la misma edad que se hallen alistados en las milicias ó en el Ejército de la República. También son ciudadanos los mayores de diez y ocho años que hayan obtenido algún título literario, y los casados aunque no hayan llegado á esa edad. (6)

Todos los demás son extranjeros.

La nacionalidad, pues, reconoce como fundamentos el origen, la naturalización, el domicilio y la residencia comercial.

El hombre pertenece á la tierra en que nace, como el fruto al árbol, según la ley ineludible de la naturaleza sancionada por todas las legislaciones del universo, desde las épocas mas remotas, en consideración al constante amor que el hombre tiene á la tierra donde vió la primera luz.

La legislación española, reconoce este principio, lo mismo que el proyecto primitivo del Código francés, aunque el actual sienta la nueva doctrina de que el nacimiento no basta por sí solo para adquirir la calidad de nacional, que solo el origen confiere *ipso jure*.

Nada extraña es esta doctrina en una nación como la francesa que tiene una población demasiado densa y poca necesidad de aumentarla: pero el Salvador que cuenta con muy escasa población en un territorio relativamente extenso, necesitaria asimilarse todos los elementos posibles y prodigar la ciudadanía, no reconociendo otro vínculo que el del nacimiento, en el caso de que se trata.

Mientras que por el Código francés, el hijo de un extranjero nacido en aquella nación no obtiene la ciudadanía sino cuando en la mayor edad declare su intención de fijar allí su domicilio: según la Constitución chilena no se pierde aquella calidad, sino cuando se renuncia voluntariamente, ó cuando la ley priva de ella á los individuos en clase de pena y en virtud de una sentencia.

La Constitución chilena no se encuentra en esta parte de acuerdo con la nuestra. Y por los motivos expuestos es que talvez no han seguido aquella doctrina varias naciones que han tomado por modelo el Código francés.

La razón en que descansa, de que el hijo de un extranjero que no tiene arraigo en el país, tampoco cuenta con un nuevo lazo que le una á él, no reconoce un fundamento sólido, porque tratándose de un caso excepcional, no debe tenerse como regla para fundar una ley.

La doctrina contraria lleva por base la naturaleza, pues no debe despojarse al hombre del derecho que le da el nacimiento en un lugar, sino por graves motivos y consideraciones de un orden superior.

(5) Art. 6 — Constitución.

(6) „ 7 — „

Nuestra Constitución también reputa nacidos en el Salvador á los nacidos en territorio extranjero, hijos de salvadoreños que no se han naturalizado en él, y á los hispano-americanos que se hayan domiciliado en la República sin reservarse expresamente su nacionalidad; pero en cambio excluye del caracter de salvadoreños á los hijos de extranjero nacidos en el país, cuyos padres no se han naturalizado, siguiendo de esta manera la mente del Código francés.

El origen es otra de las fuentes de naturaleza. Según se ha visto son naturales los hijos nacidos en país extranjero de salvadoreños no naturalizados en él y domiciliados en el Salvador. El origen pues, da *ipso jure* la calidad de salvadoreño, de la misma manera que lo disponen la legislación francesa é inglesa, á diferencia de la chilena que exige la condición de que el nacido en tierra extraña fije su domicilio en Chile.

Según se deja ver, nuestra ley fundamental concede tanto al padre como á la madre el derecho de transmitir la ciudadanía por via de origen á los hijos nacidos en el extranjero, á la manera que lo establece también la Constitución chilena, en atención á que, según la ley civil, la mujer sigue el domicilio, pero no la nacionalidad del esposo. (7)

El Código francés y la legislación española solo dan al padre aquel privilegio, porque la esposa sigue la condición y nacionalidad del marido.

También se adquiere la ciudadanía por el simple domicilio en la República á los hispano-americanos que no se hayan reservado expresamente su nacionalidad. Esta disposición obedece á otras consideraciones: la comunidad de origen, la igualdad de raza, creencias é idioma y la identidad de instituciones que rigen á estos pueblos; lo mismo que el fin de aumentar la población con elementos homogéneos.

Otro de los modos de adquirirla, es la naturalización, la cual se hace constar por carta de naturaleza obtenida de cualquiera autoridad gubernativa ó del Poder Legislativo. (8)

Ninguna regla ni restricción ha establecido la ley salvadoreña que ponga trabas á la inmigración, por el interés decidido que se tiene de obtenerla. La Constitución chilena, á la inversa de la nuestra, establece algunos requisitos para la concesión de cartas de naturaleza referentes á la posición, moralidad, aptitudes é intención de la persona que pretenda naturalizarse; así es que exige al extranjero la posesión de una ciencia, arte ó industria, ó la de un bien raíz ó capital en giro; intención de avocindarse en Chile, declarándola ante la Municipalidad respectiva, y residencia de diez años al soltero; de seis al casado con extranjera y que tenga allí su familia, y de tres al casado con chilena, con el fin de asegurarse de esta manera, de que el solicitante es digno de ser adoptado en la nueva patria, que renuncia su fuero de extranjería y que tiene realmente la intención de radicarse en Chile. Estos requisitos pueden dispensarse por el Congreso y otorgarse por gracia la ciudadanía á extranjeros que hayan prestado servicios importan-

(7) Art. 13 — Constitución.

(8) Art. 66, Inciso 15 y 86, inciso 14, Constitución.

tes en la República. Tal disposición la tomó aquel Estado del derecho público francés.

El ejercicio de los derechos civiles es independiente de la cualidad de ciudadano; por consiguiente, la ley no reconoce diferencia entre el salvadoreño y el extranjero en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código. (9)

En el Salvador, como en Chile, goza el extranjero, *ipso jure*, por la naturalización de los derechos civiles, á diferencia de lo que sucede en Francia, Méjico é Inglaterra, donde se requiere además de aquella, la autorización de residencia otorgada por el gobierno, conocida en la segunda con el nombre *visación*, y en Méjico con el de carta de seguridad.

Pero los derechos políticos solo se adquieren en el Salvador con la carta de ciudadanía, que da á los extranjeros la facultad de elegir y ser electos Diputado y Senador, habiendo gozado durante cinco años de los derechos de ciudadano; y la de poder obtener otros empleos gubernativos y municipales, con excepción de las Secretarías de Estado que están reservadas á los naturales del Salvador y á los centro-americanos, y la Presidencia, que solo pueden servir los salvadoreños de nacimiento.

§ 3º

Modos de perder la calidad de salvadoreño.

Hemos tratado del modo de adquirir la ciudadanía, lo haremos ahora sobre los modos de perderla.

En el Salvador se suspenden los derechos de ciudadano: 1º Por auto motivado de prisión en proceso criminal que no dé lugar á excarcelación garantida: 2º Por ser deudor fraudulento legalmente declarado: 3º Por conducta notoriamente viciada ó vagancia calificada: 4º Por enagenación mental; y 5º Por interdicción judicial. (10)

Pierden aquellos derechos: 1º Los condenados por delitos que no admiten excarcelación garantida: 2º Los que residiendo en la República admitan empleos de otra nación, sin licencia de la autoridad competente; y 3º Los que se naturalicen en país extranjero. (11)

Por lo expuesto se vé que, según nuestra ley fundamental, la pérdida de la ciudadanía puede depender de renuncia voluntaria ó de pena.

La renuncia siempre se funda en una ficción, derivada de la ejecución de actos que impliquen el deseo de servir á otra nación ó de radicarse en ella, porque nunca es dable creer que una persona renuncie expresamente de su patria.

Pero esta presunción se destruye, obteniendo del Congreso ó del Gobierno el permiso respectivo para aceptar empleos ó distinciones de otra nación, (12) ó pidiendo permiso al Presidente de la República pa-

(9) Art. 58 — Código Civil.
(10) „ 8 — Constitución.
(11) „ 9 — „
(12) „ 66 — Inciso 2º y 86, inciso 14, Constitución

ra residir por mas de diez años en país extranjero, como se practica en Chile.

El Código francés señala las mismas causales que inducen la presunción de que un individuo trata de establecerse en país extranjero, sin señalar el tiempo de residencia, y solo reconociendo el ánimo de domiciliarse en otra parte por el hecho de haber fundado un establecimiento permanente, con excepción de los de comercio: pero esto da lugar á errores y á la arbitrariedad del que deba calificar la naturaleza de aquellos, siendo mas racional que la presunción estribe sobre un hecho inequívoco y al alcance de todos, como sucede fijándose un plazo determinado.

Pero cómo la simple ausencia del país natal no es una falta que deba ser castigada, ni puede deducirse de ella, propiamente hablando, la presunción de la renuncia de la patria y de las caras afecciones que nos ligan á ella, menos hoy que los adelantos de la civilización han facilitado tanto los viajes y el deseo de obtener mayor número de conocimientos ó de ampliar la esfera de nuestros negocios: la Constitución salvadoreña no acepta esta presunción, y solo priva de los derechos de ciudadanía á los que por un acto expreso se han despojado de ella, naturalizándose en país extranjero.

Examinaremos ahora el efecto que produce la pérdida de la ciudadanía.

Siendo el ejercicio de los derechos civiles, que nuestro Código otorga igualmente á nacionales y extranjeros, distintos de los políticos, la pérdida de la ciudadanía no lleva consigo la de aquellos derechos, como sucede en la legislación francesa.

La persona que ha perdido la ciudadanía no puede trasmitirla á sus hijos nacidos en país extranjero, con posterioridad á este hecho, pues los que hayan nacido antes teniendo ya el derecho que se deriva de aquel no lo pierden, porque los actos lícitos ó ilícitos del padre no pueden cambiar el estado ó capacidad de los hijos.

La rehabilitación en los derechos de ciudadano, perdidos por actos voluntarios ó por via de pena, tendrá siempre efecto por medio de una resolución del Poder Legislativo. (13)

Esta misma doctrina se encuentra consignada en la ley fundamental chilena y en el Código Civil francés.

§ 4º

Derechos civiles concedidos á los extranjeros.

La ley considera á los extranjeros en sus distintas condiciones ó estados, que pudieran clasificarse del modo siguiente: condición de hombres, familiar ó doméstica, civil, política ó internacional.

Los derechos del hombre son la base en que descansan todas las

(13) Art. 66, inciso 17 — Constitución.

instituciones sociales : las leyes tienden á garantizarlos y á ninguna autoridad le es lícito violarlos. Estos derechos que en otros términos pueden llamarse de personalidad, igualdad, libertad, seguridad, asociación y propiedad, han sido consagrados por todas las legislaciones conocidas y en todos los pueblos civilizados; y refiriéndose á ellos, el derecho romano sentó aquel famoso precepto, que se condensa en estas breves palabras : *vivir honestamente, no dañar á otro, y dar á cada uno lo suyo.*

La personalidad hace al hombre dueño de sus acciones, le deja en libertad de hacer ó no hacer alguna cosa según los impulsos de su propia mente y sus actividades físicas, enaltece su dignidad y le facilita el cumplimiento de su destino.

La igualdad destruye los privilegios de castas, rehabilita la persona y funda la familia, identifica los pueblos y consolida el Estado.

La libertad completa al hombre y le hace el árbitro de sus destinos y único responsable de sus actos que merezcan aprobación ó vituperio.

La seguridad es el primer elemento del orden público y de la felicidad privada, establece el respeto que deben tener los asociados por el bienestar de los demás, y la obligación de abstenerse de todo acto que les perjudique.

La asociación, principal fundamento del Estado que facilita la unión de todos los esfuerzos del hombre para la conservación de sus derechos.

La propiedad, fuente de la vida, que autoriza al hombre para disponer de las cosas que le pertenecen ó del producto de su trabajo, sin mas limitaciones que las establecidas por la ley para el beneficio común.

También se goza en el territorio salvadoreño de los derechos y garantías siguientes :

1º Del reconocimiento de derechos anteriores y superiores á las leyes positivas, teniendo por principio la libertad, la igualdad, la fraternidad, y por base la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público.

2º Todos los habitantes del Salvador tienen derechos incontestables para conservar y defender su vida y su libertad, para adquirir, poseer y disponer de sus bienes y para procurarse la felicidad sin daño de tercero.

3º Todo hombre es libre en la República. No será esclavo el que entre á su territorio, ni ciudadano el que trafique con esclavos.

4º La República es un asilo sagrado para el extranjero que quiera residir en su territorio, menos para los reos de delitos comunes que reclame otra nación, en virtud de tratados vigentes en los que se hubiese estipulado la extradición.

5º Todo habitante en el territorio de la República libre de responsabilidad, puede emigrar á donde le parezca, sin necesidad de pasaporte y volver cuando le convenga. También puede transitar por el territorio de la República sin este requisito, y ninguna persona puede ser compelida á mudar de residencia, sino en virtud de sentencia ejecutoriada.

6º Todo hombre puede libremente expresar, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos, sin previo examen ni censura y con solo

la obligación de responder ante el tribunal del jurado por el abuso de esta libertad.

7º Igualmente pueden reunirse pública y pacíficamente y sin armas para tratar de asuntos de conveniencia general, en la forma que la ley prescriba.

8º Todo habitante de la República tiene el derecho de dirigir sus peticiones á las autoridades constituidas, con tal que sean hechas de una manera decorosa y con arreglo á la ley.

9º No hay confiscaciones, y las autoridades que las impongan responden en todo tiempo con sus personas y bienes á la reparación del daño inferido: y las cosas confiscadas son imprescriptibles.

10º Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, de su honor, ni de su propiedad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo á las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

11º Todo habitante de la República tiene derecho de estar esento de inquisiciones, pesquisas y apremios en su persona, en su familia, en su casa, en sus papeles y sus posesiones. La ley determinará la manera de visitar lugares sospechosos, de registrar casas para comprobar delitos, y de aprehender delincuentes para someterlos á juicio.

12º Ningún individuo es juzgado en otra jurisdicción que en aquella donde se haya cometido el delito, salvo los casos determinados por la ley.

13º Todos los hombres son iguales ante la ley, ya proteja ó castigue: ella garantiza la libertad de conciencia, el libre ejercicio de los cultos y faculta para el matrimonio civil.

14º No hay penas infamantes ó de duración perpetua: la de muerte solo se aplica en casos de asesinato, asalto é incendio si se siguiese muerte, y en los demás que especifica el Código militar, pero nunca en materia política.

15º No hay comisiones ni tribunales especiales para el juzgamiento de hechos verificados con anterioridad á la creación de éstos.

16º Ningún habitante de la República puede ser legalmente detenido, correspondiéndole el derecho de pedir ante los tribunales superiores la exhibición de su persona.

17º La correspondencia epistolar es inviolable, y no podrá interceptarse, abrirse ni revelarse: la que fuere interceptada ó revelada no presta fé en juicio ni fuera de él.

18º La facultad de nombrar árbitros y de transigir en cualquier estado los juicios, es inherente á toda persona.

19º La propiedad es inviolable, pudiendo solamente el Estado por causa de utilidad pública ocuparla, previa indemnización.

20º La propiedad es trasmisible en la forma que determinan las leyes; y se prohíbe toda vinculación.

21º Toda industria es libre, con excepci3n de los artículos que constituyen las rentas del tesoro público.

22º La enseñaanza también es libre, y la primaria es gratuita y obligatoria.

23º Está garantizado el derecho de asociaci3n, y solo se prohíbe

el establecimiento de congregaciones conventuales y toda especie de instituciones monásticas.

24.º Nadie puede ser detenido ni preso, sino en virtud de orden de autoridad competente, librada con arreglo á la ley, y caso de que el delito de que se trata no admita caución.

Para entrar debidamente en el examen de los derechos civiles que la ley concede á los extranjeros, se hace preciso también entrar en el análisis de lo que á este respecto establecía el derecho antiguo, y en segundo lugar, la legislación de los pueblos modernos.

El hombre, en sus relaciones con el Estado, era considerado por el derecho romano en el carácter de *cives* y *peregrini*, los primeros que gozaban del derecho de *connubium* y de *commercium* y los segundos de ninguno: así se vé que el derecho de contraer matrimonio y de comprar y vender, del cual nacen otros, era una concesión exclusiva á ciertas clases, que pueden llamarse privilegiadas; pues las otras, careciendo de toda capacidad de derechos, comprendían á los esclavos y los extranjeros que no tenían con el pueblo romano relaciones de amistad.

Los *peregrini*, que carecían en Roma del *jus civile*, tenían solamente la capacidad del *jus gentium*: de manera que los extranjeros estaban privados de los derechos civiles y eran confundidos con el enemigo, aun por las personas cuya sabiduría les colocaba en un punto mas elevado para hacer justas y exactas apreciaciones, como Cicerón.

Las demás legislaciones de los pueblos que fueron agregándose al imperio romano, daban los derechos civiles á los naturales y naturalizados, por creerlos establecidos para arreglar las relaciones del soberano con sus súbditos y vice-versa; el derecho civil que rige á las naciones y á los nacionales entre sí estaba en sus tratados; y como la tierra la consideraban propiedad del soberano, se prohibía á los extranjeros la posesión de bienes raíces.

De manera que, aunque los extranjeros pertenecientes á las naciones que tenían tratados con Roma, si bien gozaban del derecho de contraer matrimonio y de todos los que de él se siguen, como la patria potestad, el parentesco y la sucesión abintestato, carecían por otra parte de los derechos consiguientes al de propiedad, como la enagenación de los bienes, la usucapión, la reivindicación, la capacidad de testar, de ser heredero, legatario, fideicomisario ó testigo testamentario.

La España, inspirada en las tendencias del antiguo derecho romano, negaba á los extranjeros los derechos civiles, prohibiéndoles la facultad de adquirir bienes raíces, la de transmitir los bienes que poseyesen y recibir donaciones; y confiscaba los bienes muebles de los que abandonaban el territorio, sin otro apoyo que el derecho de *destrucción* que se arrogaba. Estos principios fueron relajados mas tarde en algunos tratados en favor de aquellos extranjeros que casados con españolas fuesen católicos y tuviesen diez años de residencia; prohibiendo, en cambio, la adquisición de bienes raíces y aun mandando expulsar del territorio á los que carecían de aquellas condiciones. A este espíritu de intolerancia debe en mucha parte la España su decadencia: su industria, su agricultura, sus artes y comercio disminuyeron sensiblemente, después de la expulsión de los árabes y moriscos.

El feudalismo con sus infinitas subdivisiones, creando rencores é intereses exclusivos y prodigando demasiado la palabra extranjero, equivalente á la de enemigo, en aquella época de tinieblas, despojaba del derecho de gentes á los extranjeros con la prohibición de adquirir y poseer bienes y de heredar los de los súbditos de otro señor: la persona que pasaba á una diócesis distinta á la de su nacimiento era despojada de sus bienes muebles, por el absurdo derecho de *albinagio* ó *alibi natus*.

Con los avances de la civilización, aquellos principios fueron recibiendo modificaciones, y ya en el siglo XIV los extranjeros adquirieron la capacidad de los actos que se originan del derecho de gentes, pero no de los del derecho civil, realizándose el notable contraste de vivir libre y morir siervo, pues pudiendo adquirir y poseer bienes, les estaba vedado testar. Pero ya á fines del siglo XVII la mayor parte de las potencias europeas abolieron, de una manera absoluta ó por reciprocidad, los derechos de albinagio y de detracción que gravaba en un diez por ciento las sucesiones, reservándose todavía algunas de ellas para los súbditos de aquellos países con quienes no tienen tratados ó no hayan dictado iguales disposiciones.

La ambición y la codicia, sugiriendo una política intolerante y recelosa en las colonias hispano-americanas, hizo retrogradar algún tanto las conquistas del derecho, con la prohibición de que los extranjeros se radicasen ó ejerciesen el comercio, ni adquiriesen propiedades de ninguna especie, sin el real permiso, bajo pena de muerte y confiscación de bienes; quedando excluidos solamente de aquel mandato los clérigos y las mujeres católicas; y sujetos los que obtenían este permiso á los gravosos derechos de albinagio, detracción y *composición*, consistente en la pérdida de una parte del capital impuesta al infractor de aquella prohibición, para que no se ejecutase en él la pena de muerte á que se había hecho acreedor.

El Código napoleónico restablece en parte el derecho de albinagio, suprimido por la Asamblea constituyente, dejando en pie la prohibición de que el extranjero herede por testamento ó abintestato; pero una ley posterior, con el fin de favorecer el comercio y la inmigración, abolió estas restricciones, concediendo á los extranjeros los derechos civiles que se acuerden en los tratados. (*)

Lo mismo sucede en Inglaterra, donde subsiste el derecho de albinagio, y que si se otorga á los extranjeros la posesión de bienes personales, les está vedada la de los raíces y reales ó *chattels reals*.

En Francia no gozan del beneficio de cesión de bienes, pueden ser presos por deudas civiles, y arrestados provisoriamente por una simple orden del presidente de un tribunal á petición de sus acreedores; sin que ellos en cambio puedan pedirla contra sus deudores, ni demandar sino en causas de comercio y policía, previa la fianza de *judicatum solvi* en el último caso; y pudiendo ser requerido, aunque no resida en Francia, ante los tribunales de la nación por obligaciones contraídas con un francés dentro ó fuera del Estado. En Inglaterra tampoco pueden los hijos de extranjero sucederse recíprocamente, ni poseer aquellos bie-

(*) Ordenanza de 1819.

nes reales ó raíces en nombre de un tercero, ni en provecho de otro, ni obtener tierras por fideicomiso; siendo libre la mujer casada con extranjero de disponer de sus bienes y adquirirlos, y aún de comparecer en juicio en su propia representación.

Con el derecho *escheat* la familia feudal hereda al extranjero que no tenga los herederos que las leyes inglesas reconocen; y faltando tenencias feudales, el Estado ocupa el lugar del señor feudal, en virtud de su soberanía, como propietario eminente de todas las tierras y bienes que están bajo su jurisdicción.

Pero el derecho de aubana ó albinagio, ha sido abolido casi por todos los Estados; y Story no vacila en afirmar, que semejante derecho no es hoy reconocido por ninguna de las naciones civilizadas de la tierra.

En Chile se ha dispuesto todo lo contrario, siguiendo un sistema mas liberal y en consonancia con las necesidades de un pueblo naciente que carece de industria y población, á semejanza del Salvador; sienta el principio de que la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero, en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla su Código, estableciendo de esta manera una perfecta armonía entre sus derechos y obligaciones.

El Salvador que, en consonancia con sus instituciones eminentemente democráticas y progresistas, abre las puertas de la patria á los extranjeros y la convierte en un asilo sagrado, facilitándoles la manera de adquirir la naturalización, con el fin de que contribuyan á los progresos del país con su talento, con sus luces, su capital y su experiencia, conciliando de esta manera el bienestar de sus pueblos con las reglas de la justicia; además de reconocer en los extranjeros todas las facultades que se originan del derecho de gentes, les otorga el goce de los derechos civiles, equiparándolos en un todo á los salvadoreños; (14) facultándoles por otra parte la ley política para adquirir bienes raíces en el país con sujeción á las cargas legales generalmente establecidas, y autorizándoles para ocurrir á los tribunales designados por las leyes cuando tengan que deducir algún derecho contra la nación; pero no quita á la mujer salvadoreña, casada con extranjero, su calidad de tal, ni sus bienes quedan eximidos de los impuestos y contribuciones á que están sujetos los de los naturales. (15)

Los extranjeros residentes en el Salvador, están también obligados á obedecer las leyes y á pagar los impuestos ordinarios, lo mismo que los salvadoreños; y en caso de ser indebidamente molestados en sus personas ó intereses, tendrán las mismas garantías que los naturales. (16)

Las personas se dividen, además, en domiciliadas y transeuntes. (17) De esta materia trataremos en el siguiente capítulo.

(14) Art. 58 — Código Civil.

(15) „ 11, 12 y 13 — Constitución.

(16) „ 10 — Constitución.

(17) „ 59 — Código Civil.

CAPITULO II.

Del domicilio.

SUMARIO.

Del domicilio y sus divisiones—Del domicilio en cuanto depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella—Del domicilio en cuanto depende de la condición ó estado civil de la persona.

§ 1°

Del domicilio y sus divisiones.

El domicilio, en cuanto se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones que deben tener lugar ante la autoridad competente, y la necesidad que hay de que la persona tenga un domicilio conocido donde se la presume siempre presente para hacer efectivo el derecho que á ella se refiere, pudiera definirse como lo hace Proudhon, diciendo que es la relación moral entre el hombre y el lugar de su residencia.

Philimore dice, que el domicilio es el lugar donde se tiene el hogar, esto es, una residencia con prueba positiva de querer permanecer allí.

Zachariae lo define expresando, que es la relación jurídica existente entre una persona y el lugar en que esta persona se reputa presente en cuanto al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones, aunque no se encuentre allí en momento dado, ó que ni aún resida en él habitualmente.

Los romanos veían su domicilio en el lugar donde establecían los penates, sus negocios, su industria y del cual no trataban de ausentarse.

Los españoles lo fijaban en el lugar donde uno se halla establecido y vecindado con su mujer, hijos y familia y la mayor parte de sus bienes muebles.

En el Salvador, el domicilio consiste en la residencia acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. (18)

La palabra domicilio se deriva de las voces latinas *domus* y *colu* que significan habitar una casa, así los romanos llamaban *incola* á los moradores á quienes su origen no daba desde luego derecho á la vecindad ó ciudadanía, condición indispensable para las distinciones y puestos públicos.

Se divide el domicilio, también, en permanente y accidental, referente el primero al domicilio propiamente dicho, y que ya hemos definido, y el segundo al lugar de una simple residencia transitoria.

Y también el domicilio es de derecho público y domicilio de derecho privado. El primero se refiere á la capacidad política de los salvado-

(18) Art. 60 — Código Civil.

reños en todo el territorio del Estado, (19) indispensable para obtener la ciudadanía, ejercer el derecho de sufragio y otros que determina el derecho público. El segundo que pudiéramos llamar civil ó de vecindad es el referente á una parte determinada del territorio del Estado; (20) y así es que esta división equivale á la que hace nuestro Código, de domicilio político y civil.

§ 2º

Del domicilio en cuanto depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella.

El lugar donde un individuo está de asiento, ó donde ejerce habitualmente su profesión ú oficio, ó donde ha manifestado á la autoridad municipal su ánimo de permanecer, determina su domicilio civil ó vecindad. (21)

La disposición anterior contiene dos puntos, como se ha visto, el lugar donde se reside, ó donde se ejerce habitualmente la profesión ú oficio; pero el Código francés solo toma en cuenta el lugar donde se tiene el principal establecimiento, expresión muy indeterminada que parece referirse solamente á la propiedad ó negocios de comercio, quedando excluido el hogar doméstico; y aunque sus comentadores la han interpretado latamente, haciéndola extensiva á todo interés aun el moral ó de afección, no son suficientes sus razones para darle perfectibilidad á aquella definición.

Se presume desde luego el ánimo de permanecer y vecindarse en un lugar, por el hecho de vender el individuo las posesiones que tenia en un lugar y comprar otras en otro trasladando á él su residencia; por el de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela ú otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar un cargo concejil, ó empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas. (22)

Algunos publicistas, refiriéndose á la intención que hace presumir la de domiciliarse, dicen que la hay en el casado que lleva su esposa y familia, y el soltero que establece sus negocios, porque no basta la simple intención, sino que ésta debe ir acompañada de hechos corroborativos; y algunos jurisconsultos franceses, refiriéndose á la residencia á que obliga un empleo, opinan que éste debe ser vitalicio para que constituya domicilio. Los romanos á diferencia hoy de los ingleses, señalaban aquella intención con el ejercicio de derechos políticos.

No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere, consiguientemente, domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un

(19) Art. 61 — Código Civil.

(20) " 62 — " "

(21) " 63 — " "

(22) " 65 — " "

individuo por algún tiempo casa propia ó ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, ó por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, ó la del que ejerce una comisión temporal, ó la del que se ocupa en algún tráfico ambulante. (23)

Esta disposición es clara y corrobora lo que la anterior expresa: ella elimina del domicilio á las personas que habitan temporalmente en un lugar sin los vínculos del hogar, á los que tienen una residencia accidental revelada por algunas circunstancias, al viajero ó negociantes de un simple tráfico ambulante, y á los que ejercen una comisión temporal ó empleos que no son de larga duración, porque en la República no existen los vitalicios.

El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria ó forzosamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior. Así, confinado por decreto judicial á un paraje determinado, ó desterrado de la misma manera fuera de la República, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios. (24)

Así se vé, que si para adquirir el domicilio se necesita la permanencia real en un lugar acompañada de la intención y actos manifiestos; para cambiarlo no basta la simple residencia sino que se necesita de iguales actos é intención.

Las leyes españolas reputaban probado este ánimo con el trascurso de diez años en la nueva residencia, ó con la venta de las propiedades que el vecindado tenia en el lugar de su domicilio, y compra de otras en el nuevo, ó si daba fiadores para asegurar que permanecería en él diez años, sujetándose á las cargas ó tributos vecinales.

La ley francesa exige en este caso una doble declaración, la primera ante la municipalidad del lugar que se abandona, y la segunda ante la del lugar del nuevo domicilio; y solo en el caso de que no se hayan hecho las declaraciones referidas deja al juez la apreciación de las circunstancias.

En este punto nuestro Código es demasiado claro, por la especificación que hace tanto en él, como en la manera de constituirse el domicilio, y es por esto que omitimos otras explicaciones.

Los obispos, curas, y otros eclesiásticos, obligados á una residencia determinada, tienen su domicilio en ella, (25) porque esta residencia equivale á un empleo fijo.

Cuando concurren en varias secciones territoriales, con respecto á un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial á una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo. (26) Así por ejemplo si una persona tiene una hacienda en Santa Ana, otra en Santa

(23) Art. 64 — Código Civil.

(24) " 66 — " "

(25) " 67 — " "

(26) " 68 — " "

Tecla y otra en San Vicente, que ella administra y reside periódicamente en ellas, se considera domiciliada ordinariamente en las tres ciudades referidas; y en este concepto, para el cumplimiento de sus obligaciones personales puede ser requerida ante la autoridad de cualquiera de éstas; pero si se trata de acciones reales de aquellas que tienen relación especial con la cosa, como la reivindicación ó deslinde de una de las haciendas, no podría someterse el individuo á la jurisdicción de otro juez que no fuese el del lugar en que está situado el inmueble á que se refiere la acción. Esta regla está tomada del derecho romano que se basaba en los dos hechos capitales, *larum atque rerum*.

Pero hay casos en que no debe considerarse que el individuo tiene varios domicilios, aunque resida en otro distinto del que la ley reconoce, porque ésta misma marca el verdadero cuando se trata de contestar la demanda: así es, que si una persona hubiese mudado de domicilio después de celebrado un contrato y contraído una obligación, se entiende que el primero es el lugar en que puede ser reconvenida para cumplirla; y si una mujer casada tiene un domicilio especial distinto del que tiene el marido, debe ser reconvenida para el cumplimiento de sus obligaciones en este último: en virtud de la excepción á la regla general que en estos casos marca la ley.

Se podrá también establecer, de común acuerdo, en un contrato el domicilio civil especial para los actos judiciales ó extrajudiciales á que diere lugar el mismo contrato. (27) Esta excepción de la regla, como la anterior, que constituye el domicilio ficticio, en contraposición al ordinario que se llama real, es muy lícita y razonable porque el derecho puede ser renunciado y modificado algunas veces por la voluntad ó convención de las partes, á la cual da fuerza y presta su apoyo la ley en el presente caso.

La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte. (28) Esta disposición que convierte en real el domicilio aparente ó transitorio de una persona, se hace indispensable á la conveniencia pública y privada para señalar el lugar fijo donde debe suponerse siempre presente aquella y donde se verifiquen el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.

Hay además otra clase de domicilio que se conoce con el nombre de parroquial, municipal, de distrito ó relativo á cualquiera otra sección del territorio, y que se determina principalmente por las leyes y ordenanzas que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración en las respectivas parroquias, comunidades, distritos, &c., y se adquiere ó pierde conforme á dichas leyes ú ordenanzas. A falta de disposiciones especiales en dichas leyes ú ordenanzas, se adquiere ó pierde según las reglas de este título. (29)

(27) Art. 70 — Código Civil.

(28) " 69 — " "

(29) " 71 — " "

§ 3º :

Del domicilio en cuanto depende de la condición ó estado civil de la persona.

Entrando la voluntad como un elemento indispensable para la determinación del domicilio, como lo dice Locré, y siendo esencial que esta voluntad emane de personas aptas para su propia representación, capaces de ejercer por sí mismas sus derechos y obligaciones civiles, sin sujeción á otras, por ser *sui juris*: aquellas que carezcan de estas facultades seguirán el domicilio de la persona principal de que dependen.

Así, la mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido, mientras éste reside en el Salvador; (30) pues en caso contrario, como la mujer sale del poder del marido, constituye separadamente su domicilio como cualquiera otra persona.

En esta parte el derecho moderno abarca sin alteración alguna los principios consignados en la jurisprudencia romana.

El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio de la persona bajo cuya potestad vive, y el que se halla bajo tutela ó curaduría el de su tutor ó curador. (31)

Además de las razones esplanadas anteriormente, milita en el presente caso la que se refiere á la necesidad en que están los menores ó los pupilos de residir en el mismo lugar en que se hallan las personas encargadas de su cuidado individual y de la administración de sus bienes.

El domicilio de una persona será también el de sus criados y dependientes que residan en la misma casa que ella; sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos precedentes. (32)

Esto es, que los criados y dependientes no reconocen otro domicilio que el del patrón á quien sirven, porque obligados á residir en su casa fijan allí su hogar y sus negocios, *larum rerumque*, y revelan con este hecho la intención de fijar en el mismo punto su domicilio.

(30) Art. 72 — Código Civil.

(31) " 73 — " "

(32) " 74 — " "

TÍTULO 2º

Del principio y fin de la existencia de las personas.

CAPITULO I.

Del principio de la existencia de las personas.

SUMARIO.

Protección que la ley dá al que está por nacer — Momento en que principia la existencia — Tiempo legal del nacimiento — Cómputo del tiempo — Presunción de prioridad en el nacimiento de dos personas — Momento en que la criatura comienza á gozar de sus derechos.

§ 1º

Protección que la ley dá al que está por nacer.

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia tomará, á petición de cualquiera persona ó de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. (1)

Por esto es que la ley romana, española y chilena prohíbe todo castigo de la madre por el cual pudiera peligrar la vida ó la salud de la criatura que tiene en su seno, debiendo diferirse hasta después del nacimiento. Pero como estas precauciones son mas propias para ser consignadas en una ordenanza ó reglamento de policía, aunque el nacimiento sea la fuente de los derechos consiguientes á él, y la ley civil vele por el cumplimiento de esos derechos, el Código no consigna esta última disposición.

§ 2º

Momento en que principia la existencia.

Como de este suceso depende la capacidad de los derechos, se hace preciso examinar cuando comienza la existencia legal de las personas.

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, ó que perece antes de estar completamente separada de su madre, ó que no haya sobrevi-

(1) Art. 76 — Código Civil.

vido á la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. (2)

Siendo la vida el espacio de tiempo comprendido entre el nacimiento y la muerte de una persona, y dependiendo de ella el bienestar de las familias y la trasmisión de las herencias, con los demás derechos que van anexos á ella, se hace preciso examinar con atención este punto tan sustancial y señalar las diferencias que el derecho antiguo y moderno consignan.

La ley 13 de Toro exigía, que para que la criatura se reputara nacida ó viable, debían concurrir tres circunstancias: haber nacido toda viva, recibido el bautismo y durado veinticuatro horas; pero nuestro derecho, siguiendo al romano y al francés, ha desatendido aquellas indicaciones por ser inconexas é inexactas, pues la palabra *vía*, derivada de *viabilidad*, expresa en medicina la posibilidad de recorrer las diferentes fases de la vida humana, así es que el feto que separado del vientre presenta la aptitud para vivir independientemente se reputa viable, aunque la muerte sobrevenga después de su separación: la ley debe reconocer su existencia, aunque algunos miembros que no son esenciales al principio vital aparezcan irregulares ó muertos, porque el nacido puede existir físicamente, no debiendo atenderse en este caso á la mayor ó menor duración.

Menos atendible es el requisito del bautismo, hecho enteramente extraño á la existencia y á la capacidad civil de las personas, hoy que nuestra Constitución concede todos los derechos civiles á los extranjeros, agena á los errores y espíritu de intolerancia que los españoles abrigaban contra los moros y judíos; y que, por otra parte, separa la Iglesia del Estado.

Como la viabilidad debe ser declarada por facultativos, sin atender simplemente á la separación completa de la criatura del vientre de la madre, ni al tiempo legal de su nacimiento, en virtud del examen de los órganos del nacido para ver si tienen la perfección necesaria para prolongar la vida ultra-uterina: no entraremos en esta materia demasiado prolija, de que se ocupa la medicina legal y varios autores, consignando apenas las explicaciones de uno de ellos, encaminadas á dar á conocer cuándo una criatura nace viable.

Es viable un feto cuando está completamente desarrollado para mover sus miembros, y los mueve realmente; cuando grita y respira con libertad; cuando su cabeza está cubierta ó empieza á cubrirse de cabellos; cuando su piel deja de ser trasparente, se cubre de bello y es tapizada su superficie por un engrudo viscoso; cuando los huesos del cráneo se tocan por la mayor parte de sus bordes y las suturas y fontanelas se estrechan; cuando escrete su meconio y sus orinas; cuando las relaciones y dimensiones de las diversas partes de su cuerpo no se apartan demasiado de lo que se observa habitualmente en el término natural.

(2) Art. 75 — Código Civil,

§ 3º

Tiempo legal del nacimiento.

El tiempo legal de la gestación se determina por el de la concepción, y no por el del nacimiento, porque el hijo nacido después de la muerte del padre ó de la disolución del matrimonio, se reputaría ilegítimo; pero como el momento preciso de la concepción no puede ser conocido, la ley establece la regla de que se parta del nacimiento, hecho conocido, al de la concepción, contando los días que han mediado de aquel á ésta.

Así es que, de la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente :

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no mas que trescientos, contados hácia atrás desde la media noche en que principie el día del nacimiento. (3)

Todas las legislaciones han adoptado, mas ó menos, estos mismos términos, con excepción de la de Noruega, donde la gestación máxima es de nueve meses diez días y la mínima de siete meses siete días, y la de Turquía, donde la máxima es de catorce meses y la mínima de seis; aunque la mayor ó menor prontitud de los partos depende de la naturaleza de los climas, y varía según las latitudes: así, la precocidad del nacimiento en Europa, que allá constituye un fenómeno, en la América acontece frecuentemente.

Hipócrates y otros médicos de la antigüedad opinaron, que el feto es mas viable á los siete meses que á los ocho; siendo esta última afirmación de ningún fundamento.

Según la ley romana, llegaron á declararse legítimos los partos acaecidos dentro los once meses, como lo hicieron los emperadores Adriano y Justiniano en la Novela 39.

Ha habido tribunales que han declarado legítimo un parto de doce meses, apoyados en el dictamen de notables médicos.

Heister habla de una mujer que alumbró á los trece meses. Velpéau reconoció un niño que á los cinco meses doce días dió á luz una joven en un hospital de París, el año de 1825, con el peso de una libra y un cuarto, al cual no prestó la atención debida, por creer que su vida no se prolongaría á pesar de sus movimientos y bostezos.

Brousset habla de otro que nació el quinto mes, en 1748; y que vivió hasta nueve meses sin mamar, ni hacer otro movimiento que el preciso para deglutir algunas gotas de leche: pero que á los diez y seis meses era mas fuerte y robusto que lo que son los niños de esa edad; lo mismo que Julio Molée de que nos habla Millot.

Pero Chaussier y Orfila opinan, que no obstante los acontecimientos

(3) Art. 77 — Código Civil.

tos referidos, ellos no demuestran que el feto sea viable antes del séptimo mes.

Para fijar esta regla en el Código francés, el Consejo de Estado pidió al sabio naturalista Toureroy datos sobre la época del nacimiento humano, quien fundándose en la autoridad de Zachias y Hoker sentó la conclusión, de que la fijación de 186 días para los nacimientos acelerados y de 286 para los tardíos, se encuentra completamente de acuerdo con la opinión de la parte mas ilustrada y mas sábia de los físicos, de los naturalistas y de los jurisconsultos; pero los redactores del Código, guiados por el espíritu de la legislación romana, adoptaron un término mas favorable á la legitimidad del hijo: 180 para los acelerados y 300 para los tardíos; como lo sienta nuestro Código, quedando de esta manera alejados la arbitrariedad y los escándalos á que daban lugar los juicios sobre la legitimidad de los hijos.

§ 4º

Cómputo del tiempo.

El cómputo del tiempo de embarazo, lo hace nuestro Código por dias y de momento á momento, y no por meses, combinando el tiempo de tal manera que se cuenten las horas, en que es presumible la concepción y se excluyan aquellas en que no es presumible, estableciendo de esta manera un sistema mas en armonía con la razón, y en el que se mide con mas exactitud el tiempo que emplea la naturaleza en su obra generadora.

Las legislaciones romana y española tienen por legítimo el nacimiento acaecido en el séptimo mes; la española cuenta seis meses y un dia mas, y la romana seis meses y dos dias mas del séptimo. Así, es legítimo el nacimiento de una criatura acaecido el 24 de diciembre de 1882 de un matrimonio efectuado el 22 de junio del mismo año, por reputarse legítimo el parto en razón de ser la gestación de seis meses dos dias, término comprendido en ambas legislaciones para la gestación mínima.

En la máxima, consideran ilegítimo el parto acaecido un dia después del décimo mes de la disolución del matrimonio. Así, reputan ilegítima á la criatura nacida el 24 de diciembre de 1882 de un matrimonio que, por la muerte del padre, quedó disuelto el 23 de febrero del mismo año, por haber acaecido aquel un dia después del décimo mes.

El Código francés, no reconociendo otros términos, que el de diez meses en la gestación máxima y seis meses en la mínima, sin expresar que deben contarse de momento á momento ó por dias, ha dado origen á muchas cuestiones entre sus comentadores, quienes, divididos en la manera de hacer el cómputo, han adoptado diversos sistemas, sin partir siempre de base fija, dando lugar así á que falsée la previsión de la ley en un punto trascendental como éste para el buen régimen de la sociedad y de la familia.

He aquí la computación de los comentadores franceses, quienes toman por base 180 días para la gestación mínima y 300 días para la máxima.

Primer sistema. El 28 de junio de 1882 á las doce del día, se celebró un matrimonio, y la mujer dió á luz un hijo el 24 de diciembre del mismo año á las doce del día. Este hijo es legítimo porque en la gestación mínima, en este sistema, se comprende todo el día de la celebración del matrimonio y todo el día del nacimiento del hijo. De manera que el embarazo solo ha durado 179 días cabales; y como se han tomado por días completos las doce horas del primero y último, resulta falseada la intención de la ley.

El 31 de marzo de 1882 se disolvió un matrimonio, y la mujer dió á luz un hijo el 24 de diciembre del mismo año. Este nacimiento es legítimo, porque la gestación máxima, según el primer sistema francés, excluye el día de la disolución del matrimonio y cuenta íntegro el día del nacimiento, resultando que el embarazo no ha durado mas que 299 días: pues no tiene otro objeto que favorecer la legitimidad del hijo, al dar un día mas en la mínima y quitarlo en la máxima.

En el segundo sistema se cuenta el día de la celebración del matrimonio en la mínima, y el de la disolución en la máxima, y entero el día del nacimiento en ambas; resultando 301 días en la gestación máxima, en contravención á lo dispuesto por la ley.

En el tercer sistema se excluye el día de la celebración del matrimonio en la mínima, y el de la disolución en la máxima; exigiéndose solamente 299 días para la máxima y 179 para la gestación mínima, cuya interpretación no es conforme á la mente de la ley.

Pero el Código francés en su artículo 312, no cuenta como sus comentadores por días, dando á la gestación mínima el término de seis meses y de diez á la máxima.

Nuestro Código, á semejanza del chileno, como se ha visto, computa en 300 días la gestación máxima y en 180 la mínima, y contando de momento á momento el tiempo de las dos gestaciones, no da lugar á duda ni á interpretación alguna.

En la mínima cuenta una parte del día del nacimiento y otro del día de la celebración del matrimonio, componiendo ambas un día completo: se cuenta la mitad del día del matrimonio, porque en las doce horas que restan de ese día ha sido posible la concepción.

En la gestación máxima cuenta entero el día del nacimiento desde su media noche y excluye el de la disolución del matrimonio, porque en éste no es presumible la concepción.

Así, en la gestación mínima, según nuestra legislación, una criatura nacida el 24 de diciembre de 1882 á las doce del día, de un matrimonio celebrado á la misma hora el 27 de junio del mismo año, es legítimo, según la siguiente demostración : —

23	días	12 horas del mes de diciembre	1882
30	„	„ „ noviembre	„
31	„	„ „ octubre	„
30	„	„ „ setiembre	„
31	„	„ „ agosto	„
31	„	„ „ julio	„
4	con las	12 horas del mes de junio	„

180

En la gestación máxima es legítimo un hijo nacido el 24 de diciembre de 1882 á las doce del día, de un matrimonio disuelto á las doce del día del 26 de febrero del mismo año, según la demostración siguiente :

23	días del mes de diciembre de	1882
30	„ „ noviembre	„
31	„ „ octubre	„
30	„ „ setiembre	„
31	„ „ agosto	„
31	„ „ julio	„
30	„ „ junio	„
31	„ „ mayo	„
30	„ „ abril	„
31	„ „ marzo	„
2	„ „ febrero	„

300

Si el cómputo se hace por meses, según el artículo 312 del Código napoleónico, la gestación mínima, del ejemplo que hemos venido proponiendo, alcanzaría hasta el 24 de junio y la máxima, hasta el 24 de febrero, dando la primera 183 días, y 303 la segunda.

De lo que se deduce, que por no computar la ley francesa, de momento á momento, el tiempo del embarazo, dá lugar á errores sustanciales en la computación, que no se encuentran en la nuestra.

§ 5º

Presunción de prioridad en el nacimiento de dos personas.

Cuando de un parto naciesen dos personas, y no pudiese saberse cuál de ellas nació primero, se procederá como si las dos hubiesen nacido á un tiempo. (4)

Esta disposición viene á destruir la absurdidad de las presunciones que el derecho antiguo habia creado, dando la preferencia en este caso al varón, si lo habia, sobre la mujer, cuando ambos eran el producto

(4) Art. 79 — Código Civil.

del mismo acto, y en caso de duda debiera nivelarlas el derecho, como queda establecido.

§ 6º

Momento en que la criatura comienza á gozar de sus derechos.

Como de la existencia legal de toda persona se derivan varios derechos, y aquella principia al nacer, esto es al separarse completamente la criatura de su madre; y la ley reputa, por otra parte, no haber nacido ni existido jamás la que muere en el vientre materno, ó que perece antes de estar completamente separada de su madre, ó que no haya sobrevivido á la separación un momento siquiera, nuestro Código establece: que los derechos que se deferirían á la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe — y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién-nacido en el goce de dichos derechos como si hubiese existido al tiempo en que se defrieron. En el caso del artículo 75, inciso 2º, pasarán estos derechos á otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido. (5)

Esta disposición es clara, y aunque se trate de derechos que la ley crea con anterioridad, no gozará de ellos la criatura sinó en el instante en que la ley la reputa nacida, y mientras esto se verifica, la misma ley dá por supuesto que no ha existido.

CAPITULO III.

Fin de la existencia de las personas.

SUMARIO.

Causas por qué termina la existencia legal de las personas — Muerte natural — Muerte presunta — Muerte civil.

§ 1º

Causas por qué termina la existencia legal de las personas.

La existencia legal de las personas termina por la muerte natural, por la muerte presunta, ó por la muerte civil.

Aunque esta última causa, referente á la profesión monástica no existe en el Salvador, no obstante que el Código Civil la consigna indebidamente, porque refiriéndose sus disposiciones á este territorio exclu-

(5) Art. 78 — Código Civil.

sivamente, y estando abolidos aquí los conventos y prohibida la vida regular ó monástica por las leyes federales, cuya disposición han venido sosteniendo las leyes fundamentales del país, como lo hace la actual Carta constitutiva en su artículo 40, que prohíbe el establecimiento de congregaciones conventuales y de toda especie de instituciones monásticas, no debiera aparecer en la presente definición; pero por estar consignada en la ley civil, á imitación de lo dispuesto en el Código chileno en cuyo país existen los institutos monásticos, la explicaremos.

§ 2º

Muerte natural.

La persona termina con la muerte natural. (6)

Como esta causa extingue por completo la personalidad humana, quita al hombre todos sus derechos, bienes, acciones y obligaciones, y los traspassa á sus herederos, y hace que cesen con él todos los derechos y obligaciones que son puramente personales del difunto.

Así es que terminan con la muerte natural, el matrimonio y la sociedad conyugal, los derechos de usufructo, uso, habitación y alimentos de que gozaba el difunto, la patria potestad, el contrato de arrendamiento para la construcción de una obra material, la sociedad, el mandato, el comodato y las donaciones ó prestaciones periódicas instituidas en su favor.

Porque estos derechos y obligaciones son inherentes á la persona misma, y no son transmisibles como los demás.

La muerte natural ó civil debe entenderse siempre acaecida en el lugar del último domicilio del difunto, para los efectos de la sucesión.

Pero, como puede suscitarse la duda sobre la prelación de la muerte entre dos personas que han perecido en un mismo acontecimiento ó siniestro, como en naufragio, incendio, ruina ó batalla, ó por otra causa cualquiera que no dé lugar á saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos; nuestro Código apartándose de la legislación española y la francesa, y siguiendo la mente de la romana á semejanza del chileno, establece: que si por haber perecido dos ó mas personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina ó batalla, ó por otra causa cualquiera, no pudiese saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todo caso como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido á las otras. (7)

Esta disposición es mas filosófica y mas conforme á la razón que las otras de las legislaciones anteriores. Más filosófica, porque no hace depender de una simple presunción los derechos y talvez la felicidad ó la desgracia de una persona ó de una familia. Más conforme á

(6) Art. 80 — Código Civil.

(7) „ 81 — „ „

la razón, porque aquellas legislaciones presumen muerto primero al menos fuerte, en virtud de su sexo ó edad, cuando en una catástrofe no es la debilidad sinó el acaso lo que decide de la prioridad de la muerte.

§ 3º

Muerte presunta.

Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van á expresarse. (8)

La muerte presunta, tan esencial para que no permanezcan por mucho tiempo en suspenso los derechos de los sucesores, y en descuido los bienes por cuya conservación vela la ley, en pró de la sociedad y la familia, era desconocida por el derecho anterior, que apenas reglaba la ausencia, porque el desaparecimiento era muy raro en los pueblos antiguos, por lo estrecho de su tráfico mercantil y lo reducido de sus comunicaciones.

Mas al presente, que todas las partes del globo son conocidas, que las relaciones comerciales y políticas son constantes entre todas las naciones, que la civilización se ha extendido sobre toda la faz de la tierra, y las noticias se reciben con mas prontitud y certeza de todas partes, por la mayor facilidad del transporte marítimo y terrestre; y en que el ensanche de los negocios, las revoluciones sociales y políticas, y el pauperismo han hecho necesaria la emigración y los viajes, los casos de desaparecimiento son mas frecuentes.

Por eso es que en Europa, la Prusia fué la primera que reglamentó la posesión de los bienes por el desaparecimiento de su dueño; aunque con mas perfección lo hizo después el Código napoléonico que ha servido de norma á todas las legislaciones modernas.

El nuestro, á imitación del chileno, ha adoptado esta materia con algunas modificaciones, desarrolladas con bastante discreción y acierto, declarando muerto al ausente en determinados períodos, ya con el fin de dar la posesión provisoria de los bienes á los herederos, ó ya para darlos definitivamente; á diferencia del francés que siempre considera ausente al desaparecido, aun en los casos de la apertura de su testamento para dar cumplimiento á su última voluntad.

Varios son los puntos á que debe atenderse en esta materia para su mayor claridad: la presunción de muerte, su declaratoria, los requisitos que deben llenarse, las personas que lo pidan y las que intervienen en ellos, la autoridad que sea competente y la publicidad de estos actos.

Es una necesidad apremiante para la conservación de los bienes y para los intereses de los sucesores, como lo hemos dicho, la que ha introducido esta reforma en la moderna legislación. Una persona se ausenta de la patria por algún tiempo, mantiene comunicaciones con sus

(8) Art. 82 — Código Civil.

deudos y amigos : mas de repente cesan éstas, se ignora su paradero, se duda de su existencia, porque en privado, por todos los medios posibles, se han recabado los datos referentes á ella, y la alarma se apodera del ánimo de los suyos. Han trascurrido cuatro años desde las últimas noticias, y es natural que sus parientes procuren investigar sobre la existencia de aquella; y para que esta información, que se refiere á la existencia ó no existencia del desaparecido, ponga á cubierto sus derechos, no sea una simple investigación, sinó una información en juicio contradictorio, para que pueda recaer en ella una resolución del Juez competente; porque la presunción de muerte debe declararse á petición de cualquiera parte interesada en ella, por el Juez de 1.^a instancia del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Salvador; justificándose previamente: que se ignora el paradero del desaparecido: que se han hecho en vano las posibles diligencias para averiguarlo; y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han trascurrido cuatro años. (9)

Pero, el Juez debe también, por su parte, practicar las investigaciones debidas sobre la existencia del desaparecido, no ateniéndose siempre á las que, en la prueba, asegura el interesado ha hecho; y dar á esta investigación tal publicidad que llegue á noticia del ausente, caso de encontrarse en los lugares mas apartados de los centros populosos ó ciudades principales.

Como una garantía para el ausente, y para que de la contención se desprenda mayor luz, intervendrá en la investigación un defensor nombrado por el Juez, y ésta se practica en el último domicilio del desaparecido y no en el lugar donde están situados sus bienes, porque tratándose de averiguar la existencia de la persona, es en el lugar del domicilio donde se pueden mas facilmente tener noticias á ese respecto.

Así es que, se citará al desaparecido por tres veces en el periódico oficial, corriendo cuatro meses entre cada dos citaciones. (10)

Para proceder á la declaración se oirá á un defensor nombrado por el Juez; y éste, á petición de aquel, de cualquier interesado, ó de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, sinó las estimare satisfactorias, las mas que convengan, según las circunstancias. (11)

Hechas las citaciones debidas, y concluida que sea la información, á petición de la parte interesada se hará la declaración de presunción de muerte, cuatro meses después de la última citación, en virtud del resultado de las pruebas producidas, si aun no hubiese aparecido ó no se tuviese noticias del ausente; fijando el Juez en la sentencia, como dia presuntivo de la muerte, el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias; y concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. (12)

El tiempo trascurrido desde los últimas noticias del desaparecido

(9) Art. 83 — Número 1.^o del Código Civil.
(10) " " — " 2 " " "
(11) " " — " 3 " " "
(12) " " — " 4 y 5 " " "

hasta la posesión provisoria de sus bienes, cinco años, atendiendo á la facilidad y prontitud de las comunicaciones actuales, en que los ferrocarriles y los telégrafos aproximan las naciones, y en que las líneas de vapores y los veleros y aun el cable que se sumerge bajo las ondas, unen los continentes: es mas que suficiente para la investigación de la existencia de las personas.

La sentencia fija como dia presuntivo de la muerte, para los efectos de la sucesión, el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias, porque en la incertidumbre del hecho, debe ocurrirse á un cálculo aproximado, tomando el término medio, de los cuatro años fijados para comenzar la información.

La resolución aludida, entraña no solamente la importancia legal de una presunción de muerte, sinó que también se hace extensiva á la trasmisión provisoria de los bienes del desaparecido á sus herederos; sin atender á que el ausente no haya dejado procurador constituido, como se dispone en el Código francés.

En este punto, nuestro Código se ha separado completamente del chileno, que mira el desaparecimiento como mera ausencia, y solo concede la posesión provisoria de los bienes diez años después de la fecha de las últimas noticias que se han tenido del desaparecido, concretándose á declarar la incertidumbre de la existencia de éste, y mandando que sus bienes sean administrados por sus representantes legales, á imitación de lo que prescribe el Código prusiano.

Como mayor garantía otorgada al desaparecido y sus sucesores, la ley manda publicar en tres números consecutivos del periódico oficial la sentencia definitiva. (13)

Pero como la posesión provisoria no dá al heredero todo el interés y cuidado que debiera tener, para evitar la estagnación de la propiedad, cultivar los campos é incrementar los bienes raíces, y para alejar la depreciación ó deterioro de los bienes muebles, por no considerarlos aun de su exclusiva propiedad; la ley apresura el tiempo de la posesión definitiva en aquellos casos en que una presunción mas poderosa y casi vehemente, viene á inspirarnos la certeza de la muerte del desaparecido, disponiendo: que si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, ó naufragó la embarcación en que navegaba, ó le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido mas de ella, y han trascurrido desde entonces cuatro años, y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el Juez como dia presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio ó peligro: ó no siendo enteramente determinado ese dia, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. (14)

También concederá el Juez la posesión definitiva, en lugar de la provisoria, si cumplidos los cuatro años que se refieren en la condición

(13) Art. 83 — Número 6 del Código Civil.

(14) " " — " 7 " "

primera del artículo anterior, se probare que han trascurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo concederla, trascurridos que sean veinte años desde la fecha de las últimas noticias, ó quince desde la fecha en que se dió la posesión provisoria; cualquiera que fuese á la espiración de dichos plazos, la edad del desaparecido, si viviese. (15)

La presunción que se origina de un hecho que tiene relación con la persona del desaparecido, como el naufragio, la herida grave ú otro siniestro, y la edad de ochenta años. en que es presumible su muerte, lleva siempre como base los cuatro años trascurridos desde el día en que se tuvieron las últimas noticias de éste. Pero, cuando se trata del lapso de veinte años, ó quince desde la fecha en que se dió la posesión provisoria, que equivale á aquel mismo término, debe partirse del día en que se tuvieron las últimas noticias, porque este lapso de tiempo, por sí mismo, hace que la presunción de muerte se cambie en casi certidumbre; porque la presunción ya no parte solamente de un hecho negativo, como es la falta de noticias, ni de un hecho positivo referente á la persona como la edad ó la catástrofe, que pudieran no haber finalizado la vida del desaparecido; sinó del trascurso de un tiempo tan dilatado, en que es imposible que la persona, cuyo paradero se ignora, no haya dejado de existir; porque, de otra manera, ya se hubieran obtenido noticias acerca del lugar de su residencia, ó por lo menos, debe creerse que ella haya querido abandonar los derechos que la ligaban á su patria ó domicilio anterior.

Nuestro Código, en este último término, se ha separado con muy fundada razón del chileno, que señalaba treinta años, á semejanza del francés, porque los adelantos modernos y los estímulos con que la ciencia y el comercio aguijonean hoy el espíritu humano, hasta para las repetidas escurciones á los polos y centro del Continente africano, han hecho las comunicaciones con todos los puntos del planeta mas frecuentes y rápidas.

También se ha atendido en él á la mayor probabilidad, y no á la posibilidad, como lo hacia el derecho romano y el francés, señalando la edad de ochenta años, y no la de cien para la presunción de muerte que requiere la posesión definitiva de los bienes, porque según las estadísticas de mortalidad modernas, de cada mil personas apenas una llega á cien años; siendo de sesenta años comunmente la mayor edad en estas latitudes. Con mucho juicio, pues, se ha adoptado la edad de ochenta años como término medio.

Durante todo el tiempo que trascurra desde el día en que se tuvieron las últimas noticias del desaparecido, hasta que recaiga una resolución, esto es, cinco años, que median entre aquel día y la posesión provisoria de sus bienes ó la definitiva, cuando aquella no preceda á ésta; la ley atiende mas al interés del desaparecido que al de sus sucesores, porque mira el desaparecimiento como mera ausencia, y hace cuidar de sus bienes, en simple administración, por los apoderados que haya dejado aquel, ó

(15) Art. 84 — Código Civil.

por sus representantes legales, según se verá en la parte correspondiente. (16)

El segundo período, que comienza con la declaratoria de presunción de muerte del desaparecido y con la posesión provisoria de sus bienes dada á los sucesores, envuelve resultados mas trascendentales, porque se consideran en él mas los intereses de éstos, en razón de que las probabilidades de la existencia de aquel disminuyen, al paso que las de la muerte aumentan.

En virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido: se procederá á la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno: y se dará la posesión provisoria á los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformidad á lo prevenido para igual caso en el libro 3^o, título de la apertura de la sucesión. (17)

Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido, los testamentarios ó legítimos que lo eran á la fecha de la muerte presunta.

El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, tales cuales eran á la fecha de la muerte presunta. (18)

Esta resolución, pues, como se ha dicho, envuelve consecuencias muy trascendentales que afectan el estado ó capacidad de las personas, y cambia el dominio de las cosas.

Ella pone término á la administración de los bienes del ausente y á todos sus inconvenientes, porque únicamente son bien manejadas las cosas por personas que tienen para ellas el esmerado interés y el afecto que solo dán la sucesión y el dominio.

Queda disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido, esto es, todo lo que se refiere á la comunidad de los bienes, pero de ningún modo al vínculo matrimonial, que queda disuelto según el Código francés, pero no por el nuestro, por no ser bastante la muerte presunta, sinó solo la natural para romper aquel sagrado lazo; y se dá guardador á los hijos menores del desaparecido, si los hubiese y careciesen de tutor legítimo.

Se abre y publica el testamento que hubiese dejado el desaparecido, porque, presumiéndose muerto, debe darse cumplimiento á su última voluntad; entendiéndose abierta la sucesión en el dia que el decreto señala, á favor de sus herederos presuntivos, que lo son, los testamentarios ó legítimos á la fecha de la muerte presunta: y entrarán éstos en la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, derechos y acciones, tales cuales eran á la fecha en que se supone acaeció la muerte, según el decreto judicial; salvo prueba en contrario, que rinda el interesado sobre la fecha verdadera del fallecimiento.

El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que

(16) Art. 85 — Código Civil.

(17) „ 86 — „ „

(18) „ 87 — „ „

el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado á probar que éste ha muerto verdaderamente en esa fecha: y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes.

Y por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes ó después de esa fecha, estará obligado á probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase á otros, ni exigirles responsabilidad alguna. (19)

Federico instituye heredero á Carlos, y en su defecto á Alberto. El desaparecido Carlos ha muerto presuntivamente el 1º de enero de 1882. La sucesión de Federico se abre el 1º de enero de 1883. El sustituto Alberto no tiene necesidad de probar que Carlos era entonces muerto: le basta la presentación del decreto judicial que ha fijado el 1º de enero de 1882, como la fecha presuntiva de la muerte de la persona que él sustituye.

Pero si Carlos, como se ha dicho, se presume muerto el 1º de enero de 1882 y la sucesión de Federico se abrió el 31 de julio de 1881, el sustituto Alberto no podrá pedir, por falta de Carlos, la herencia de Federico, sino probare que Carlos ha muerto antes que éste.

La razón del primer caso estriba, en que al tiempo de abrirse la sucesión de Federico, ya se presume muerto Carlos, y por consiguiente, como único heredero existente, á quien pretende instituir Federico, el sustituto Alberto.

Pero en el segundo caso, abierta antes la sucesión de Federico en favor de Carlos, principal asignatario según la voluntad del primero, necesita Alberto para poder heredar á Federico probar que Carlos, á quien él sustituye, murió antes que Federico.

Según el Código francés, todo el que reclama un derecho que dependa de la muerte ó de la vida del ausente, está obligado á probar que realmente vive, ó que efectivamente ha muerto; porque no reconoce la presunción de muerte, y solo autoriza la declaración de ausencia; y por esto es que Portalís decía: que después de la declaración de ausencia, la vida del ausente no es mas probable que su muerte; así ella debe ser probada para recoger una sucesión.

Por lo expuesto se deja ver que, según nuestro Código, la presunción de muerte no solo define los derechos de los herederos presuntivos, sino también los derechos eventuales del desaparecido: así, si se abriese una sucesión en la que el desaparecido fuese instituido heredero antes del día de la presunción de muerte, fijado en el decreto judicial, se le consideraría heredero; mas, si la sucesión se abriese después de esa fecha, no sucedería en ella porque se reputa estar muerto.

Como una consecuencia lógica de la posesión provisoria de los bienes del ausente, á quien se reputa muerto, corresponde al poseedor provisorio la representación de la sucesión en las acciones y defensas contra terceros. (20)

(19) Art. — 94 Código Civil.

(20) „ — 89 „ „

Pero le corresponde ante todo, como administrador de bienes ajenos, la formación de un inventario solemne de los bienes, ó la revisión y rectificación, con las mismas solemnidades, del inventario que ya exista. (21)

Quedando facultado para vender parte ó el todo de los bienes muebles, si el Juez lo creyere conveniente, con audiencia del respectivo defensor; pero no los raíces, los cuales tampoco podrá hipotecar antes de la posesión definitiva, sinó por causa necesaria ó de utilidad evidente, declarada por el Juez con conocimiento de causa y con audiencia del mismo defensor. La venta en este caso, de los bienes raíces, se hará en pública subasta. (22)

Cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución de los bienes del desaparecido, haciendo suyos los respectivos frutos é intereses. (23)

Esta caución se exige á los poseedores provisorios porque, á semejanza de los curadores ó administradores de bienes ajenos, quedan sujetos á las mismas restricciones: aunque á diferencia de éstos, hacen suyos los frutos é intereses, por recibir los bienes en concepto de suyos y con ánimo de dueño, presumiendo muerto al desaparecido, á quien solo devolverá éstos si regresa, y no los frutos; evitándose del prolijo cuidado de llevar una cuenta, talvez interminable, de la administración y frutos que éstos rinden; á diferencia de lo dispuesto en el Código francés que, por partes y en períodos dados, concede al depositario todos los frutos de los bienes del ausente.

Si durante la posesión provisoria no reapareciere el desaparecido ó no se tuvieren noticias que motivaren la distribución de sus bienes, según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva, y se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesión definitiva cesan las restricciones impuestas por el artículo 90.

Si no hubiere precedido posesión provisoria, por el decreto de posesión definitiva, se abrirá la sucesión del desaparecido, según las reglas generales. (24)

Veinte años, transcurridos desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido, ó quince años, después de dada la posesión posesoria de sus bienes, sin que éste regrese, ó se sepa acertivamente su muerte, bastan para llevar al ánimo del Juez la convicción de que efectivamente el fallecimiento ha tenido lugar, y que deben fijarse los derechos de los herederos hasta entonces inciertos y precarios; lo mismo que atender á la movilidad de la propiedad y al crédito territorial, dejando libre la enagenación de los bienes muebles y la facultad de darlos en garantía; y haciendo enagenables é hipotecables los bienes raíces, por medio del traspaso del dominio, que dá la posesión definitiva, establecida no solamente para favorecer los intereses privados de los sucesores, sinó también los sociales ó de conveniencia pública.

(21) Art. 88 — Código Civil.

(22) " " 90 — " "

(23) " " 91 — " "

(24) " " 92 — " "

Las consecuencias de la posesión definitiva, no solamente quedan reasumidas en lo expuesto, sinó que también se extienden á la facultad que dá la ley á los herederos en propiedad, legatarios y á todos aquellos que tengan derechos subordinados á la condición de muerte del desaparecido, para hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte. (25)

Quedando también abierta la sucesión en virtud de este decreto, si no hubiese precedido el de posesión provisoria, según las reglas generales.

El decreto de posesión definitiva podrá rescindir-se á favor del desaparecido, si reapareciere, ó de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, ó de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época. (26)

Esta rescisión solo puede hacerse en decreto judicial, porque de la misma manera fué acordada la posesión; y porque es preciso que en juicio se acredite la identidad de la persona del desaparecido, si se presenta él mismo reclamando la entrega de sus bienes; ó la autenticidad de su existencia, si lo hace por medio de apoderado.

De la misma manera podrá pedirse la rescisión del decreto de posesión provisoria.

Considerándose los poseedores como simples administradores de los bienes del desaparecido, respecto á éste, no podrán oponerle la excepción de prescripción, por carecer de título para ello: aunque sí pueden hacerlo contra otros reclamantes.

El desaparecido podrá pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, ó que haga constar su existencia.

Las demás personas no podrán pedirla, sinó dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte. (27)

Como los derechos del desaparecido en sus propios bienes, se originan del dominio, y, en cierta manera, se poseen en nombre de él, no le corre término; y cualquier día puede hacer valer sus derechos: pero las personas que solo tienen un derecho á aquellos bienes, no originado del dominio, para poder reclamar la rescisión del decreto de posesión, deben hacerlo dentro de los plazos que corresponden á la prescripción, que son los mismos de la acción de petición de herencia. Este plazo corre desde la fecha de la verdadera muerte del desaparecido, porque mientras vive éste, los poseedores carecen de verdadero título para prescribir, según se ha expresado ya; ó desde el día en que hayan entrado en posesión, siendo éste posterior á la fecha de la muerte verdadera.

Pasados estos plazos, las demás personas no pueden pedir la rescisión del decreto de posesión, porque él queda confirmado, por la prescripción, en favor de los poseedores.

La sentencia de rescisión aprovechará solamente á la persona que la obtenga, (28) porque la acción rescisoria es un beneficio personal,

(25) Art. 93 — Código Civil.

(26) " 95 — " " "

(27) " 96 — Número 1º y 2º del Código Civil.

(28) " " — " 3º " " "

que solo toca á aquel á quien se lo dá una resolución judicial: así es que, si ésta recae en favor de un heredero, no aprovecha á otro, aunque sea del mismo grado.

En virtud del decreto de rescisión, se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enagenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos. (29)

Como los poseedores de estos bienes se consideran, en todo caso, de buena fé, á menos de prueba en contrario que hayan sabido ú ocultado la verdadera muerte del desaparecido ó su existencia, las enagenaciones y demás gravámenes con que han afectado los bienes, deben respetarse como actos ejercidos en la órbita trazada por las leyes. (30)

A primera vista, parece más racional el sistema establecido por el Código francés, que sigue el guatemalteco, considerando siempre al desaparecido como ausente mientras no se conoce el hecho de su muerte, en los distintos períodos que nuestro Código señala, y haciendo que sus bienes se conserven por meros guardadores: pero las razones expuestas, y los contrasentidos en que cae el Código francés, dando respecto á los bienes de aquel, algunas disposiciones, como la posesión provisional y definitiva, y autorizando la extinción del matrimonio y de la sociedad conyugal, que solo pueden tener lugar por la muerte real ó presunta, en fuerza de que, de no hacerlo así, se perjudicarían altamente los intereses públicos y privados; nos convencen del mayor acierto de nuestro Código en esta materia, que declara desde el principio la muerte presunta y acepta sus consecuencias.

§ 4º

Muerte civil.

La muerte civil que, según las legislaciones antiguas, envolvía la extinción de la personalidad legal del individuo, y su absoluta incapacidad de derechos civiles, reputando muerta ante los ojos de la ley á la persona que aun estaba viva, se originaba unas veces del abuso de considerar á ciertas clases de la sociedad destituidas de derechos, equiparándolas á las cosas, como sucedía con los esclavos, siervos y *naturales* de la América española; y otras, de las penas que reputaban al condenado, siervo de ellas. Error que se extendió en las legislaciones posteriores, como la española y la francesa, que la aplican á los condenados á galeras ó á destierro perpetuo, á quienes confiscan todos sus bienes, porque *servitus morti ad similitur*.

La perpetuidad de la pena dá origen á la muerte civil, pues el encierro ó el destierro perpetuo son incompatibles con el ejercicio del derecho de propiedad, del de familia, y de todos los actos de la vida civil.

(29) Art. 96 — nº 4º Código Civil.

(30) Art. „ — números 5º y 6º Código Civil.

El Código civil francés la dejó anexa á la pena de muerte, y el Código penal á la de trabajos forzados á perpetuidad, y á la deportación.

Los efectos de la muerte civil son fatales y atentatorios al orden de la sociedad y de la familia, porque destruye los vínculos en que éstas reposan, y hace ilegítimos los hijos nacidos después de dicha muerte; porque priva al condenado del derecho de propiedad, y á sus herederos y legatarios de los bienes y acciones que debiera transferírseles; porque incapacita al condenado para heredar; y el fisco se apropia de los bienes que aquel adquiere después de la condena.

En Inglaterra y otros Estados de Europa todavía existe la muerte civil; pero el derecho moderno destruyendo, por una parte, las castas y las clases privilegiadas, ha convertido á todos los hombres en árbitros de sus propios destinos; y por otra, aboliendo la perpetuidad de las penas, ha suprimido la muerte civil.

Muchas constituciones consagran este principio salvador, principalmente en las repúblicas del continente americano que, como la de Nicaragua, prohíben la emisión de leyes retroactivas y la aplicación de penas trascendentales, procriptivas, perpetuas, confiscatorias é infamantes.

Entre nosotros también se encuentra abolida la muerte civil, porque la Carta fundamental salvadoreña, con excepción del primero, consigna los mismos preceptos, en la mira de proporcionar la pena á la naturaleza y gravedad de los delitos, con el fin de corregir y no exterminar á los hombres.

Y, á imitación de las leyes chilenas, solo admite la muerte civil que procede de la institución monástica, limitándola á la privación de los derechos de propiedad por el voto de pobreza que hace el monge en cuanto á los bienes de este mundo.

Nuestro Código civil en este punto, debió haberse inspirado en la mente del francés, porque estando declarada la independencia de la Iglesia y el Estado, suprimido el dogma oficial y la religión nacional, y abolidos entre nosotros los votos monásticos, no llevan estos consigo la muerte civil, ni puede el Estado legislar en esta materia. (31)

Termina, sin embargo, según él, la personalidad, relativamente á los derechos de propiedad, por la muerte civil, que se origina de la profesión solemne, ejecutada conforme á las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia católica. (32)

El religioso que ha obtenido la relajación de sus votos, vuelve á la vida civil; pero no por esto podrá reclamar derecho alguno sobre los bienes que antes de la profesión poseía, ni sobre las sucesiones de que por su muerte civil fué incapaz. (33)

La razón de esta disposición estriba en que, es válido el testamento que otorgó el profeso antes de la muerte civil, si lo hubo, y caso contrario todos sus bienes pasan á la comunidad; no correspondiéndole las sucesiones que hayan tenido efecto después de la profesión, porque ya

(31) Ley federal de 7 de setiembre 1829, decretos legislativos de 1º de marzo y 24 de octubre 1830, y gubernativo de 12 de julio 1830.

(32) „ 97 — Código Civil.

(33) „ 98 — „ „

no existia ante los ojos de la ley.

Pero, la nulidad de la profesión le faculta para reclamar los derechos de que haya sido privado por la profesión aparente, y que no hubieren prescrito. (34)

Lo expuesto es mas claro aún, porque no ha perdido sus derechos quien no ha muerto natural ó legalmente, y las cosas deben restablecerse al estado que antes tenían, á no ser que el derecho de prescripción las transfiera á otro, que en este caso siempre debe reputarse poseedor de buena fé, por la profesión ó muerte legal aparente de su legítimo dueño.

Por las razones expuestas anteriormente se deja ver, que el Capítulo 4º, Libro 1º del Código civil debe suprimirse, por estarle vedado al Estado legislar sobre la materia consignada en él, y además, porque las disposiciones que contiene son innecesarias.

(34) Art. 99 — Código Civil.

TÍTULO 3º

De los esponsales.

Hemos establecido en el título que precede, que por solo la circunstancia del nacimiento, la persona comienza su existencia legal y adquiere su capacidad de derechos civiles. Examinaremos, pues, en los títulos que siguen los derechos y obligaciones de que dicha persona es capaz, ya que ella queda constituida, por decirlo así, desde el momento en que desprendida del vientre materno queda en contacto con el mundo exterior.

Se hace, por tanto, preciso entrar en el análisis del matrimonio que es el origen de la familia, y cuya protección y desarrollo es indispensable para la sociedad; y así lo haremos, tratando en seguida de las múltiples relaciones que emanan del matrimonio, ya entre los cónyuges mismos, como con los hijos procreados en él. Mas, como suele suceder que antes de la celebración del matrimonio se contraen esponsales, siguiendo el orden del Código, daremos una idea acerca de ellos.

La palabra esponsales se deriva del verbo latino *spondere*, que significa prometer, y consisten en la promesa de casarse que mutuamente se hacen el varón y la mujer, con aceptación recíproca.

Antiguamente se dividían los esponsales, en esponsales de presente y en esponsales de futuro; los primeros constituían el matrimonio, y por eso el Concilio de Trento dispuso que no pudieran celebrarse sino con las formalidades de tal, esto es ante el Párroco y dos testigos. De suerte que por la Iglesia, en los países en que se ha dado á la autoridad eclesiástica competencia para resolver en materias matrimoniales, solo se reconocen los esponsales de futuro.

Los esponsales producían dos efectos: el primero era la obligación recíproca de casarse á que imponía una coacción severa la ley española; (1) y el segundo, era una especie de afinidad llamado de pública honestidad, en virtud del cual se reputaba ligado cada uno de los esposos con los parientes del otro é impedía el casamiento posterior con cualquiera de dichos parientes.

La legislación española dispuso con posterioridad, que no se admitiera en ningún tribunal, eclesiástico ni secular, demandas de esponsales que no estuvieran reducidos á escritura pública; (2) pero, tanto en la península como en América esa ley había sido eludida; y se admitían demandas de esponsales sin este requisito, para impedir la celebración de matrimonios, ó se pretestaba cualquier cosa para destruir un instrumento solemne acerca de promesas de futuro matrimonio.

(1) Ley 7, T. 1º. P. 4º, y Capítulo 10 de Esponsalibus.

(2) „ 18, T. 2, L. 10 de la Nov. Recop.

El Código había reservado á la autoridad eclesiástica la decisión sobre la validez del matrimonio y de todas las cuestiones accesorias, de cuyo hecho nos ocuparemos detenidamente en el título que sigue; más, como las autoridades que juzgaban acerca de esponsales no se apoyaban en las leyes sinó en las Decretales, y el poder civil no podía hacer ejecutar esperanzas que pueden muy bien no realizarse, puesto que esas promesas no son sinó un acto puramente privado, les negó sin embargo la acción civil y no se detuvo en fijar ninguna clase de reglas, porque los esponsales están fuera del alcance de la ley, ya que ésta no puede imponer apremios ni la indemnización de los perjuicios ocasionados, en atención á las consecuencias funestas que producen esos pactos impremeditados, fáciles de celebrarse en la edad de la juventud, en que el conocimiento de la trascendencia que envuelven, es del todo inconcebible.

Algunos Códigos modernos, como el francés y el de Louisiana, no mencionan los esponsales, presumiéndose que dejan incluida su reglamentación en la parte de las obligaciones en general; otros les conceden terminantemente una acción civil limitada; y otros los prohíben, como el de Bolivia.

Nuestro Código, siguiendo al de Chile, que tuvo por modelo la doctrina de Portalís, en la discusión del proyecto del Código de Napoleón, abandonó del todo las promesas esponsalicias al honor y á la conciencia de los individuos, porque como decía el famoso jurisconsulto: “es preciso confesar que lo que concierne á ellos, pertenece mas bien á la costumbre, que á las leyes: que ésta es una materia puramente doméstica, y que se experimenta cierta repugnancia al verla entrar en la competencia de los tribunales. Así es que los legisladores que tratan de ellas, se ven obligados á escudriñar las relaciones íntimas de los esposos, misterios de la vida privada que, en el interés de la libertad y dignidad humanas, deben siempre sustraerse á las investigaciones de la ley.

El Código, pues, sin prohibir ni anular el pacto esponsalicio; le niega la acción civil, dejándolo subsistente como obligación natural, y prescribe lo siguiente :

Los esponsales ó desposorio, ó sea la promesa de matrimonio, mutuamente aceptado, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa, ni para pedir que se lleve á efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios. (3)

Tampoco podrá pedirse la multa que, por parte de uno de los esposos, se hubiese estipulado á favor del otro, para el caso de no cumplirse lo prometido.

Pero si se hubiese pagado la multa, no podrá pedirse su devolución; (4) porque si se diera lugar á tal demanda, en el caso del primer inciso, se haría indispensable, en no pocas ocasiones, investigar testimonialmente la conducta eminentemente privada de los esposos, cuya prueba so-

(3) Art. 100 — Código Civil.

(4) „ 101 — „ „

bre esta materia acarrearía inconvenientes de grave peso: *inhonestum nisum est vinculo pona matrimonium obstrinje*; pero en el caso del inciso segundo, pagada la multa, es lógico que no se pueda pedir su devolución, porque la sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado, no extingue la obligación natural que queda subsistente, y en la cual funda su razón de ser tal disposición.

Lo dicho no se opone á que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se haya efectuado; (5) pues desde que cesa la causa de la donación, debe cesar también el efecto.

(5) Art. 102 — Código Civil.

TÍTULO 4º

Del matrimonio.

CAPITULO I.

Nociones preliminares.

El matrimonio debe su institución á la naturaleza, su perfección á la ley civil, y su santidad á la religión que lo ha elevado á la dignidad de sacramento.

Como unión instituida por la naturaleza, consiste en el consentimiento libre y voluntario de dos partes, varón y hembra, y en la fé que mútua y reciprocamente se profesen; y bajo este punto de vista, el origen del matrimonio es de la más remota antigüedad, confundándose con la aparición del hombre sobre la tierra,

“Crió Dios al hombre á imagen suya, dice el Génesis, y criólos varón y hembra; y echándoles su bendición, les dijo: “creced y multiplicaos.” El hombre dejará á su padre y á su madre y se unirá á su mujer, y vendrán á ser dos en una sola carne,” con cuyas palabras, según el cristianismo, Dios instituyó el matrimonio é indicó su indisolubilidad.

Como contrato civil, no solamente exige la libertad del consentimiento, sinó que se hace necesario además que sea legítimo, esto es, que sea conforme con las leyes del Estado, porque el matrimonio, si bien mirado bajo cierto aspecto participa de la naturaleza de los contratos, es sin embargo una venerable institución que dá origen á la familia, produce entre sus miembros santas é inmutables relaciones, y ejerce una valiosa influencia sobre la suerte de los pueblos.

Al mismo tiempo que por medio de él se propaga la especie humana, proporciona á cada individuo las dulzuras de íntima, sincera é indisoluble amistad en el seno del hogar doméstico, evitando los peligros y las perniciosas consecuencias que de otro modo produciría en la sociedad la reunión de personas de diferente sexo, si cada individuo se abandonase al capricho de sus pasiones.

Siendo, pues, muy altos los fines que el matrimonio debe realizar, la unión conyugal no puede quedar enteramente sujeta á la voluntad de las partes, y por eso la ley le otorga una decidida protección, fijándole sus condiciones y garantizándole el cumplimiento de ellas, para que no se trastornen los fundamentos del orden social.

Y por último, como sociedad consagrada por la religión católica, el matrimonio debe ser revestido de ciertas formalidades, sin las cuales la Iglesia no lo eleva á la dignidad de sacramento.

Las legislaciones romana y española, al definir el matrimonio, solo expresan su objeto, pero no su esencia, sin distinguir sustancialmente una

unión legítima de otra ilegítima. El Código francés se abstuvo de definirlo, y el chileno consignó la definición más completa y acabada que hasta hoy se ha dado, pues comprendió simultáneamente el objeto y la esencia del matrimonio, porque su objeto es la procreación y el mútuo auxilio de los cónyuges, y su esencia está en la solemnidad de su celebración.

Nuestro Código, tomando textualmente tal definición, dice: el matrimonio es un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen actual é indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mútuamente. (1)

Muchas y muy variadas han sido en todos los tiempos y en los diferentes pueblos las formas y requisitos del matrimonio; pero desde que Constantino adopta el cristianismo y se verifica la alianza de la Iglesia con el imperio romano, se produjo una unidad análoga entre el poder del Estado y el poder espiritual, subsistiendo durante muchos siglos en las potencias católicas la unidad de creencia y de culto, y como consecuencia, la unidad del matrimonio conforme al rito católico, marchando inseparablemente unidos las solemnidades y el contrato al rito católico. Pero fraccionada la Iglesia por la reforma, aparecen nuevos cultos que, al través de gigantescas luchas, dieron margen á la creación de un nuevo dogma social: el de la libertad de conciencia, á cuyo calor brotó el matrimonio civil, declarado por primera vez en el mundo por la constitución francesa del 91.

La bendición nupcial, que desde el Emperador Leon VI era de todo punto indispensable para el matrimonio, se hizo innecesaria.

Las instituciones civiles y religiosas, relativas á la materia, estrechamente unidas habían concluido por confundirse, de tal manera, que los defensores ultramontanos de esa unión, que deseaban concentrar los dos poderes en la persona del jefe de la Iglesia, llegaron al punto de disputar á los soberanos temporales en Francia, el derecho que siempre habían ejercido los emperadores romanos, de legislar sobre el matrimonio. Este modo erróneo de pensar, reconocía como uno de sus mas sólidos fundamentos el hecho de que, la autoridad civil ó secular no puede extender su jurisdicción sobre las cosas espirituales; y aunque estas ideas falsas y nocivas fueron rechazadas y victoriosamente refutadas por los doctores de la Sorbonne, la legislación anterior al 87, lo mismo que las legislaciones de todos los pueblos cristianos, dejaron el contrato civil y el sacramento de tal manera confundidos, que la autoridad civil parecía eclipsada.

Esta confusión de los dos poderes diferentes en la misma persona, producía también una confusión en las ideas y en los principios. Se llegó al punto, después de la ordenanza de Blois, que había adoptado los cánones del Concilio de Trento, así como en la legislación española en sus diferentes épocas, de no reconocer como legítimo, ni conceder efectos civiles, á ningún matrimonio celebrado fuera de las ritualidades eclesiásticas.

No se exceptuaban los matrimonios de protestantes, ó de los que no

(1) Art. 103 — Código Civil.

profesaban la religión católica, quienes se encontraban colocados en la cruel alternativa de profanar, por conversiones simuladas, un sacramento en que ellos no creían, á fin de conseguir casarse según la Iglesia, ó de comprometer el estado de sus hijos, contratando delante de sus propios ministros matrimonios impugnados como abusivos, tachados de avance, y dañados de nulidad por las leyes entonces existentes.

Los jurisconsultos profundos habían demostrado, que las instituciones civiles y religiosas que regían el matrimonio, podían y debían separarse: que el contrato civil y el sacramento eran dos cosas distintas en su origen, que no debían confundirse. Exigían, y la opinión pública exigía con ellos, que el estado civil de las personas debía ser independiente de la religión que ellas profesaran: y fueron encargados varios ciudadanos esclarecidos, por el Rey Luis XVI, para redactar el edicto del mes de Setiembre de 1787, en virtud del cual se reconocía, que el derecho natural no permitía al legislador rehusar á los que no profesaban la religión católica, el derecho de hacer constar civilmente sus matrimonios, á fin de gozar, como todos los demás ciudadanos, de los efectos civiles que de ellos se originaban.

El contrato civil fué pues, con respecto ó en lo que se refería á los no católicos, separado del sacramento, que ellos no reconocían ni debían recibir; pero los matrimonios de los católicos quedaron de la misma manera que antes, esto es, no podían celebrarse en ningún caso sino mediante los ritos y usos de la religión católica, autorizados por los cánones.

Nuestro Código, siguiendo al Código de Chile, y apartándose del francés, habia dejado inseparable el contrato de la bendición nupcial, delegando á la autoridad eclesiástica la decisión en materias de matrimonio, pero sin abdicar la facultad de legislar en tales materias, en lo que se refiere á los efectos civiles, porque esa facultad es anexa á la soberanía nacional. (2)

Pero la última Asamblea Constitucional proclama la libertad de cultos. (3)

La ley civil, reconociendo á todos los habitantes de la República la libertad de profesar las opiniones religiosas, según las convicciones de cada cual, opiniones que ella no puede imponer; no debía, sin incurrir en una inconsecuencia muy grave, ordenar á los ciudadanos que sus matrimonios fueran bendecidos por una religión determinada, ya que la ley protege á todos sin distinción.

Se hacía, pues, necesario separar, indistintamente para todos los ciudadanos, el contrato civil del sacramento del matrimonio, y la Asamblea Legislativa con fecha 15 de marzo de 1881 emitió la ley del matrimonio civil, la cual, con algunas nuevas ampliaciones que en este tratado se incluirán, se halla actualuente en vigencia.

Por lo mismo, en observancia de la regla que deroga tácitamente una ley, cuando la nueva contiene disposiciones que no pueden concii-

(2) Art. 104 — Código Civil.

(3) „ 4 — Constitución.

liarse con las de la ley anterior, los artículos 104, 117 y 118 del Código Civil, y todos los que dan competencia á la autoridad espiritual, ó excluyen á los eclesiásticos del matrimonio, ó reconocen las instituciones de la Iglesia sobre la materia, han quedado derogados por la emisión de la del matrimonio civil, y así lo consideraremos únicamente como un contrato civil, sin ocuparnos de las leyes religiosas, ni de la bendición nupcial, que no obligan sinó en virtud de la conciencia particular de los fieles.

CAPITULO II.

De la naturaleza y efectos del matrimonio civil.

La necesidad que experimentan los individuos de completar su existencia con la unión de una persona de distinto sexo, desde el momento en que los impulsos de la naturaleza les dan á entender que se encuentran aptos para la propagación de su especie; la atracción mútua que en virtud de aquella necesidad produce la diversidad de sexos, y lo ineludible que se hace tal unión, para realizar muchos é importantes fines de la vida humana, constituyen el fundamento del matrimonio.

La fusión, pues, de dos personalidades que se produce tan luego como el matrimonio se contrae, cuya fusión está fundada en la atracción, en el conjunto de cualidades inherentes á la naturaleza humana, y en el deseo innato que anima á cada cónyuge de vivir siempre dicho al lado del otro, hacen el matrimonio perpetuo por su naturaleza, perpetuidad que también se hace necesaria para afianzar los fundamentos de la familia y de la sociedad.

Descansando en esta ley natural y social, se ha consignado : que el matrimonio civil lleva desde su origen el carácter de perpetuidad, y no podrá disolverse sinó por la muerte de alguno de los cónyuges, único caso absoluto que, sin importar nulidad en su celebración, la ley reconoce como causa de disolución.

El impedimento que, según las disposiciones de esta ley, anula el matrimonio, no será causa para su disolución cuando sea superveniente, (4) porque la indisolubilidad es el carácter esencial del matrimonio.

“Se establece dicho matrimonio para todos los habitantes de la República, que quieran casarse, cualquiera que sea la religión á que pertenezcan, debiendo este matrimonio ser previo al religioso; y ningún eclesiástico podrá proceder á su celebración, sin que se les presente constancia auténtica de haberse celebrado previamente el matrimonio civil; y por la infracción á esta disposición quedará incurso el eclesiástico en una multa de cien á quinientos pesos, y cada uno de los contratantes en veinticinco pesos de multa, lo mismo que cada uno de los testigos; debiendo estas multas ser exigidas gubernativamente por el Gobernador departamental, á favor la primera de las rentas municipales

(4) Art. 1.º — Ley del matrimonio civil.

de la cabecera del departamento, y las otras á favor de las rentas del Municipio á que pertenezcan los contrayentes." (5)

El matrimonio produce, después de su celebración, varios efectos, ya respecto de la persona de los cónyuges, ya de los hijos, ya de los bienes; efectos que nuestro Código trata bajo muy diversas materias.

Indicaremos ligeramenta los principales, refiriéndonos sobre cada uno de ellos á las materias respectivas. Los contrayentes menores de veintiun años se emancipan legalmente de la potestad del padre. El marido que no haya llegado á aquella edad, se considera habilitado, si ha cumplido diez y ocho años; la mujer pasa á la potestad del marido, es obligada á vivir con él y á seguirle donde quiera que traslade su residencia; pierde su personalidad para contratar y solo puede obligarse con licencia ó autorización del marido. Por el matrimonio, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y la administración, tanto de los del marido como de los de la mujer, corresponde al primero; salvas las excepciones contenidas en las capitulaciones matrimoniales y otras particulares que el Código ha fijado. En cuanto á los hijos, produce el matrimonio la legitimidad de los habidos antes de él, y confiere recíprocamente á los padres las obligaciones y derechos de los hijos legítimos.

Las disposiciones de la ley del matrimonio no se extienden, por tanto, mas allá de los efectos civiles, y dejan íntegros los deberes que la religión impone según las diversas creencias, (6) porque la religión pertenece á un orden exclusivamente privado, y no es dado á la nación ni profesarla ni imponerla.

Deben, pues, los efectos civiles del matrimonio, en todo lo que concierne á las personas civiles, de los cónyuges y de sus descendientes, reglarse según las prescripciones del Código Civil. (7)

Por lo que hace á la religión en que han de ser educados los hijos, cuando los esposos pertenezcan á cultos diferentes, se estará á lo convenido por éstos, y en su defecto á lo que dispusiere el padre, (8) porque la ley no puede ingerirse en asuntos de la economía doméstica, que solo deben ser regulados por la conciencia de los contrayentes, y en su defecto por la del marido, que es el timón y el eje del hogar.

CAPITULO III.

SUMARIO.

Cualidades y condiciones exigidas para poder contraer matrimonio. — Impedimentos. — Dispensas.

§ 1º

Cualidades y condiciones exigidas para poder contraer matrimonio.

Pueden contraer matrimonio todos los adultos, ó lo que es lo mismo, el hombre mayor de catorce años y la mujer de doce, siempre que

(5) Art. 2º — Ley del matrimonio civil y decreto de 23 de febrero de 82.

(6) " 3º — " " " "

(7) " 4º — " " " "

(8) " 5º — " " " "

no haya alguna ley que lo prohíba. En esta edad se supone al hombre y á la mujer aptos para la procreación, que es uno de los objetos principales de tal enlace.

Se hace, pues, indispensable averiguar quiénes están incapacitados por la ley para contraer matrimonio y cuáles son los impedimentos que entrañan tal incapacidad.

§ 2º

Impedimentos.

El Código, como lo dejamos dicho en el título que precede, había sometido á la autoridad eclesiástica el conocimiento de las causas del matrimonio y reconocía como impedimentos los que han sido declarados tales por la Iglesia católica, sometiendo en consecuencia á su autoridad la decisión sobre la existencia de esos impedimentos y la facultad de conceder dispensa de ellos.

Pero á mas de los que señala la Iglesia, el Código también estableció algunos otros con el objeto de mantener el orden social; bien que aunque estos impedimentos en ningún caso producen la nulidad del matrimonio, no obstante la ley castiga á sus infractores con penas determinadas. Estos impedimentos son los siguientes :

1º Mientras la mujer, aun habilitada de edad, no ha cumplido veintiun años, no es lícito al tutor ó curador que haya administrado ó administre sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el Juez con audiencia de un curador especial, cuya disposición tiene por objeto precaver los daños que el tutor pudiera cometer, abusando de la autoridad que se le confía sobre las personas que permanecen á su cuidado.

Igual inhabilidad se extiende á los descendientes del tutor ó curador para el matrimonio con el pupilo y pupila; aunque el pupilo ó pupila haya obtenido habilitación de edad.

El matrimonio celebrado en contravención á esta disposición sujetará al tutor ó curador que lo haya contratado ó permitido á la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.

No habrá lugar á las disposiciones de este artículo, si el matrimonio es autorizado por el ascendiente, cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo (9) porque entonces el abuso de confianza ya no puede existir una vez que depende del ascendiente el matrimonio del menor.

2º Cuando para las segundas nupcias no ha hecho el viudo los respectivos inventarios de los bienes que administra de sus hijos, ó si para ello no les ha hecho nombrar un curador que les represente. (10)

3º Cuando disuelto un matrimonio por muerte del marido ó por

(9) Art. 116 — Código Civil.

(10) " 124 — " "

otro motivo ó es declarado nulo, la mujer que está embarazada, no puede pasar á otras nupcias antes del parto, ó no habiendo señales de preñez antes de cumplirse los trescientos días subsiguientes á la disolución ó declaración de nulidad (11) para no abandonar á la incertidumbre la paternidad de los hijos que sobrevengan.

4º La viuda que teniendo hijos de precedente matrimonio que se hallen bajo su tutela ó curaduría, no puede volver á casarse, sin que previamente se haya nombrado un tutor ó curador que le suceda en el cargo, y de no hacerlo así ella y su marido quedan solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido aun á los actos de la tutora ó curadora anteriores al matrimonio. (12)

Como se observa, mientras el contrato no habia sido separado del sacramento, el poder temporal y la potestad espiritual, el sacerdocio y el Estado tenían cada uno en la esfera de las facultades que les concierne el derecho de establecer impedimentos para el matrimonio, si bien prevaleciendo los que habia fijado como tales la Iglesia católica; pero verificada tal separación, la ley del matrimonio civil con independencia de todos los cultos, ha señalado los impedimentos que ante el poder secular son los únicos que deben respetarse y que producen inhabilidad para la celebración del contrato que nos ocupa. A fin de explicarlos con el orden posible los consideraremos de la manera siguiente:

1º Por razón del efecto que producen en impedimentos dirimientes que son los que causan la nulidad del matrimonio; y en impedimentos impeditivos ó prohibitivos que sin importar la nulidad sólo impiden su lícita celebración. De manera que existiendo esos impedimentos el matrimonio es válido, más no puede contraerse lícitamente.

2º Por razón de su extensión, en impedimentos absolutos que incapacitan para poder contraer matrimonio con toda clase de persona de una manera indistinta: tal es por ejemplo, el vínculo de un matrimonio existente.

Y en impedimentos relativos que no impiden la celebración del contrato generalmente, sino sólo con ciertas personas determinadas: v. g. la existencia de parentesco, el adulterio y el conyujicidio.

3º Por razón de su origen en impedimentos que nacen de la naturaleza misma y fin del matrimonio ó de la ley natural, tal como la impubertad ó la impotencia y la falta de razón.

He aquí ahora dichos impedimentos:

1º Falta de edad competente

2º Falta de consentimiento de una ó de ambas partes contratantes originado por carencia de razón, por error en la persona, por coacción ó por miedo grave que vicie el consentimiento.

3º Impotencia física, perpetua é incurable para el concubito.

4º Vínculo matrimonial civil ó religioso no disuelto legalmente.

5º Inobservancia de las formalidades prescritas por la ley del matrimonio civil.

(11) Art. 128 — Código Civil,

(12) " 130 y 538 — " "

6.º Parentesco de consanguinidad y afinidad.

7.º Adulterio.

8.º Conyujecidio.

9.º Falta de consentimiento de los padres, ascendientes ó de los curadores en su caso.

Examinaremos en el capítulo relativo á la nulidad del matrimonio los efectos que producen estos diferentes impedimentos; cuáles de ellos son dirimentes y cuáles solamente impedientes ó prohibitivos y cuándo cómo y por quién pueden ser propuestas las nulidades que de ellos resultan, limitándonos por tanto á explicar sucintamente cada uno de dichos impedimentos en partes separadas.

Pero antes de hacerlo observaremos que la recepción de órdenes sagradas, la profesión en órden monástica y la disparidad de cultos, que en muchas legislaciones católicas constituyen un impedimento dirimente, no son consideradas como tal por la ley salvadoreña, porque separados los negocios religiosos de los asuntos civiles, que pertenecen á diferente orden de cosas y que están regidos por principios distintos, el Estado no puede sancionar ni hacer coactivos los Reglamentos eclesiásticos relativos al celibato del clero.

PARTE 1.ª

Falta de edad competente.

Uno de los primordiales cuidados del legislador, atendiendo á que el matrimonio tiene por principal objeto la procreación de los hijos y la propagación de la especie, debe ser fijar la edad en la cual esas condiciones y aptitudes existen.

La ley del matrimonio civil enumera, en primer lugar, á los impúberes como incapaces de contraer matrimonio con toda persona (13): es decir, la impubertad constituye un impedimento dirimente y absoluto—y señala tácitamente la edad de la pubertad para adquirir la competencia que se exige.

Pero veamos que razón ha tenido la ley para fijar generalmente en esa edad la capacidad física para contraer matrimonio.

La edad de la pubertad varía siguiendo los diferentes climas de un país.

El desarrollo humano no solamente difiere según los diferentes climas, sino también bajo uno mismo, variando en los diversos individuos porque muchas causas lo aceleran ó lo retardan.

La naturaleza no ha podido marcar de una manera uniforme el momento en que el organismo del hombre adquiere el desarrollo regular y vigoroso que lo hace apto para reproducirse. Se hace, por tanto, indispensable ya que la ley no puede seguir en cada individuo las modificaciones invisibles de la naturaleza, ni apreciar en cada hombre las dife-

(13) Art. 6, inciso 1.º — Ley del matrimonio civil.

rencias frecuentemente imperceptibles que le distinguen de otro hombre, fijar una regla general que abarque todos los casos particulares.

Se llega á la verdadera pubertad por pasos más ó menos lentos, más ó menos rápidos; es una flor que se colora paulatinamente y que se marchita en la primavera de la vida. Pero es sensato, es necesario que la ley que dispone sobre la universalidad de las cosas y de las personas, admita una edad en la cual se presuma que el hombre ha llegado al momento decisivo por el cual comienza una nueva existencia.

La regla del derecho romano y canónico, primitivamente establecida para Grecia y para Italia, que fija catorce años en el hombre y doce en la mujer para poder celebrar matrimonio ha sido seguida por muchas de las legislaciones modernas. Pero otras como la de Alemania y la de Francia han fijado la edad de diez y ocho años cumplidos en los hombres y de catorce y quince en las mujeres respectivamente, porque en aquellos climas septentrionales el desarrollo físico es más lento que en los ardientes para los cuales dicha regla fué dictada.

La ley del matrimonio civil atendiendo á que en nuestros climas intertropicales el desenvolvimiento orgánico es bastante precoz y que á los catorce y doce años el varón y la mujer se hallan generalmente aptos para la generación, siguió también la regla antigua y fijó esas edades para la celebración del matrimonio.

PARTE 2ª

Falta de consentimiento de una ó de ambas partes contratantes, originada por carencia de razón; por error en la persona; por coacción ó por miedo grave que vicie el consentimiento.

SECCIÓN 1ª

Carencia de razón.

El consentimiento de las partes forma la esencia de todos los contratos. Esta condición esencial es de todo punto ineludible tratándose del matrimonio que es uno de los actos más trascendentales de la vida del hombre y ese consentimiento, debe darse en una forma solemne y regular ya que en virtud de él se sujeta á los cónyuges á grandes y perpétuas obligaciones para consigo mismos y para con aquellos á quienes se dá el ser. No habría pues matrimonio, faltando el consentimiento.

Pero no se examina el caso en que dicho consentimiento sea supuesto por un acto falso al que no haya concurrido una de las partes contratantes, pues que esto constituiría un delito cuyo castigo está sancionado por el Código Penal; se trata del caso en que existiendo un consentimiento aparente se encuentre destruido en su esencia por causas ó vicios que engendren la nulidad del contrato.

Estos vicios son la falta de razón, el error en la persona y la coacción ó el miedo, porque el consentimiento debe ser resultado de una voluntad libre, espontánea y deliberada.

La demencia, que comprende según el derecho canónico á todos los que por las diferentes causas que la medicina reconoce están completamente privados del uso de la razón, ha sido declarada como causa de incapacidad para contraer matrimonio ante la Iglesia y la misma regla ha sido fijada por todos los legisladores antiguos y modernos porque ella descansa en el derecho natural, como es evidente, toda vez que un individuo que no se encuentra en ejercicio de sus facultades intelectuales no puede dar un consentimiento válido.

Según el derecho canónico los que recobran por intervalos lúcidos el uso de la razón pueden casarse válidamente, durante esos intervalos.

El derecho francés, cuyas disposiciones fueron tomadas del canónico, nada dispone sin embargo acerca de la habilidad para emitir un consentimiento legítimo en esos períodos.

Nuestra ley solo enumera en segundo lugar como incapaces para contraer matrimonio con ninguna persona á los que no se hallen en el pleno ejercicio de su razón, (14) declarando la falta de ésta como un impedimento dirimente y absoluto.

Como el derecho francés emplea las palabras *demencia ó furor* y no tomó en consideración la existencia de los intervalos lúcidos, los juristas franceses creen que la decisión sobre estos puntos, ha quedado abandonada á la prudencia de los tribunales. Pero nuestra ley mas sensata en la materia sin hablar de demencia, de monomanía y de idiotismo, divisiones evocadas por la medicina como indispensables para separar los límites de las varias afecciones que alteran el ejercicio de la razón, ha fijado generalmente la carencia de ésta como incapacidad matrimonial, cualesquiera que sean las causas de que provengan: y como en los intervalos lúcidos dicha razón existe, claro está que puede lícitamente entre nosotros contraerse matrimonio.

SECCIÓN 2ª

Error.

Tampoco hay consentimiento válido si éste ha sido dado por error. Este principio ha sido aplicado á todos los contratos y debe aplicarse con mayor razón al del matrimonio que es el más importante de la vida civil.

El error puede recaer sobre la persona misma ó solamente sobre sus cualidades, y es indispensable hacer cuidadosamente esta distinción.

Hay error sobre la persona cuando un individuo es sustituido físicamente á otro individuo. Este error ha causado siempre y producido

(14) Art. 6, inciso 2º — Ley del matrimonio civil.

en todos los tiempos la nulidad del matrimonio porque falta el consentimiento esencial para su validez.

Juan quería casarse con Cecilia. Pero si por una serie de circunstancias y de coincidencias singulares se equivoca y se casa con Leonor, que había sido sustituida en lugar de su prometida, haciéndose pasar por ella, es indudable que el matrimonio es nulo porque Juan ha sufrido un error.

Parece imposible sin embargo que se presentara el caso de un matrimonio contratado por error en la persona física, porque cuando comparecen las partes ante el Gobernador ó Jefe de Distrito se recibe ó acepta á la persona física que se tiene á la vista; extender la regla del error á la persona física, sería reducir á la nada en lo absoluto tal regla: el error, pues, que debe atenderse es el que recae sobre la persona moral ó social y se hace por tanto necesario examinarlo sobre las cualidades, cuya carencia importa la falta de consentimiento y la nulidad del matrimonio como consecuencia.

Estas cualidades son la condición ó el rango de que una persona goza en la sociedad, su fortuna, sus costumbres y su carácter; su estado civil, su patria, su nombre y su familia.

El error acerca de la fortuna tiene lugar cuando se cree que una persona es rica, siendo en realidad pobre. El error en cuanto á la posición y condiciones consiste en juzgar á la persona bella ó noble, virtuosa ó vírgen, nacional ó extranjera, soltera ó viuda.

Tales errores son accidentales y no excluyen el consentimiento esencial, pues aunque las cualidades de la persona pueden ser el motivo del matrimonio, no son ellas el objeto, sinó la persona misma. Sin embargo, cuando el error recae en cierto modo sobre la persona, por ejemplo: si se asegura á Roque que la niña es hija de un Embajador determinado y heredera de sus bienes: que se ponga la cualidad como condición precisa del contrato; y que bajo este supuesto falso, preste aquel su consentimiento, en este caso, el matrimonio sería nulo por defecto de consentimiento según la opinión de muchos jurisconsultos,

SECCION 3ª

Coacción ó miedo grave.

Con la palabra fuerza han comprendido los tratadistas sobre la materia, no solamente la coacción que destruye del todo la libertad, sinó también el miedo, en virtud del cual se vé alguno obligado á prestar su consentimiento.

La coacción real y física tal como el rapto ejecutado á fuerza viva por el que quiere casarse contra la voluntad de una joven á quien violenta hasta en el momento de contraer matrimonio ante el funcionario público respectivo, siendo cómplice éste del atentado, es indudable que anula el matrimonio, porque no existe el consentimiento bajo todo punto de vista indispensable, aunque los jurisconsultos romanos apegados á los rigurosos principios del Pórtico, sostenían que la voluntad dada

por fuerza ó temor no dejaba sin embargo de ser una voluntad, deduciendo de ahí que el consentimiento prestado era válido *stricto jure*, y que el contrato no podía ser rescindido, sinó por decreto ó gracia del pretor.

Empero, para que el miedo anule de hecho el matrimonio, que en fuerza de él se contrae, se requiere que concurran las circunstancias siguientes: 1.^a que sea grave, es decir, que se tema un mal notable y haya probabilidad de que se siguiera, sin poderlo resistir, por ejemplo: la muerte, la pérdida de un miembro, del honor ó de una parte considerable de la fortuna.

La gravedad dicen los autores que puede ser *absoluta*, cual es la que recae sobre un varón fuerte, ó *respectiva*, esto es con relación á una mujer, un niño ó varón meticoloso; advirtiéndose que no es preciso que el mal amenace directamente á la persona que se quiere obligar al matrimonio, pues basta que se dirija contra su padre, madre, hermano ó cualquiera otra persona que le sea querida: 2.^a se requiere que el miedo venga *a causa libera extrinseca*, es decir, de una persona cualquiera, y por consiguiente no basta que proceda de una causa *intrinseca*, como lo es la consideración de la muerte, ó *necesaria* cual es el naufragio ó la enfermedad: 3.^a que la conminación sea injusta, es decir, hecha sin derecho y justa causa, ó por el que no tiene autoridad para ello, porque si es justa, además de no ser injuriosa debe culparse el conminado. Por ejemplo: es válido el matrimonio contraído con una mujer á quien se haya violado ó seducido y celebrado por temor á la pena, que en caso contrario se amenazara imponer al delincuente. Del mismo modo, si el padre sorprendiera á la hija yaciendo con un joven, valdría el matrimonio que éste contrajera, en fuerza de la amenaza que aquel le hiciera de causarle lesiones leves, porque el padre tiene derecho para ello, según el artículo 380 del Código Penal; mas no valdría si se le conminara con la muerte, pues no teniendo derecho para esto el miedo sería *injuste incussum*: 4.^a se requiere que el miedo se infiera con la mira de arrancar el consentimiento para el matrimonio, *ex fine extorquendi consensum*, por ejemplo: si el deudor se casara con la hija del acreedor, temiendo la cárcel ó para salir de ésta, el matrimonio sería válido: no lo sería empero si se le mantenía en prisión porque rehusaba dar su consentimiento.

PARTE 3.^a

Impotencia física perpétua é incurable para el concubito.

La impotencia que es *inhabilitas ad actum conjugalem perfectum seu generationi aptum*, puede ser de varias especies. Antecedente, que precede al matrimonio. Consiguiente, que sobreviene al ya contraído. Perpétua, que no puede curarse por medios lícitos, ó sin ninguna operación que entrañe peligro de muerte. Temporal, que es curable con medios naturales y sin riesgo de morir. Absoluta, que tiene lugar respecto de las personas del otro sexo. Y respectiva, que solo inhabilita con relación á una persona determinada.

La impotencia antecedente y perpétua, sea absoluta ó respectiva, es impedimento que dirime el matrimonio por derecho natural y positivo; y fundada en esto la ley ha prescrito: que no pueden contraer matrimonio con ninguna persona los que adolezcan de impotencia física para el concubito, de una manera patente, perpétua é incurable. (15)

La impotencia consiguiente no debe dirimirlo, pues que una vez contraído válidamente es indisoluble; ni la temporal que solo inhabilita *ad tempus*, para el cumplimiento de la obligación matrimonial.

Según el derecho canónico, cuando se duda si la impotencia es perpétua ó temporal, se concede á los cónyuges el espacio de tres años *ad experiendum*.

Pero este caso no puede tener lugar entre nosotros porque se exige que la impotencia perpétua conste de una manera cierta y que además sea incurable.

Podría talvez preguntarse si los completamente eunucos son también inhábiles para contraer matrimonio; y nosotros sin ninguna vacilación creemos que siendo éstos ineptos para la generación, que es el fin primario del matrimonio, deben considerarse como incapaces para tal acto.

La ley sobre la materia nada ha dispuesto con relación al caso en que declarada la nulidad del matrimonio por impotencia física se evidencie después que no existía en realidad tal impotencia.

La ciencia en muchas ocasiones suele fallar. Los conocimientos humanos son falibles y podría muy bien presentarse el caso de una impotencia, que considerada como patente perpétua é incurable sea en seguida desvirtuada por los hechos. Entónces creemos, que aunque se haya contraído segundo matrimonio, debe declararse válido y subsistente el primero; porque por una parte el juez decide fundado en el engaño que han sufrido los peritos y por otra parte la sentencia dada contra el matrimonio no debe pasar en cosa juzgada, dadas las circunstancias supuestas.

PARTE 4ª

Vínculo matrimonial, civil ó religioso no disuelto legalmente.

Ha sido siempre costumbre de todos los pueblos cultos de la tierra que el lazo de un matrimonio válido y subsistente sea un obstáculo infranqueable para la celebración de un segundo matrimonio y ha constituido este hecho en casi todas las legislaciones un impedimento dirimente y absoluto.

La pluralidad de maridos ó de esposas aunque ha sido autorizada en ciertos climas no ha podido nunca sin embargo ser legítima bajo ninguno: ella entraña ineludiblemente la servidumbre de un sexo y el despotismo del otro. Ella no ha sido dictada ni exigida por las necesidades reales del hombre, quien disponiendo de la plenitud de la

(15) Inciso 3, art. 6 — Matrimonio civil.

vida y del tiempo para conservarse, no dedica sinó momentos fugaces y pasajeros, como la ráfaga del viento, para reproducirse. Por ella se introduciría en la familia una confusión y un desorden que la aniquilarían, y cuya aniquilación se haría bien pronto extensiva á todo el cuerpo social. Ella choca á todas las ideas, desnaturaliza todos los sentimientos y arrebatá al amor todos los encantos que lo dignifican y enaltecen en el hombre. Y ella en fin repugna á la esencia misma del matrimonio, es decir, á la esencia del contrato por el cual dos esposos se dan todo lo que tienen y poseen : el cuerpo y el alma, el corazón y el cariño; por eso en los países donde la poligamia es permitida parece que la moral se emancipa del hombre, á causa de las perpétuas violaciones que se cometen.

Por otra parte abandonando solo al capricho de los cónyuges el derecho espontáneo y justificable con pretextos más ó menos fundados de disolver un contrato que es la obra ó el resultado del concurso de dos voluntades, se ocasionarían funestas consecuencias y trascendentales desórdenes, cuyo hecho evidente en sí mismo no necesita demostración

La máxima, pues, de que no se pueda celebrar un segundo matrimonio mientras subsista el primero, constituye el derecho universal de todas las naciones cultas y conformándose á este eterno axioma la ley dice: que no pueden contraer matrimonio con ninguna persona, los que se hallen ligados con vínculo matrimonial civil ó religioso no disuelto legalmente. (16)

· PARTE 5ª

Inobservancia de las formalidades prescritas.

A fin de hacer efectivas las ritualidades que el Estado exige para contraer matrimonio, la ley ha impuesto una sanción á la sustracción ó inobservancia de tales formalidades, ó lo que es lo mismo declara nulo el que no se contrajere ante la autoridad competente y á presencia de dos testigos. (17)

PARTE 6ª

Parentesco de consanguinidad y afinidad.

Todas las naciones han prohibido en sus diferentes épocas históricas el matrimonio entre los hijos y los autores de sus días, prohibición que está fundada en el derecho natural y en las leyes positivas, divinas

(16) Inciso 4º Art. 6 — Ley del matrimonio civil.

(17) " 3º " 42 — " " " " " 15 "

y humanas, porque esos matrimonios inconciliables por lo regular con las leyes físicas de la naturaleza y perpetuamente con las del pudor, trastornarían las relaciones esenciales de afección íntima que deben existir entre padres é hijos. Repugnarían á la situación eminentemente santa de ellos y les arrebatarían los sagrados derechos y deberes que la naturaleza les ha impuesto.

Pero tal prohibición no solo se ha concretado á los parientes consanguíneos ó afines en línea recta sinó también á los colaterales, por las razones que van á expresarse.

El incesto del hermano con la hermana choca al principio de la honestidad pública. La familia ha sido y es considerada como el santuario inviolable de las costumbres, y por lo mismo de ese santuario debe alejarse con mas cuidado todo aquello que tienda á corromperlas.

El matrimonio no es seguramente ni puede ser nunca un germen de corrupción; pero la esperanza de él entre seres que viven bajo el abrigo del mismo techo y que por tantos incentivos de cariño propenden á identificarse y á fusionarse en el seno del hogar, podría muy bien despertar deseos criminales arrastrando con ellos desórdenes que mancillarían el honor y la reputación de la casa paterna, persiguiendo la virtud hasta en su último asilo y desterrando de allí la inocencia y la paz tan necesarias para la vida doméstica.

Las mismas razones de honestidad pública han hecho prohibir el matrimonio entre el tío y la sobrina, entre el sobrino y la tía. El tío á menudo se encuentra colocado en lugar del padre y reemplaza á éste en sus deberes paternales. La tía tampoco es extraña á los cuidados de madre. Los deberes del tío y los cuidados de la tía no podrían, pues, conciliarse con la conducta amorosa que antecede y prepara el matrimonio.

Las leyes romanas y eclesiásticas haciendo mas extensiva la prohibición entre parientes consanguíneos lo impidieron entre los primos hermanos.

La primera ley que declaró tal impedimento fué dada por el emperador Teodosio á fines del siglo IV según Libanio y Aurelio Victor y esta prohibición ha continuado en las diferentes legislaciones por exigirlo así las costumbres ó los intereses políticos de los pueblos.

Sin embargo tales enlaces no están prohibidos por el derecho natural ni por la ley divina, como lo reconocieron los primeros padres de la Iglesia; y puesto que según nuestras costumbres no tenemos en el Salvador necesidad de favorecer y ménos todavía de violentar la alianza de varias familias entre sí, aunque los primos hermanos por estar dentro del cuarto grado de consanguinidad se hallan impedidos para contraer matrimonio, pueden sin embargo, lo mismo que los tios y sobrinos ser dispensados para celebrarlo, como lo veremos adelante y no tienen un impedimento dirimente.

Conformándose á las eternas consideraciones de justicia y conveniencia ya enunciadas, la ley ha prescrito que no podrán contraer matrimonio entre sí :

1º Los parientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó ilegítima en cualquier grado de la línea recta.

2º Los colaterales por consanguinidad legítima ó ilegítima hasta el cuarto grado, ó por afinidad legítima ó ilegítima hasta el segundo grado. (18)

PARTE 7ª

Adulterio.

Los romanos fueron los primeros que prohibieron la celebración del matrimonio entre una mujer y su adúltero y quienes declararon nulo el contraído con infracción de aquella ley prohibitiva.

El derecho canónico consigna también como un impedimento dirimente el crimen, que abraza el adulterio solo, ó el conyujicidio, ó ambos delitos á la vez.

Según los cánones se requiere para que el adulterio constituya un impedimento dirimente : 1º que sea verdadero y formal de una y otra parte; y por consiguiente no hay impedimento si el matrimonio fué inválido. ó si se creó vivo el cónyuge muerto, ó si una de las partes ignora que la otra es casada : 2º que sea consumado *cópula perfecta ad generationem apta* : 3º que antes ó después del adulterio intervenga promesa de matrimonio aceptada por la otra parte; y 4º que la promesa y el adulterio se verifiquen ambos durante la vida del cónyuge: de aquí es verbi-gracie, que si Pedro en vida de su primera mujer prometió á María casarse con ella, si enviudaba, y después de viudo se casa con Juana y comete adulterio con dicha María, no contrae impedimento para con ésta, sinó es que le reitere la promesa de matrimonio antes hecha.

Nuestra ley sin entrar en todas estas prolijas consideraciones y suponiendo que ya han sido tenidas en cuenta por el juez criminal que ha sentenciado en la causa de adulterio ó conoce de ella, se limita á enumerar como incapaces para contraer matrimonio entre sí, á los adúlteros que hubieren sido condenados como tales por sentencia ejecutoriada. (19)

PARTE 8ª

Conyujicidio.

La ley también prohíbe el matrimonio de los que hubieren sido condenados como autores ó como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de alguno de ellos, aunque no hubieren cometido adulterio.

Los impedimentos establecidos en éste número y en el precedente, tendrán también lugar respecto de los que solo se hallen procesados por

(18) Art. 7 — Ley del matrimonio civil.

(19) " 7 — " " " " inciso 3º

los delitos que en ellos se mencionan, aunque no se hubiere pronunciado todavía sentencia condenatoria. (20) *

Esta disposición parece desde luego no aplicable en lo absoluto y en esta convicción creemos que solo puede tener efecto mediante la existencia de los requisitos siguientes: 1º que haya mutua conspiración ó maquinación; por lo que no basta que el cónyuge quite la vida á su consorte, si la persona con quien intenta casarse ignora el hecho ó no consiente en él: 2º interpretando estrictamente la prescripción legal, que en realidad se siga la muerte; y 3º que se machine la muerte con expresa intención, al menos de una de las dos partes, de contraer matrimonio.

PARTE 9ª

Falta de consentimiento de los padres, ascendientes ó de los curadores en su caso.

Así como el consentimiento de los contrayentes, manifestado de una manera libre y voluntaria, constituye la base del contrato matrimonial, sin tener los padres la facultad de obligar á los hijos á casarse en contra de su voluntad, así también el asentimiento ó licencia del padre ó de la persona ó personas bajo cuya potestad ó cuidado viven los que lo contraen, forma uno de los requisitos necesarios para el matrimonio, con la diferencia de que aquel constituye un impedimento dirimente y absoluto y éste solo lo es impediendo y no entraña la nulidad del contrato.

Como lo dejamos dicho, el matrimonio es uno de los actos del hombre que mas interesa á su destino; y como las fuerzas del alma se desarrollan con mas lentitud que las del cuerpo, el hombre se encuentra constantemente hábil para contraer matrimonio antes que la edad haya madurado su razón y se encuentre en la posibilidad de medir y apreciar la extensión de los deberes que va á imponerse. Se existe mucho tiempo sin vivir; y cuando se comienza á vivir se carece todavía de las aptitudes necesarias para gobernarse y dirigirse por sí mismo sin un guía que ilumine la razón y dirija los primeros pasos.

Se hace, por tanto, necesario el consentimiento paterno, cuyo consentimiento está fundado en el amor que los padres profesan á los hijos, en el interés que tienen de evitar los males consiguientes á la inexperiencia de la juventud y á la seguedad que llevan consigo las pasiones. El honor y reverencia que por otra parte los hijos deben á sus padres exigen además que aquellos obren con dependencia de éstos en un negocio de tan vital importancia. Y no puede decirse que de esta manera se ataca la libertad de los esposos, porque el único objeto de la ley es protegerla contra la violencia de las inclinaciones y tendencias de la juventud que no puede quedar abandonada á sí misma.

(20) Inciso 4º, Art. 7 — Ley del matrimonio civil.

De aquí es que todas las legislaciones han exigido este requisito y que nuestro Código obedeciendo á las mismas razones ha prescrito que :

No podrá procederse á la celebración del matrimonio sin el ascenso ó licencia de la persona ó personas cuyo consentimiento sea necesario según las reglas que van á expresarse, ó sin que conste que el respectivo contrayente no ha menester para casarse el consentimiento de otra persona, ó que ha obtenido el del Gobernador del Departamento respectivo en subsidio. (21)

Los que hayan cumplido veintiun años no estarán obligados á obtener el consentimiento de persona alguna, porque ellos obran por sí solos desde que la ley los supone con el juicio y discernimiento bastante para pensar lo que hacen. (22)

El derecho español exigía que el consentimiento fuera pedido por los varones antes de los veinticinco años y por las mujeres antes de los veintitres; y el derecho francés requiere dicho consentimiento en los hijos antes de la misma edad fijada en España y en las hijas antes de los veintiuno. Esta diferencia por razón de los sexos creía Portalís que no debía explicarse, porque la naturaleza se desarrolla más rápidamente en la hembra, cuya juventud y belleza se pierden con más precosidad.

Pero nuestro Código siguiendo al Código chileno, no hace diferencia alguna en favor de las mujeres, pues que no se trata del desarrollo físico, sino de la prudencia y juicio que en la mujer son de ordinario más flacas, más fáciles de engañar y sorprender: y ha impuesto tanto al varón como á la mujer menor la necesidad de este consentimiento hasta los veintiun años que es la edad de la emancipación, aunque hayan obtenido habilitación de edad para la administración de sus bienes. (23) De suerte que no tienen las mujeres de qué quejarse si se les iguala bajo este respecto á los varones.

Hemos visto qué personas están en el deber de solicitar tal consentimiento; examinaremos en seguida á quiénes debe pedirse y las penas en que se incurre por la omisión.

Debe pedirse : 1º al padre legítimo, puesto que por la preeminencia de su sexo es el jefe de la familia : 2º faltando el padre ó la madre legítima que le sucede en su autoridad; y 3º á falta de ambos, al ascendiente ó ascendientes legítimos de grados más próximos, prefiriendo en igualdad de votos contrarios el favorable al matrimonio. Pero en todos estos casos el consentimiento debe emitirse de una manera expresa. (24)

El hijo natural solo estará obligado á obtener el consentimiento de su padre y en su falta el de la madre. (25)

Los hijos espúreos obtendrán el del padre que los alimenta ó el de la madre en falta de aquel. (26)

(21) Art. 105. — Código Civil.

(22) Art. 106. — " "

(23) " 107 — " "

(24) " 107 — " "

(25) Inciso 1º Art. 108 Código Civil.

(26) Inciso 2º " "

Se entenderá faltar el padre ó madre ú otro ascendiente, no solo por haber fallecido, sino por estar de mente ó fatuo, ó por hallarse ausente del territorio de la República é ignorarse el lugar de su residencia. (27)

Se entenderán faltar asimismo el padre ó madre que han sido privados de la patria potestad por decreto judicial. (28)

A falta de los dichos padres, madres y ascendientes, será necesario al que no haya cumplido veintiun años el consentimiento de su curador general, ó en su defecto el de un curador especial. (29)

El fin de la ley es dar una decidida protección al hombre considerado bajo todas las facetas de su vida civil; y así como exige el consentimiento del padre para proceder el hijo al matrimonio, así también ha querido detener los abusos que un padre obsecado pudiera cometer contra un descendiente negándole su consentimiento para un matrimonio conveniente y honesto, sin justa causa, en virtud de un simple capricho ó por una avaricia detestable.

Por grande que sea la autoridad del padre nunca le será lícito usar de ella contra las leyes de la equidad, y de allí que nuestro Código á ejemplo de algunas legislaciones ha sujetado el consentimiento de los padres, ascendientes y guardadores, en ciertos casos, á determinadas reglas.

El Código de Napoleón no restringe el derecho paterno. Los padres y ascendientes no están en la obligación de explicar los motivos de su negativa.

La Novísima Recopilación no imponía tal deber ni aún á los tutores. Sin embargo el menor á quien era negado el consentimiento tenía el derecho de ocurrir ante los Presidentes de Chancillerías y Audiencias, quienes permitían ó negaban el matrimonio después de oír al padre, ascendiente ó tutor y previa calificación de la negativa.

Nuestro Código, como lo hemos visto, exige para el matrimonio el consentimiento de los progenitores: pero también fija una edad en que por el decoro, dignidad y sensatez que son ya presumibles en un joven debe explicársele la razón del disenso y prescribe que: si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna; no podrá procederse al matrimonio de los menores de diez y ocho años: pero los mayores de esta edad tendrán derecho á que se exprese la causa del disenso, y se califique ante el Gobernador del Departamento respectivo.

Empero el curador que niega su consentimiento estará siempre obligado á expresar la causa (30) porque le falta el afecto que escuda al menor contra las arbitrariedades que los padres y ascendientes pudieran ejercer al negar su asentimiento.

Los casos pues que nuestro Código, siguiendo al de Chile su habi-

(27) Art. 109 — Código Civil.

(28) " 110 — " "

(29) " 111 — " "

(30) " 112 — " "

tual modelo, ha fijado como razones que justifican el disenso son las siguientes : —

1ª La existencia de cualquier impedimento legal, incluso el de afinidad en línea recta y el del matrimonio entre el guardador ó sus descendientes con la pupila ó pupilo antes de que su cuenta haya sido aprobada.

2ª El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título de las segundas nupcias en su caso.

3ª Grave peligro para la salud del menor á quien se niega la licencia ó de la prole.

4ª Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse.

5ª Haber sido condenada esa persona á cualquiera de las penas indicadas en el artículo 265, número 4.

6ª No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio. (31)

Pero la eficacia de la prohibición hecha á los hijos de no casarse sin el consentimiento paterno no tendría lugar si no se impusiera una pena á los que proceden contra el tenor explícito de la ley.

Según el derecho romano y francés, esa pena es la nulidad del matrimonio.

Según la Novísima Recopilación los infractores eran condenados en España á expatriación y perdimiento de bienes.

El Código, apartándose de estas reglas, señala la desheredación como pena, dejando su aplicación al arbitrio de los ascendientes; y por tanto el que no habiendo cumplido veintinueve años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado á obtenerlo, ó sin que el Gobernador respectivo haya declarado irracional el disenso, podrá ser desheredado no solo por aquel ó aquellos cuyo consentimiento le fué necesario, sino por todos los otros ascendientes. (32)

Como se observa, nuestro Código no ha previsto el caso en que habiendo fallecido *ab intestato* el ascendiente ó ascendientes sin cuyo consentimiento el menor haya contraído matrimonio, pretenda ser declarado heredero.

Entre las personas enumeradas en el título respectivo como indignas para suceder *ex testamento*, no se hallan los enunciados menores. El desheredamiento debe ser fijado en el testamento de una manera expresa y específica y probada judicialmente la causa en vida del testador por éste, ó después de su muerte por las personas interesadas. Fundados en esto y en los principios de equidad y de justicia, creemos que dichos menores tienen perfecto derecho para suceder como herederos *ab intestato* aun cuando hayan procedido, al celebrar matrimonio, contra la voluntad de su ascendiente difunto.

Además de las facultades otorgadas por el artículo que precede, el ascendiente sin cuyo necesario consentimiento, ó el del Gobernador res-

(31) Art. 113 — Código Civil.

(32) „ 114 — „ „

pectivo en subsidio, se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho.

El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de las personas que deban prestarlo, no priva del derecho de alimentos. (33)

Parecen á primera vista severas las penas que contienen las dos anteriores disposiciones, pero esas penas no son absolutas y dependen de la voluntad de los ascendientes, quienes siempre indulgentes por lo regular y susceptibles fácilmente de comoverse en favor de un hijo ó nieto desgraciado, pueden renunciar el derecho que la ley les ha concedido para afianzarles el respeto paterno y prevenir las calamidades subsiguientes á matrimonios impremeditados y producidos por sugestiones efímeras. Y esta indulgencia es tanto mas probable cuanto que después de algunos años el resentimiento de los padres desaparece y la expiación de los hijos durante ese tiempo es un estímulo poderoso para conquistar por la buena conducta el perdón á que deben ambicionar.

§ 3º

Dispensas.

Según la antigua jurisprudencia las dispensas de los impedimentos matrimoniales eran concedidas por los obispos y por el Sumo Pontífice.

Peró en todo lo que concierne al contrato el jefe y los ministros de la Iglesia no eran sino administradores, por decirlo así, de la potestad temporal, pues la religión aunque dirige el matrimonio por su moral y lo santifica por sus ritos no puede absorber el derecho que tiene el Estado de reglamentarlo en sus relaciones con el orden social. Así lo han comprendido la mayor parte de los pueblos cultos del siglo XIX y así lo comprendieron también, desde épocas remotas las naciones del pasado, según lo atestiguan varios monumentos históricos de la legislación romana.

En las primitivas épocas del cristianismo no fueron los ministros de la Iglesia sino los emperadores quienes promulgaron los primeros impedimentos del matrimonio entre parientes; y no fueron tampoco los ministros de la Iglesia sino los emperadores quienes desde luego se abrogaron la facultad de dispensarlos.

En el título 10 del Código Teodosiano se encuentra una ley del príncipe Honorario en la cual acuerda otorgar dispensas para la celebración del matrimonio solo entre los primos hermanos y previene que solo ante él puedan solicitarse.

Los emperadores Zenon y Anastasio también legislaron acerca de dispensas, reglamentando los casos en que debían concederse. Y Casiodoro Senador y Consejero de los reyes Godos dá noticia de la fórmula en que estos reyes usaban concederlas.

(33) Art. 115 — Código Civil,

Según el testimonio del padre Thomassín los papas comenzaron á acordarlas hasta el siglo XI; pero á pesar de que los pontífices asumieron en lo absoluto tal facultad, algunos monarcas con posterioridad como Luis IV, célebre por sus disputas con la Santa Sede, otorgó á principios del siglo XIV dispensa del parentesco que existía entre Luis de Brandebourg y Margarita, Duquesa de Carinthie.

El rey Enrique IV, de acuerdo con varias resoluciones del parlamento, promulgó también á fines del siglo XVI, un reglamento general por el cual se acordaban algunas dispensas.

El Poder civil es el único encargado de vigilar sobre la validez del contrato, aunque los ministros de la religión puedan y deban vigilar por la santidad del sacramento; pues si bien las reservas y las precauciones de la religión influyen sobre el objeto religioso no pueden en ningún caso y de ninguna manera influir sobre el matrimonio mismo que tiene en sí un objeto puramente temporal.

De acuerdo, con las facultades que las naciones han puesto en ejercicio desde tiempos oscurecidos por los siglos y en consonancia con las disposiciones hasta aquí citadas del matrimonio civil, la ley ha dispuesto que:

El Poder Ejecutivo podrá dispensar cualquiera de los impedimentos enumerados en el artículo 7 (los cuales se refieren al parentesco,) mediante causas graves, legalmente comprobadas ante el funcionario que instruya las diligencias matrimoniales, excepto el caso del número primero, referente á la consanguinidad y afinidad legítima ó ilegítima en línea recta. (34)

Estando facultado el Ejecutivo para dispensar los impedimentos de parentesco, como lo previene el artículo anterior, con la única excepción del de consanguinidad y afinidad en línea recta, tiene perfecto derecho de otorgar licencia para el matrimonio de dos hermanos ya sean carnales, paternos ó uterinos, matrimonios que pueden legitimamente celebrarse entre nosotros según la ley.

Hemos manifestado al ocuparnos de la Parte 6ª que se refiere al impedimento del parentesco en general lo repugnante que sería el enlace de dos hermanos y los conflictos que produciría en el seno de la familia y de la sociedad entera. Como la fuerza é inflexibilidad de las consideraciones en que hemos apoyado nuestra opinión son verdades palpitantes en el corazón de todos los hombres, no nos empeñamos en afianzarlas limitándonos á enunciar, que ese vacío de la ley tan pernicioso por la trascendencia del asunto de que se trata, debe subsanarse con una nueva disposición que prohíba terminantemente al Presidente de la República conceder tales dispensas y por consiguiente la celebración de esos matrimonios incestuosos.

(34) Inciso 2º art. 8 — Ley del matrimonio civil.

CAPITULO IV.

SUMARIO.

De la publicación del matrimonio — Denuncia de impedimentos — Celebración.

§ 1º

De la publicación del matrimonio.

La publicación es el anuncio del matrimonio que debe celebrarse y tiene por objeto dar á las partes interesadas en impedirlo, el conocimiento necesario y los medios indispensables para poner en ejercicio la oposición que proceda.

La falta de este requisito, constituye un impedimento de inobservancia de formalidad que solo puede ser dispensado en casos determinados, por el Poder Ejecutivo y por el Gobernador ó Jefe de Distrito cuando haya peligro de muerte como adelante lo veremos. He aquí las prescripciones que sobre el particular deben observarse.

Los que intentaren contraer matrimonio lo manifestarán al Gobernador del Departamento ó al Jefe de Distrito á que corresponde el domicilio ó residencia de los interesados ó de cualquiera de ellos, si residieren en poblaciones correspondientes á distintos departamentos ó distritos. (35)

Esta manifestación podrá hacerse de palabra ó por escrito y deberá ser firmada por los dos interesados, ó por otra persona á su ruego, si alguno de ellos ó ambos no supieren firmar. Se expresarán en ella el nombre, apellido, edad, profesión ú oficio, vecindario y lugar del nacimiento de cada uno de los solicitantes y los nombres, apellidos, profesiones y vecindario de sus padres y madres respectivos.

Si alguno de los interesados necesitare con arreglo á las leyes del consentimiento de otros para contraer matrimonio, se expresarán también el nombre, apellido y domicilio de la persona que deba prestarlo.

Si la manifestación á que se hace referencia se hiciere de palabra se levantará una acta en que se hará constar dicha manifestación, y todas las circunstancias que ella debe contener. (36)

Inmediatamente después de recibida la manifestación, si ésta hubiere sido hecha por escrito, pues siendo de palabra no será necesaria la ratificación que aquí se previene, el Gobernador ó Jefe de Distrito dictará providencia mandando que se ratifiquen en ella los interesados; y si adoleciere de alguna omisión ó defecto, se suplirá ó subsanará en el acto de la ratificación, adicionándose ó corrigiéndose lo que para ello

(35) Art. 9 — Ley del matrimonio civil.

(36) „ 10 — „ „ „ „ „ é incisos 1º y 2º acuerdo de 8 de Mayo de 1882.

fuere necesario. La diligencia de ratificación será firmada por el Gobernador ó Jefe del Distrito y su Secretario y por los interesados si supieren.

Para la ratificación de que habla el precedente inciso, pasará el funcionario á recibirla á la casa de los interesados, siempre que por enfermedad, decoro ó cualquiera otra razón fuese necesaria. (37)

Hecha la ratificación el Gobernador ó Jefe de Distrito mandará que se formen y publiquen edictos, copiándose el original de los mismos á continuación de la providencia en que se manden publicar. (38)

Los edictos serán firmados por el Gobernador ó Jefe de Distrito: se expresarán en ellos todas las circunstancias contenidas en la manifestación y se invitarán á todas las personas que tuvieren noticia de algún impedimento legal para el matrimonio proyectado, á que lo manifiesten al Alcalde municipal de su vecindario, ó al Gobernador ó Jefe de Distrito que firma los edictos. (39)

Estos edictos se fijarán por el término de quince días en el despacho de la Gobernación ó Jefatura del Distrito, en la sala municipal de la cabecera del Departamento, y en la del domicilio de cada uno de los interesados. (40)

El Gobernador ó Jefe de Distrito á quien compete autorizar el matrimonio, podrá dispensar la publicación de los edictos, cuando cualquiera de los interesados se hallare en eminente peligro de muerte debidamente comprobado.

En los demás casos, esta publicación solo podrá ser dispensada por el Ejecutivo por razón de honestidad ó decoro ó cualquiera otra justa causa, presentada ante la autoridad que conozca del matrimonio. (41)

Después de trascurridos seis meses desde la fecha de los edictos ó de su dispensa, sin que se haya celebrado el matrimonio, no podrá autorizarse, aunque los interesados lo soliciten, si no se cumplen nuevamente los requisitos y se practican las diligencias prescritas en esta ley. (42)

§ 2º

De la denuncia de impedimentos.

Todo individuo mayor de diez y seis años puede denunciar ante el Alcalde municipal, Jefe de Distrito ó Gobernador que ha de autorizar el matrimonio, los impedimentos legales que afecten á los pretendientes. (43)

La denuncia se hará verbalmente ó por escrito en el término señalado en los edictos. La que se hiciere después no será admisible. á

(37) Art. 11 — Ley del matrimonio civil ó incisos 1º y 2º acuerdo de 8 de Marzo de 1882,

(38) " 12 — " " " "

(39) " 13 — " " " "

(40) " 14 — " " " "

(41) " 15 — " " " "

(42) " 16 — " " " "

(43) " 17 — " " " "

menos de presentarse ante el Gobernador ó Jefe de Distrito que ha de autorizar el matrimonio y antes de su celebración. (44)

Si la denuncia se hiciere verbalmente ante un Alcalde, éste recibirá *incontinenti* al denunciante declaración jurada sobre ella, y la remitirá á la autoridad que esté conociendo del matrimonio.

Hecha tal denuncia ante el Gobernador ó Jefe de Distrito, éste asentará la declaración jurada del denunciante en el expediente relativo al matrimonio. (45)

Cuando la denuncia se hiciere por escrito, si es ante un Alcalde, éste la remitirá al Gobernador ó Jefe de Distrito, como se previene en el artículo siguiente; y si fuere ante el funcionario que conoce del matrimonio, se agregará el escrito al expediente respectivo. (46)

Al día siguiente de concluido el término señalado en los edictos, los Alcaldes de los lugares en donde se hubieren fijado, remitirán al Gobernador ó Jefe del Distrito los escritos de denuncia de impedimentos que les hubieren sido presentados y las declaraciones que hubiesen recibido conforme al artículo 19 ó aviso de no haberseles hecho ninguna denuncia.

Los Alcaldes de cualquier otro lugar, remitirán al Gobernador ó Jefe de Distrito que esté conociendo del matrimonio, los escritos de que habla el inciso anterior, inmediatamente después que les fuesen presentados. (47)

No podrán ser denunciados otros impedimentos que los declarados y establecidos por esta ley. (48)

La denuncia de cualquier impedimento legal, hecho en tiempo oportuno, producirá el efecto de suspender el matrimonio, hasta que fuere declarada su improcedencia ó falsedad; dejando á los contrayentes su derecho á salvo para deducir conforme á las leyes comunes la acción de calumnia si hubiere lugar. (49)

Trascurridos quince días después de la publicación del edicto, el Gobernador ó Jefe de Distrito agregará al expediente de matrimonio las denuncias de impedimentos que se les hubiesen remitido, y las hará saber, juntamente con las que ellos mismos hubiesen recibido á los pretendientes y á sus representantes legales, si fueren menores de edad, manifestándoles que dentro de quince días subsiguientes á la notificación, pueden recibirse las pruebas que creyeren convenientes contra las denuncias.

El Gobernador ó Jefe de Distrito, practicará también en el mismo término, las diligencias que juzgue oportunas para averiguar la verdad sobre el impedimento denunciado, y recibirá las pruebas que quiera aducir el denunciante si lo solicitare, procediendo en todo gubernativamente, y decidiendo, pasado dicho término, lo que fuere de justicia, sobre si puede ó no celebrarse el matrimonio. (50)

(44) Art. 18 — Ley del matrimonio civil.

(45) " 19 — " " " "

(46) " 20 — " " " "

(47) " 21 — " " " "

[48] " 22 — " " " "

[49] " 23 — " " " "

[50] " 24 — " " " "

§ 3º

Celebración del matrimonio.

El matrimonio se celebrará ante el Gobernador ó Jefe de Distrito competente, según el artículo 9, asistido de su Secretario y dos testigos que sean varones mayores de edad, avecindados en la República y que sepan leer y escribir. (51)

El Gobernador ó Jefe de Distrito no autorizará la celebración de ningún matrimonio, mientras no se les hayan presentado :

1º Las certificaciones de las partidas de nacimiento de los dos interesados, ó la prueba supletoria establecida en el Código Civil.

2º Los avisos prevenidos en el artículo 21, sobre no haberse denunciado impedimento alguno, cuando no se hubieren dispensado los edictos.

3º La prueba de haberse obtenido el consentimiento de la persona que debe prestarlo, ó de haberse suplido por la autoridad correspondiente, cuando se trate del matrimonio de hijos de familia ó menores de edad.

La persona que debe prestar el consentimiento, puede también manifestar verbalmente al Gobernador ó Jefe de Distrito, que lo otorga y, en ese caso se hará constar así por diligencia *apud acta*, que firmarán el Gobernador ó Jefe de Distrito y su Secretario y el mismo manifestante si supiere.

4º La certificación de la sentencia ejecutoriada que apruebe las cuentas del tutor ó curador, cuando en cualquiera de los contrayentes concurriere alguna de las inhabilidades previstas en el artículo 118 del Código Civil.

5º Los documentos prevenidos en el título de las segundas nupcias del mismo Código, cuando alguno de los interesados ó ambos hubieren estado casados anteriormente.

La contravención á lo dispuesto en este artículo, sujetará á los Gobernadores ó Jefes de Distrito á las penas de destitución y multa de 200 á 500 pesos. (52)

Sin embargo de lo prevenido en el artículo anterior, el Gobernador ó Jefe de Distrito podrá autorizar el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, aunque no se hayan presentado los mencionados documentos.

En el caso del inciso anterior, el Alcalde del domicilio de cualquiera de los contrayentes, podrá autorizar el matrimonio en la misma forma que los Gobernadores y Jefes de Distrito. (53)

El matrimonio se celebrará en el dia y hora señalados de antemano

[51] Art. 25 — Ley del matrimonio civil.

[52] " 26 — " " " "

[53] " 27 — " " " "

por el Gobernador ó Jefe de Distrito, de acuerdo con los interesados. Todos los días y horas son hábiles para la celebración del matrimonio. (54)

El acto de la celebración de matrimonio, deberá indicarse en la oficina del Gobernador ó Jefe del Distrito que hubiere de autorizarlo, á no ser que éste acordase otra cosa, á instancia de los contrayentes, por hallarse alguno de ellos en la imposibilidad de concurrir al local mencionado, ó por otra causa grave. (55)

Llegada la hora señalada para la celebración del matrimonio, y hallándose presentes los que deban concurrir al acto, el Gobernador ó Jefe de Distrito indicará el objeto de la reunión y anunciará que se va á proceder á llenar las formalidades de la celebración.

En seguidas el Gobernador manifestará brevemente la naturaleza, objeto y efectos del matrimonio civil, requiriendo de una manera general á los interesados, testigos y demás personas presentes, sobre sí saben que haya algún impedimento de los determinados por esta ley, prosiguiendo en seguida á la celebración del matrimonio, si no se hiciera ninguna denuncia, ó suspendiendo el acto en caso contrario.

Acto continuo y sucesivamente, el Gobernador ó Jefe de Distrito interrogará á cada uno de los esposos con la siguiente fórmula:

“¿Queréis por esposo ó esposa á N. de Tal? (el nombre y apellido del contrayente no interrogado) los contrayentes contestarán por su orden “si lo quiero.”

Incontinenti el Gobernador ó Jefe de Distrito pronunciará las siguientes palabras:

“En nombre de la República quedais unidos solemnemente en matrimonio, y estais obligados á guardaros fidelidad, y ayudaros mutuamente en todas las circunstancias de la vida,” con lo cual terminará el acto. (56)

Todo lo expresado en el artículo anterior, se consignará inmediatamente en una acta que firmarán el Gobernador ó Jefe de Distrito, los cónyuges si supieren los testigos y el Secretario de la Gobernación ó Jefatura de Distrito. Esta acta se extenderá en un libro, que se llevará al efecto, con el nombre de “Libro de actas matrimoniales” y una certificación de ella se agregará al expediente respectivo para cerrarlo y archivarlo.

Cuando se instruyan diligencias matrimoniales á solicitud verbal, pueden comprenderse en la misma acta varios matrimonios, tramitándose únicamente por separado las denuncias de impedimentos, que se acumularán después de resueltas, al expediente principal, sin que esto impida la celebración de los matrimonios en que no haya denuncia de impedimentos y que hayan sido comprendidos en la misma acta. (57)

[54] Art. 28 — Ley del matrimonio civil.

[55] ” 29 — ” ” ” ”

[56] ” 30 — ” ” ” ”

[57] ” 31 — ” ” ” ”

CAPÍTULO V.

Del divorcio.

Cuestión agitada en el seno de todas las Asambleas, que ha preocupado á los legisladores de las diferentes edades humanas y que ha sido discutida por los jurisconsultos de todos los países es la que se refiere al divorcio.

Los jurisconsultos entienden por tal la legítima separación de los cónyuges.

Uniformemente reconocen la necesidad de esta separación cuando por la perversidad del corazón, por la violencia de las pasiones y por la corrupción de las costumbres pueden producirse en la familia trastornos funestos que ahuyenten la paz y la dicha del hogar y cuyos trastornos deben evitarse cuidadosamente.

Pero se han dividido en la manera de examinar el divorcio considerándolo de dos maneras distintas: 1º como disolución del matrimonio; y 2º como suspensión de la vida común entre los cónyuges quedando subsistente el vínculo, de donde se originaron dos sistemas diferentes que dividieron también las legislaciones según el carácter y tendencias de cada pueblo y el espíritu religioso dominante en él.

Los defensores de la subsistencia se apoyan en que si bien el matrimonio, como todos los demás contratos, se forma únicamente por el consentimiento de las partes, no debe confundirse con aquellos actos que se derivan del consentimiento y pueden disolverse por una voluntad contraria á la que las formó, porque no interesan sinó á dichas partes de una manera exclusiva.

Mas el matrimonio afecta no solamente á los esposos que contratan: él forma un lazo de unión entre dos familias; crea en la sociedad una familia nueva, que mas tarde será el origen de otras. Los ciudadanos pasan á ser esposos desde el momento en que se casan y de esposos se convierten en padres, teniendo nuevas relaciones entre sí y con referencia á los hijos y á la sociedad, razón por la cual no deben quedar aquellos ni uno de los consortes sujeto al capricho del otro en su suerte futura; no puede tampoco la ley trastornar las relaciones domésticas y sociales autorizando la relajación; y de allí que aun siendo indispensable la separación quede subsistente el vínculo.

Los que la impugnan dicen, que la fusión de las personalidades y la comunidad de la vida que constituyen la esencia del matrimonio desaparece completamente porque se prohíbe al marido tratar y frecuentar á su mujer y que es injustificable la retención todavía del vínculo cuando de hecho el lazo ya no existe. En efecto el objeto principal del matrimonio queda falseado desde el momento en que el esposo carece realmente de la mujer y la mujer del marido.

Se arrebatan á los esposos los encantos y la esperanza de otra nueva unión legítima condenándolos á un perpétuo celibato, contrario á las le-

yes de la naturaleza y se les deja un nombre común que no redunde casi siempre sinó en la prolongación de la deshonra de uno de los cónyuges, y la eterna sátira del otro. de cuya deshonra no les será dado ponerse á cubierto.

El Derecho Canónico considera el divorcio de tres maneras: solo en cuanto al lecho *quod thorum*; en cuanto al lecho y á la habitación *quod thorum et choabitationem* ó en cuanto al vínculo matrimonial, *quod vinculum*.

En la Antigua Roma rigió el divorcio *quod ad vinculum*.

En los pueblos modernos mientras reconocieron las leyes de la Iglesia Católica que declara como dogma la indisolubilidad del matrimonio, rigió en sus legislaciones el divorcio *quod ad thorum*; pero desde que dicho principio fué controvertido en la Iglesia misma evocándose á San Epifanio y San Ambrosio, que creían que el divorcio podía tener lugar en cuanto al vínculo por causa de adulterio; recordándose además que la iglesia griega conserva el principio de esos santos á pesar de su reconciliación con la romana en el siglo XIII, y de la voz autorizada de San Agustín que fué el primero que proclamó la indisolubilidad absoluta; y desde que últimamente, el principio de la libertad individual fraccionó el catolicismo, fué adoptado por los disidentes el divorcio *quod ad vinculum* fundados en un versículo del mismo Evangelio que permite repudiar á la mujer por causa de adulterio.

La revolución francesa profesó el mismo principio proclamando este último sistema. Napoleón que aunque no admitió religión oficial respetó tanto el culto católico como el principio de la libertad individual, admitió los dos sistemas de divorcio; mas tan luego como aparece la Restauración fueron abolidas las disposiciones del Código Napoleónico á este respecto y se restableció la indisolubilidad del vínculo.

En nuestro Código no se titubeó para el establecimiento del sistema que deja subsistente el vínculo y de la misma manera que lo hace el Código de Chile reconoció solamente el divorcio *quod ad thorum*.

Poderosas razones en pró y en contra de dichos sistemas se presentan; y algunas naciones, como la Francia actual, reconocen el divorcio absoluto por exigirlo así las necesidades sociales del país, ya que el divorcio es el remedio eficaz de un mal enorme que debe evitarse.

Pero en el Salvador, pueblo naciente y de costumbres puras, la estabilidad del matrimonio está asegurada por esas costumbres que garantizan la tranquilidad y la dicha de los esposos y la ruptura del lazo sería inútil, impertinente y peligrosa.

Por eso la Asamblea comprendió que no debía considerarse el divorcio sinó como una simple separación de los cónyuges, ordenable solo mediante la concurrencia de ciertos casos determinados y así lo decretó procediendo del mismo modo que lo hicieron los redactores del Código Civil, al delegar en la Iglesia la facultad de decidir en materias de divorcio, cuyas leyes, como lo dejamos expuesto, establecen la indisolubilidad absoluta, seguida por la ley del matrimonio civil.

He aquí ahora las prescripciones legales.

El divorcio es la separación legítima de los casados, ordenado por

el Juez competente, quedando subsistente el vínculo matrimonial. (58)

Al exponer todo lo prescrito en el capítulo sobre excepciones relativas al divorcio perpétuo, del Título VI del Código Civil, nos ocuparemos de las causas por las cuales únicamente procede, del modo como esas causas se extinguen, de las personas que tienen derecho para reclamarlo y de los efectos que produce, ya con relación á las personas de los cónyuges como en lo que se refiere á los bienes existentes en el momento de la disolución.

CAPITULO VI.

De la nulidad del matrimonio.

No serían realizables las disposiciones de la ley si dejara de imponerse una sanción severa á sus infractores. Inoficioso y por demás inútil sería para el legislador rodear el matrimonio de precauciones, estableciendo impedimentos y reglamentando la extensión y eficacia de sus relaciones, para garantizar la sociedad contra los pactos matrimoniales opuestos á la moral pública, al derecho natural y á los intereses domésticos y sociales.

Y es por eso que la ley ha cuidadosamente prescrito las penas en que incurren los que defraudándola ó sorprendiendo maliciosamente á funcionarios incautos han contraído un matrimonio manchado con vicios ocultos que entrañan un defecto esencial.

He aquí esas penas :

No se reputará válido para los efectos de esta ley:

1º El matrimonio que se contraiga por el que tenga alguno de los impedimentos siguientes:

Impubertad; falta del ejercicio de la razón; impotencia física y vínculo matrimonial existente, cuyos impedimentos son dirimentes y absolutos.

Se tendrá, no obstante por rivalidad *ipso facto* y sin necesidad de declaratoria expresa el matrimonio contraído por impúberes si hubieren vivido juntos siquiera un día después de haber llegado á la pubertad legal sin haber reclamado en juicio contra su validez, ó si la mujer hubiese concebido antes de la pubertad legal ó de haberse entablado la reclamación.

2º El matrimonio que se contrajere mediando alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 7, es decir, parentesco, adulterio y conyujicidio, si no hubiere sido previamente dispensado; lo cual podrá verificarse solo mediante causas graves, entre los consanguíneos legítimos del cuarto grado ó afines legítimos ó ilegítimos del segundo; y respecto de los que solo se hallen procesados por los delitos que en el indicado artículo se mencionan, y no se hubiese pronunciado sentencia condenatoria. Esta dispensa corresponde al Ejecutivo.

De suerte que solo el parentesco consanguíneo y de afinidad en lí-

(58) Art. 32 — Ley del matrimonio civil.

nea recta constituye, como ya lo hemos dicho, un impedimento dirimente y absoluto y el colateral ó trasversal, lo mismo que el adulterio ó el conyujicidio lo son impedientes y relativos.

3º El que no se contrajere ante la autoridad competente y á presencia de dos testigos, según lo vimos en la Parte 5ª del Párrafo 2º

4º El contraído mediante los vicios contenidos en la Parte 2ª del mismo Párrafo, ó sea por error en la persona, por coacción ó por miedo grave que vicie el consentimiento.

Será no obstante válido el matrimonio á que se refiere el número anterior, si hubiesen trascurrido tres meses de cohabitación de los cónyuges desde que se conoció el error ó hubiese cesado la coacción, sin haber reclamado, durante este tiempo la nulidad. (59)

En los casos de los números 1º, 2º y 3º del artículo anterior, podrán reclamar la nulidad los cónyuges ó cualquiera otra persona que tenga interés en ella. En el caso del nº 4º podrá reclamarla solamente el cónyuge que hubiere sufrido el error, la coacción ó el miedo. (60)

Las prescripciones del juicio de divorcio, relativas á dar competencia para conocer de él al Juez de 1ª Instancia del domicilio; á que no haga fé la confesión de partes sobre la verdad de las causas alegadas y á que presentada la demanda se tramite sin mas requisito que la solicitud del interesado, ordenándose cualquiera de las disposiciones fijadas en el artículo 38, son también aplicables á los juicios sobre nulidad del matrimonio. (61)

En el primer auto que el Juez provea en la causa, nombrará de oficio un defensor del matrimonio, quien tendrá la obligación de sostener su validez por los medios legales, é intervendrá en todas las diligencias del juicio. (62)

CAPITULO VII.

Disposiciones generales.

El matrimonio puede celebrarse por medio de apoderado, con poder especial. (63)

Esta disposición tomada por los Códigos modernos del Derecho Canónico está sujeta á ciertas condiciones exigibles para la validez del matrimonio, condiciones que creyéndonlas del todo aplicables al ramo civil las enunciamos á continuación : 1º Que el poder que se confiere para contraerlo, no solo sea especial, sino que contenga expresa designación y denominación de la persona con quien el poderdante quiere casarse : no bastaría, por tanto, el poder en que se confiriese al procurador la facultad de elegir la persona que creyere conveniente; porque en

(59) Art. 42 — Ley del matrimonio civil.

(60) " 43 — " " " "

(61) " 44 — " " " "

(62) " 45 — " " " "

(63) " 52 — " " " "

un negocio de tanta importancia para toda la vida, las partes interesadas deben hacer la elección por sí mismas : 2º que el procurador no sustituya el poder que se le ha conferido para la celebración del matrimonio, no pudiendo hacer tal sustitución, á menos, que para ello es le haya facultado expresamente : 3º que el poderdante no revoque el poder antes de la celebración del matrimonio; pues que de otro modo, sería nulo éste, aunque la revocación no hubiese podido ser conocida del mandatario, ni de la otra parte : la razón de esta disposición es, porque el consentimiento de los contrayentes, es esencial para la validez del matrimonio, y este consentimiento no existe realmente, desde el momento que se verifica la revocación del poder; y 4º que el procurador cumpla exactamente con todas las condiciones que le hayan sido puestas por el poderdante, pues sería nulo lo que hiciese sin ligarse á los términos del mandato.

No se deben ganar costas, ni emolumentos de ninguna clase por las diligencias que los Gobernadores, Jefes de Distrito ó Alcaldes practiquen en cumplimiento de esta ley.

Dichas diligencias serán instruidas en papel común; pero las certificaciones de las actas del matrimonio que soliciten los interesados deben expedirse en el papel sellado que corresponde, cubriéndose por ellas los derechos de arancel. (64)

De toda providencia dictada por los Gobernadores ó Jefes de Distrito en los asuntos matrimoniales, puede apelarse para ante el Supremo Gobierno, en el acto de la notificación ó en los cinco dias subsiguientes. (65)

En los lugares donde hubiese Gobernador, con residencia fija, no podrán autorizar los matrimonios los Jefes de Distrito. (66)

En todo lo que no estuviere determinado por la presente ley, se estará á las disposiciones del Código Civil. (67)

Se faculta al Poder Ejecutivo para que dicte las providencias reglamentarias que le parezcan convenientes en la ejecución de la presente ley. (68)

(64) Art. 54 — Ley del matrimonio civil, Decreto de 8 de Mayo,

(65) " 55 — " " " "

(66) " 56 — " " " "

(67) " 57 — " " " "

(68) " 58 — " " " "

CAPITULO VIII.

SUMARIO.

Matrimonio celebrado entre extranjeros, ya en el Salvador ya en otro país — Matrimonio contraído por salvadoreños en país extranjero — Efecto que surte en el Salvador la disolución del matrimonio entre extranjeros hecho en país extraño y examen sobre si puede disolverse en la República — Matrimonio putativo,

§ 1º

Matrimonio celebrado entre extranjeros, ya en el Salvador ya en otro país.

Un ciudadano puede trasladarse de un lugar á otro; pero donde quiera que se encuentre tendrá derecho de ejercer todos los actos inherentes á su calidad de hombre. En el número de estos actos se encuentra la facultad de contraer matrimonio, que es sin duda uno de los mas naturales, porque esa facultad no es local y no puede circunscribirse á un territorio determinado: es universal, por decirlo así, como la naturaleza que se manifiesta en todas partes.

Por tanto, los extranjeros pueden en el Salvador contraer matrimonio, del mismo modo que los salvadoreños; mas arreglándose en todo á las leyes patrias, puesto que el Código no reconoce la aplicación del estado personal.

Es regla general, reconocida por el Derecho internacional privado, que la validez del matrimonio debe ser determinada por las leyes del país en que se ha celebrado, con la única excepción acordada para el caso de que haya intención de eludir maliciosamente las leyes del Estado á que pertenezcan las partes contratantes.

Ciñéndose estrictamente á esta regla en lo que se refiere á los extranjeros que vienen ya casados á habitar en el Salvador, el Código ha prescrito que:

El matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad á las leyes del mismo país, ó á las leyes salvadoreñas, producirá en el Salvador los mismos efectos civiles, que si se hubiese celebrado en territorio salvadoreño. (69)

Como se vé, no solo se otorgan efectos civiles al matrimonio contraído en otro país con arreglo á la *lex loci*, sinó también al celebrado en conformidad con las leyes salvadoreñas, cuya disposición ha sido tomada del Código Chileno, el primero que la consignó á imitación de la Iglesia.

Tal disposición puede algunas veces hallarse en pugna con la *lex loci* y producir un conflicto de jurisdicción internacional.

Por ejemplo; en Francia adquiere la capacidad para contraer matrimonio hasta los 18 años el varón y hasta los 15 la mujer. Suponga-

(69) Art. 119 — Código Civil.

mos que un salvadoreño de 16 años, hábil aquí é incapacitado allá, celebra matrimonio en Paris con una francesa, el matrimonio sería nulo según la legislación Napoleónica, y válido según la nuestra.

Hemos visto que la *lex loci* determina la validez del matrimonio celebrado entre extranjeros; pero pueden surgir todavía algunas dificultades sobre la averiguación de la ley á que deben quedar sometidos los bienes del matrimonio.

Los tratadistas de Derecho internacional dicen: que la *lex rei sitæ* rige los bienes raíces y la *lex domicilii* los muebles; pero que en el caso de un cambio de domicilio la ley del nuevo regirá todas las adquisiciones futuras y la *lex rei sitæ* los bienes raíces.

Nosotros, como consecuencia de las doctrinas que dejamos tratadas al hablar del efecto jurisdiccional de la ley sobre los bienes, pensamos que por el hecho de que los extranjeros pisen el territorio de la República quedarán bajo la acción de nuestra legislación, ya sobre sus derechos y deberes personales, como en todo lo relativo á sus bienes, salvas las capitulaciones matrimoniales.

§ 2º

Matrimonio contraído por salvadoreños en país extranjero.

Hemos visto ya que según la regla dada por el Código, los salvadoreños están sujetos á su ley personal y que por tanto residiendo en el extranjero, en lo que se refiere á las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia respecto á sus cónyuges y parientes salvadoreños, deben arreglarse á las leyes patrias.

Por consiguiente, aunque acepta la *lex loci* respecto al matrimonio celebrado entre extranjeros, no lo acepta en cuanto al contraído por salvadoreño ó salvadoreña en país extraño y dice:

Sin embargo, si un salvadoreño ó salvadoreña contrajere matrimonio en país extranjero, contraviniendo de algún modo á las leyes salvadoreñas, la contravención producirá en el Salvador los mismos efectos que si hubiere cometido en el Salvador. (70)

§ 3º

Efectos de la disolución del matrimonio entre extranjeros.

No examinaremos aquí la cuestión relativa á la simple separación de los cónyuges, quedando subsistente el vínculo matrimonial, porque aunque un divorcio obtenido en el lugar en que se celebró el casamiento y donde están domiciliadas las partes es válido en todos los Estados,

(70) Art. 119 — Inciso 2º, Código Civil.

puede suceder, sin embargo que habiéndose contraído matrimonio en un país los cónyuges varíen de domicilio, ó solo uno sea el que varíe. En este caso podría ocurrir que la causa por la cual haya procedido el divorcio, según la legislación del país primitivo no sea reconocida por la del otro, y en tales conflictos debe aplicarse la *lex loci*.

Pero ésta no basta para autorizar la disolución del matrimonio, pues por la ley salvadoreña la indisolubilidad es parte esencial del contrato y es en este sentido que consideramos el divorcio.

Por eso el Código dispone, que: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad á las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes salvadoreñas, no habilita á ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Salvador mientras viviere el otro cónyuge." (71)

Y por la misma razón agrega que: "El matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podría, sin embargo, disolverse en el Salvador, sinó en conformidad á las leyes salvadoreñas." (72)

§ 4º

Matrimonio putativo.

Se entiende por tal, el que se juzga verdadero por haberse contraído llenando todas las formalidades legales y con buena fé, al menos de parte de uno de los contrayentes, pero que fué nulo en realidad porque obtó á su validez un impedimento dirimente.

Tres casos distintos pueden ocurrir en esta materia : 1º que los dos cónyuges hayan tenido noticia del impedimento; 2º que los dos lo hayan ignorado; y 3º que solo uno lo haya sabido y el otro no.

En el primer caso, ambos deben sufrir las consecuencias de su malicia, consecuencias que se extienden hasta los hijos mismos, aunque inocentes, porque la necesidad de que no se defrauden las disposiciones legales que se basan en el principio de orden público, el cual está por encima de todo interés particular, hace indispensable la no relajación de los efectos de la ley. De tal manera, que rigurosamente hablando no ha existido matrimonio putativo en esta hipótesis.

En el 2º caso si los dos esposos ignoraban los vicios del matrimonio, como no existió en ellos la intención de eludir la ley, es justo que la severidad de los efectos se mitiguen y que respetándose el principio de disolución, se validen las convenciones civiles que existan entre los esposos y se otorgue á los hijos habidos durante el matrimonio el estado civil en que nacieron.

Y en el 3º si solo uno de los esposos conocía la existencia del impedimento y el otro lo ignoraba, es consecuente que el culpado sufra

(71) Art. 120 — Código Civil,

(72) " 121 — " "

las penas que se deriven de su conducta fraudulenta; pero también lo es que el inocente debe conservar las ventajas del matrimonio sin que le afecten las consecuencias civiles de su disolución, y que sus hijos, con más razón que sus bienes han de aprovecharse de la buena fé con que procedió en las nupcias.

“En rigor, dice Gollena, solo el matrimonio legítimo y verdadero podía hacer verdaderos esposos y producir hijos legítimos. Mas por un efecto de favor hacía los hijos, y en consideración á la buena fé de los esposos se ha recibido por equidad que, anulándose el matrimonio á consecuencia de un impedimento oculto que existía al contraerlo, si los dos esposos lo habían ignorado, tanto ellos como los hijos nacidos de esta unión conserven el nombre y prerogativas de esposos é hijos legítimos, porque los unos se han unido y los otros han nacido bajo el velo, sombra y apariencia del matrimonio.

Cuando la buena fé está de parte de uno solo de los contrayentes, éste solo puede reclamar los efectos civiles del matrimonio; pero los hijos se considerarán legítimos respecto de los dos y gozarán de los derechos de tales, porque siendo indivisible el estado de las personas era preciso y equitativo decidirse enteramente por la legitimidad: el esposo de mala fé responderá además de los daños y perjuicios al inocente.

Así, el contrayente de mala fé no gozará de ninguno de los efectos civiles de padre y esposo legítimo: no será heredero forzoso de los hijos, y éstos lo serán de él á pesar de que la reciprocidad es una regla general en materia de herencia.”

Nuestro Código ha reconocido estos efectos civiles, en los términos siguientes:

El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fé y con justa causa de error lo contrajo, y también respecto de los hijos habidos en él; pero dejará de producir efectos civiles, respecto de los cónyuges, desde que falte la buena fé por parte de ambos.

Las donaciones ó promesas que por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fé, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio. (73)

También de un modo terminante están concedidos estos efectos á los hijos, en la forma que sigue.

El hijo concebido durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres, es hijo legítimo. (74)

La ley del matrimonio civil, de acuerdo con las doctrinas enunciadas, ha prescrito además las reglas que deben observarse en el caso de declaratoria de nulidad matrimonial en los términos siguientes :

Los efectos de un matrimonio nulo se reglarán conforme á lo prescrito en el artículo 122 del Código Civil. (75)

Anulado ejecutoriadamente el matrimonio los hijos varones mayo-

[73] Art. 122 — Código Civil.

[74] „ 179 —

[75] „ 46 — Ley del matrimonio civil.

res de cinco años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al de la madre, habiendo habido buena fé por parte de ambos cónyuges.

Si la hubo tan solo por parte de uno de ellos, quedarán los hijos de ambos sexos bajo su potestad y á su cuidado.

Pero en todo caso continuarán bajo el cuidado de la madre los menores de cinco años hasta que cumplan esta edad. (76)

Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá efecto si los padres de común acuerdo dispusieren otra cosa. (77)

La sentencia ejecutoriada de nulidad de matrimonio, producirá respecto de los bienes de los cónyuges, los mismos efectos que la disolución de aquel por causa de muerte.

También producirá los mismos efectos que la sentencia ejecutoriada que declara, el divorcio, contenidos en los números 3º y 4º del artículo 39. (78)

El tribunal que pronuncie la sentencia de nulidad que cause ejecutoria, dará aviso al Gobernador ó Jefe de Distrito que hubiere autorizado el matrimonio, para que éste lo anote al margen de la correspondiente partida. (79)

La nulidad del matrimonio no prodrá perjudicar á los derechos de terceros que hubieren contratado de buena fé con los esposos. (80)

[76]	„	47	—	Ley del matrimonio civil.
[77]	„	48	—	„ „ „ „
[78]	„	49	—	„ „ „ „
[79]	„	50	—	„ „ „ „
[80]	„	51	—	„ „ „ „

TÍTULO 5º

De las segundas nupcias.

SUMARIO.

Reglas relativas al viudo — Reglas relativas á la viuda.

§ 1º

Reglas relativas al viudo.

Llámanse segundas nupcias, el matrimonio que contrae alguna persona por segunda ó más veces, á causa de haber sido disuelto el primero ó anteriores.

Nuestro Código, con el intento de evitar el sin número de cuestiones que trae consigo la división de los bienes que quedan por fallecimiento del padre ó madre, cuando éstos deben dividirse entre hijos de distintos matrimonios, la confusión de la prole y la zozobra de la familia que causa la incertidumbre de la paternidad, y con el fin de garantizar la propiedad de los bienes que pertenecen á cada uno de los hijos, ha establecido reglas precisas y precauciones que, sin coartar los matrimonios, aseguren la tranquilidad del hogar.

Así es, que prescribe al varón viudo que, teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad ó bajo su tutela ó curaduría, quiere volver á casarse, proceda á formar inventario solemne ó menos solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su mujer difunta ó cualquier otro título; con la intervención de un curador especial que se dará á dichos hijos, (1)

Habrá lugar al nombramiento de curador, aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo. (2)

En esta prescripción, debe atenderse á los dos casos posibles: ó el padre administra bienes de sus hijos ó de los que tiene en guarda ó no. Si lo primero, debe, antes de proceder á las segundas nupcias, formalizar inventario solemne ó menos solemne de esos bienes, para evitar que se confundan con los de la nueva sociedad conyugal en que va á entrar; si lo segundo, debe justificar judicialmente que sus hijos ó pupilos no tienen bienes bajo su guarda. En estas diligencias, los hijos ó los pupilos son representados por un curador especial, nombrado al efecto, el cual, en el primer caso, asiste á la formación del inventario, y en el segundo, testifica no existir bienes bajo la administración del padre viudo.

(1) Art. 124 — Código Civil.

(2) " 125 — " " "

La ley eleva á la categoría de impedimento civil, como lo hemos visto, pero que no produce nulidad, la falta de cumplimiento de esta disposición precautoria, y previene al Gobernador ó Jefe de Distrito que no autorice la celebración de ningún matrimonio, cuando el viudo que trata de volver á casarse, no le presente certificado auténtico de haberse practicado el inventario antedicho, ó de que sus hijos no tienen bienes propios, de ninguna clase; ó sin que preceda información sumaria, seguida ante el Juez de 1.^a Instancia respectivo, de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad ó bajo su tutela ó curaduría.

La contravención á lo dispuesto en este artículo sujetará á los Gobernadores ó Jefes de Distrito á las penas de destitución y multa de 200 á 500 pesos. (3)

Según el Código, la sanción penal recaía sobre el párroco que contravenía al precepto legal anterior, sujetándole á las responsabilidades que el Código Penal le impusiera; pero el Reglamento del matrimonio civil solo lo hace con el Gobernador ó Jefe de Distrito, que es hoy la autoridad encargada de la celebración del matrimonio, aunque se practique posteriormente el eclesiástico, conminándole con una pena determinada.

Pero cómo un inminente peligro pudiese exigir la inmediata celebración del matrimonio, sin dar lugar á que se llenen los requisitos que la ley prescribe, ella misma ordena, que no obstante lo prevenido en el artículo anterior, el Gobernador ó Jefe de Distrito podrá autorizar el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, aunque no se hayan presentado los mencionados documentos. Y que en este caso, aun el Alcalde del domicilio de cualquiera de los contrayentes, podrá autorizar el matrimonio en la misma forma que los Gobernadores y Jefes de Distrito. (4)

Tal disposición encierra un fondo de moralidad y previsión remarquables, porque ella tiende á afianzar los lazos de la familia y asegurar la propiedad, dando legitimidad á los hijos de desautorizadas uniones anteriores, y poniendo los bienes en manos de quien corresponde.

También la ley ha querido castigar al viudo que, al casarse, contraviniera á aquellas disposiciones, con la pérdida del derecho de sucesión en los bienes de sus hijos, mandando, que el viudo que se casare sin haber hecho antes el inventario prevenido en el artículo 124, perderá el derecho de suceder como legitimario ó como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado. (5)

(3) Art. 126 — Código Civil y 26, inciso 5.^o, ley de 22 de Marzo de 1881.

(4) " 27 — Ley de 22 de Marzo de 1881.

(5) " 127 — Código Civil.

•§ 2º

Reglas relativas á la viuda.

La ley, fundada en poderosas consideraciones de utilidad pública, de moral y delicadeza, y para evitar los peligros de la turbación ó confusión de la sangre y de los bienes, y de que aparezca en la familia un ser que no pertenece á ella, dandósele una falsa paternidad, según los cálculos de una madre codiciosa: establece precauciones de distinta naturaleza, respecto á la viuda que quisiere contraer segundo matrimonio, en consonancia con las condiciones especiales de su sexo. Porque pudiera suceder que la viuda quedase embarazada de su primer marido, aunque no aparezcan señales de preñez en ella, y entonces talvez se atribuiría la procedencia de la prole al segundo, siendo del primero.

El Derecho Romano para evitar estos conflictos, no permitía que la viuda se casara antes del trascurso de un año de la muerte del marido.

Las leyes de Partidas, penaban á la viuda que se casase antes de que se cumpliese el año de viudez, con la pérdida de las arras, donaciones ó legados que hubiese dejado el marido en el testamento, y la declaraba infame.

Pero la Novísima Recopilación, siguiendo lo dispuesto en el Fuero juzgo, dejó al arbitrio de la viuda el casarse en cualquiera tiempo después de la muerte de su esposo, relevándola de toda pena.

El Código Francés, prohíbe á la mujer que contraiga matrimonio, sinó después de haber trascurrido diez meses cumplidos, desde la disolución del matrimonio precedente.

El Chileno establece: que después de disuelto un matrimonio, la mujer que esté embarazada no puede pasar á otras nupcias antes del parto; ó, si no lo estuviese, antes de cumplirse los 270 dias subsiguientes á la disolución ó declaración de nulidad.

El nuestro, con mayor fundamento, toma por base los 300 dias que corresponden á la gestación máxima, porque durante ellos puede tener lugar el parto, según la ley.

Y así prescribe, que cuando un matrimonio haya sido disuelto ó declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar á otras nupcias antes del parto, ó, no habiendo señales de preñez, antes de cumplirse los 300 dias subsiguientes á la disolución ó declaración de nulidad.

Pero se podrán rebajar de este plazo todos los dias que hayan precedido inmediatamente á dicha disolución ó declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido á la mujer. (6)

En su primera parte esta disposición es clara, pues habiendo

(6) Art. 128 — Código Civil,

señales evidentes de preñez, debe esperarse que ésta desaparezca y que el nacimiento se verifique.

En la segunda, sin atender nuestra legislación á las razones de pública honestidad, decoro y respeto á la memoria del esposo muerto, que solo pertenecen al dominio privado, se concreta á señalar un término, durante el cual no deba abrigarse ningún temor sobre la perturbación de la sangre ni incertidumbre sobre la procedencia de la prole, sin atender al año de luto que la legislación antigua prescribía.

Tampoco la declara incurso en la pena de la infamia ni en otras pecuniarias, por su trasgresion.

Pero, como se ha dispuesto respecto al viudo, prohíbe al Gobernador ó Jefe de Distrito la autorización para celebrar el matrimonio de ésta, sin que por su parte se justifique no estar comprendida en el impedimento del artículo precedente; bajo las mismas penas impuestas á estos funcionarios y permisiones, para en caso de peligro inminente de muerte. (7)

Debiendo entenderse, que la violación de esta simple precaución que tiende á la defensa de la fama y buen nombre del marido aun después de muerto, aunque parezca elevada á la categoría de un impedimento impediendo, no anula el nuevo matrimonio, porque siendo ésta una simple prohibición que no se refiere á la esencia del matrimonio, no debe causar su disolución; como lo sostenía Merlín en la discusión del proyecto del Código Francés, contra aquellos que querían darle fuerza de nulidad.

Del término establecido por el artículo 128 del Código Civil, pueden rebajarse todos los días que hayan precedido inmediatamente á la declaración de nulidad ó disolución del matrimonio, cuando en ellos haya sido absolutamente imposible el acceso del marido á la mujer. Esta exclusión se funda en la evidencia ó imposibilidad física de la fecundación en esos días, por el alejamiento en que el marido se encuentra de la mujer. Por ejemplo: el 21 de mayo de 1882 perece en San Salvador un marido que aquí vivía con su mujer: la mujer no puede pasar á segundas nupcias sino después del 6 de marzo de 1883, que es la fecha en que se completan los trescientos días señalados por la ley. Pero si el 1º de diciembre de 1881 se hubiese ausentado el marido para Ahuachapán y allí hubiere fallecido, sin que hubiese vuelto á San Salvador donde residía su esposa, pudo ésta casarse después del 26 de setiembre de 1882.

En caso de peligro inminente de muerte la ley prescinde de las disposiciones precautorias establecidas en su artículo 124 y 128 del Código Civil, porque no constituyendo ellos un impedimento dirimente, no anulan el matrimonio que, en un caso tan apremiante como éste, puede autorizar el Gobernador ó Jefe de Distrito y aun el Alcalde del domicilio de cualquiera de los contrayentes, para que cese el escándalo de una unión ilícita, para definir el estado civil de la prole y garantizar sus derechos.

A mas de estas precauciones, la ley prohíbe que pase á segundas

(7) Art. 129 — Código Civil y 26 nº 5º y 27, ley de 22 de Marzo de 1881.

nupcias la viuda que tenga hijos de precedente matrimonio, bajo su potestad, tutela ó curaduría, sin que previamente lo denuncie al Magistrado, para que se nombre la persona que haya de sucederle en el cargo; bajo la pena de perder el derecho de suceder al pupilo por testamento ó abintestato: quedando ella y su marido solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido aun á los actos de la tutora ó curadora anteriores al matrimonio. (8)

Como se vé, esta disposición tiende á garantizar los bienes de los menores y su administración; aunque no quita *ipso facto* la guarda de ellos á la viuda, porque pudiera suceder que la madre no se ha vuelto á casar sinó en el interés de sus hijos, y un despojo como éste sería ofensivo á la pureza de sus intentos; pero, como la falta de examen en este caso y de la intervención de la autoridad para ver si es conveniente el nombramiento de otra persona que suceda en el cargo, pudiera perjudicar los intereses de estos mismos menores, la ley los garantiza por medio de la responsabilidad que impone á la madre y al nuevo marido, penando á aquella además con la pérdida del derecho de sucesión al pupilo.

TÍTULO 6º

Obligaciones y derechos entre los cónyuges.

CAPITULO I.

Reglas generales.

SUMARIO.

Derechos y obligaciones personales entre los cónyuges — Incapacidad civil de la mujer — Autorización marital — Autorización judicial.

§ 1º

Derechos y obligaciones personales entre los cónyuges.

El matrimonio establece entre los cónyuges derechos y obligaciones que emanan propiamente de la ley natural, porque la familia es la base y primer centro social, que encierra todos los elementos de la actividad humana, los cuales se desarrollan en diversas direcciones en el vasto campo de la sociabilidad humana: así es que la familia es la primera institución que el derecho debe reglar, fijando las relaciones recíprocas de los esposos entre sí y con los hijos, tomando en consideración la obe-

(8) Arts. 130 y 538 — Código Civil.

diencia á la autoridad marital y las funciones que incumben á cada miembro; porque esta aplicación del derecho en el seno de la familia se extiende en seguida á todos los grados ulteriores de la sociedad humana.

El Oriente, con su panteísmo en que todo se refunde, haciéndolo aparecer bajo una sola manifestación, arregla en su Código los mas minuciosos detalles de la vida social, la familia y la actividad individual, comprimiendo todo vuelo á la inteligencia, para afianzar de esta manera la dominación sacerdotal. Así es que, la vida social está reglamentada sobre la familia, primera sociedad del género humano, bajo la forma patriarcal.

En Grecia y Roma el Estado absorbe la familia, y la madre solo es una máquina para dar hijos á la República.

El cristianismo, al abrir á la humanidad una nueva era, una vida nueva, al comunicarla un espíritu mas elevado, que debíá purificar sucesivamente todas las instituciones, ha mejorado la condición de la mujer con sus cultas y humanitarias doctrinas.

Pero la reforma, inaugura una nueva época en la historia del derecho natural: realzando el elemento personal y subjetivo de la conciencia humana, con la consagración del libre examen, y favoreciendo los estudios sobre el origen histórico y filosófico de todas las instituciones, dió lugar á la solución exacta de todas las cuestiones filosóficas y de derecho: sancionando de nuevo la personalidad humana, abrió nueva fuente de vida y actividad, hizo prevalecer la razón sobre los preceptos escritos y sancionados antes por la preocupación, con mas exactas aplicaciones de las reglas de la vida social y del derecho.

La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer. (1)

Esta potestad está fundada en el orden de la naturaleza y en las leyes divinas y humanas, dice Troplong.

La familia, á semejanza del Estado, necesita una representación exterior y otra interior. El hombre eleva sus ideas y sus sentimientos mas bien hácia lo exterior, hácia las relaciones que le unen al mundo y á la humanidad: al paso que, la mujer reconcentra perfectamente sus afecciones y pensamientos en la intimidad de la vida doméstica. En el hombre hay un poder mayor de abstracción y generalización, una facultad de concepción más extensa: en la mujer predomina el sentimiento y la comprensión de las relaciones particulares y personales. El hombre es más apto para pensar, y la mujer para sentir: de aquí se origina que el marido, que comprende mejor el mundo exterior, representa á la familia en sus relaciones externas; y que á la mujer, poseída de un sentimiento mas intenso, incumbe con particularidad el arreglo de los asuntos domésticos.

Kranse entre los escritores modernos, es el que mejor ha puntualizado las igualdades y desigualdades del hombre y la mujer.

En estas diferencias que marca la naturaleza, la ley ha fundado los derechos y obligaciones que corresponde á cada uno de los cónyuges;

(1) Art. 132 — Código Civil,

pero, á pesar de ellas, no creemos conveniente que se encierre en un círculo demasiado estrecho la vida y el desarrollo de la mujer que, dotada de las mismas facultades fundamentales que el hombre, puede interesarse en todo lo que es humano y corresponde á la vida social.

Así es que, algunas legislaciones modernas desechan las restricciones que la ley impone á la mujer para la representación judicial y los contratos, y aun les abre las puertas de las carreras científicas.

La potestad, pues, del marido sobre la mujer reconoce hoy los límites que la equidad, la moral y la razón señalan, y está basada en el amor y auxilio que mutuamente se deben.

Hoy la mujer no es la hija de familia ó la pupila del marido, no es la esclava de un señor, ni el instrumento de simples apetitos: el marido es solamente el jefe de la familia, el director de la sociedad conyugal que vela por el interés común, que no tiene un poder absoluto sobre la mujer, como lo tiene sobre los bienes de la sociedad conyugal durante el matrimonio.

Los cónyuges están obligados á guardarse fidelidad, á socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

El marido debe protección á la mujer, y la mujer obediencia al marido. (2)

Como la unión matrimonial se distingue de todas las demás sociedades, en que abraza toda la personalidad de los esposos, todo el cariño que el hombre debe á la mujer, no permite que se divida este afecto: la repartición del amor por parte de cualquiera de los dos, traería consigo la desigualdad, y destruiría la intimidad y la confianza de la familia; por eso es que el adulterio y la poligamia siempre se han considerado contrarios á las condiciones del matrimonio, y por consiguiente, ambos esposos se deben igual grado de fidelidad, ayuda y socorros mutuos en todas las circunstancias de la vida.

El marido debe hacer partícipe á la mujer de todas las comodidades de que él disfrute, por razón de la igualdad que debe reinar entre los dos; ha de prodigarle toda especie de cuidados en caso de enfermedad, desgracia ó accidente; y proveerla de lo preciso para las necesidades de la vida, según su estado y facultades; y la mujer tiene igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes. (3)

Siendo el marido jefe de la familia, como se ha dicho, tiene sobre la mujer cierta potestad, por razón de su mayor fuerza, prudencia y aptitud, y ella le debe obediencia; pero este poder y obediencia deben contenerse en los límites de la equidad y de la razón, como dice Pothier.

Las obligaciones que existen entre los esposos, no permiten, en general, el empleo de la fuerza para hacerlas ejecutar: los deberes conyugales propiamente dichos, no pueden ser sinó libres manifestaciones del amor, la coacción los convertiría en actos indignos de la naturaleza moral del hombre. La historia pone de manifiesto, por do quiera, los perniciosos efectos que, bajo el punto de vista de las costumbres y la ci-

(2) Art. 131 — Código Civil.

(3) „ 134 — „ „

vilización, resultan de la opresión injusta del sexo femenino.

El progreso de las ideas ha demostrado que la mujer no está sometida en el hogar á la potestad absoluta ó justicia del marido, y que las costumbres actuales no permiten que éste se abrogue hasta el derecho de castigarla ó de vejlarla personalmente, pues la obediencia que ella le debe, es simplemente un homenaje tributado al poder protector, y una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal, que no podía subsistir si uno de los esposos no estuviera subordinado al otro.

Como el matrimonio es un contrato en que el hombre y la mujer se unen por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente, el marido tiene derecho para obligar á su mujer á vivir con él y seguirle á donde quiera que traslade su residencia. Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente de la vida de la mujer.

La mujer, por su parte, tiene derecho á que el marido la reciba en su casa. (4)

El fin conyugal no se realizaría si el marido no tuviera este derecho: la mujer debe seguirle á donde quiera que él traslade su residencia, aunque sea al destierro, porque así como participa ordinariamente de la protección, de la honra y las dignidades del marido, justo es que participe también de sus vicisitudes y desgracias en la vida; pero también la ley pone término á esta obligación, cuando su cumplimiento acarrea peligro inminente á la vida de la mujer, en virtud de una ley superior de la naturaleza, que es la de conservación. Algunos juriscultores creen que tampoco puede obligarse á la mujer á seguir al marido cuando éste lleva una vida errante, porque en este caso no es posible establecer el hogar para la formación de la familia, como lo decía el Derecho romano.

Como para hacer efectivo este derecho se hace preciso ocurrir á la autoridad judicial, quien debe proceder en su caso sumariamente, se suscita la duda, de si el marido puede usar como medio coercitivo la fuerza pública ó la violencia personal.

Las legislaciones modernas nada dicen á este respecto: el Código francés ni el de Chile indican el procedimiento á que debe ocurrirse en estos casos: tampoco nuestro Código es explícito en esta parte, á pesar de que, al tratarse de los hijos dá al padre la facultad de corrección y castigo y aun la de pedir su arresto por justos motivos, según lo expresa el artículo 232 C.

Tampoco se dice nada del empleo de la fuerza por parte del marido para obligar á su mujer á vivir con él, en la representación que al Cuerpo Legislativo elevó el Consejo de Estado cuando se discutía el Código napoleónico, ni los miembros de éste en la discusión.

Si se atiende á lo expuesto en nuestras anteriores enunciaciones, y á la naturaleza del contrato matrimonial y de las relaciones que deben mantenerse entre los esposos, en un todo diferentes de la de otra clase de contratos. Si se examina el espíritu de nuestra legislación en

(4) Art. 133 — Código Civil.

todas aquellas disposiciones que se refieren al marido y á la mujer, se vé que la mente de la ley en el presente caso no puede autorizar el empleo de la fuerza pública ni la violencia personal, porque tal proceder lastimaría el honor de la familia, ni sería eficaz para hacer entrar nuevamente en la senda del deber al cónyuge que se ha separado de ella, puesto que no puede hacerse guardar perpétuamente por un agente de la fuerza pública el domicilio conyugal, como lo expresan Toullier y Mourlon; debiendo entenderse que la ley en este caso no tiene otra sanción, que el derecho que le queda al marido de negar á la esposa toda especie de pensiones y socorros.

Lo mismo debe decirse del derecho que por su parte tiene la mujer á que el marido la reciba en su casa, porque todo es relativo entre ellos y militan las mismas razones, habiendo talvez mayores peligros para que la mujer ocurra al medio coercitivo de la fuerza pública al tratar de hacer efectivo este derecho.

Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título de la sociedad conyugal.

Los que se hayan casado en país extranjero y pasaren á domiciliar-se en el Salvador, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad á las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes. (5)

Siendo el marido el jefe de la familia y el socio mas apto para representarla, natural es que tenga la administración y la representación de la sociedad, aun respecto de los bienes exclusivos de la mujer que está bajo su potestad, porque también solo él puede obligarse respecto de otra persona.

Así es que, en esta sociedad tácita que resulta del matrimonio, sin una convención expresa que la regule, cuando no ha habido capitulaciones matrimoniales, debe estarse á las reglas que la ley fija para su existencia y desarrollo.

§ 2º

Incapacidad civil de la mujer.

Se ha dicho, que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes y el marido adquiere su administración y la de los de la mujer, perdiendo ésta su personería por quedar bajo la potestad del marido, y el derecho de celebrar contratos, desistir de los que estén ya contraídos, remitir deudas, aceptar herencias, legados ó donaciones, adquirir á título oneroso ó lucrativo, enagenar, hipotecar ó empeñar, sin autorización del marido.

El interés de la sociedad conyugal, la dirección de ella y la administración de los bienes que la ley dá al marido, impone á la mujer que

(5) Art. 135 — Código Civil,

se casa la pérdida de la facultad de ejercer, durante el matrimonio, la mayor parte de sus derechos civiles, verificándolo solo en caso de autorización especial, dada por éste ó por la autoridad en subsidio.

Esta incapacidad no nace de la debilidad del sexo en la mujer, porque ella á los veintiun años entra en el pleno goce de la personalidad civil, y es apta como el hombre para ejercer todos los derechos que le corresponden; tampoco debe buscarse esta incapacidad en la parte moral, porque, como hemos dicho, ella tiene las mismas dotes, y talvez mayores aptitudes para ciertos asuntos que se relacionan con la vida práctica.

Tampoco esta incapacidad legal es un efecto de la potestad marital, que comienza desde el momento en que se contrae el matrimonio, porque ella se refiere al gobierno interior de la familia, á la regularidad y orden doméstico, de manera que la obediencia que la mujer debe en este punto al marido, no afecta en nada sus derechos personales respecto á los bienes, porque la legislación moderna la ha sacado de la servidumbre ó pupilaje en que la tenía el derecho antiguo, convirtiéndola de cosa en persona, de esclava en compañera, arrancándola de esta manera del bajo nivel á que la había reducido el *manus* de los romanos, el *mundium* de los germanos y las capitulares de la edad média.

Así es que, la incapacidad civil de la mujer casada no procede de las condiciones de su sexo, ni de la potestad marital sobre su persona, sinó del derecho de administración que le dá la ley al marido sobre los bienes de la sociedad conyugal.

Por eso es que la mujer puede ejercer libremente todos aquellos actos que corresponden al ejercicio de su profesión, industria ú oficio: comprar bienes muebles al contado, y al crédito los objetos destinados al consumo ordinario de la familia; y aun disponer de sus propios bienes por acto testamentario que deba tener efecto después de su existencia.

Y en caso que el marido no pueda ejercer la administración de la sociedad conyugal por interdicción ó por larga ausencia, puede la mujer también asumir aquella administración, con iguales facultades, ejecutando por sí sola aquellos actos en que, para su legalidad, necesitaba el marido el consentimiento de la mujer.

Nuestro derecho separándose del espíritu de otras legislaciones, funda la incapacidad de la mujer en la administración exclusiva que dá al marido de los bienes comunes, para que solo él vele por su conservación, en provecho de la misma sociedad conyugal; á diferencia de lo que opinan algunos comentadores españoles y franceses, haciendo depender aquella inhabilidad de la sujeción que impone la autoridad marital en exclusivo provecho del esposo, y no de los intereses comunes.

Pero, aunque establece la comunidad de bienes en los matrimonios celebrados en el país, por razón de la sociedad tácita que resulta de ellos, reconoce, por otra parte, el régimen de separación en aquellas personas que se hayan casado en país extranjero y veugan á domiciliarse en el Salvador, siempre que en conformidad á las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad de bienes.

Natural es en este punto la adopción de la *lex loci*, porque ba-

jo su imperio se celebró el contrato, según los principios generales de nuestra legislación, arriba expuestos.

§ 3º

Autorización marital.

Sin autorización del marido no puede la mujer casada aparecer en juicio por sí, ni por procurador, sea demandando ó defendiéndose.

Pero no es necesaria la autorización del marido en causa criminal ó de policía, en que se proceda contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido, ó del marido contra la mujer.

El marido, sin embargo, será siempre obligado á suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus acciones ó defensas judiciales; los cuales serán determinados por el Juez en juicio sumario. (6)

La incapacidad de la mujer para comparecer en juicio, en materia civil, se funda en dos causas: si se trata de asuntos que conciernen á la sociedad conyugal, le está vedado hacerlo, porque ella no puede comprometer estos intereses, alejada como se encuentra de su representación, que corresponde exclusivamente al marido: si lo hace en asuntos propios, tampoco puede aparecer en juicio, porque durante el matrimonio sus funciones están concretadas al hogar doméstico, al arreglo y buen orden interior de la familia; debiendo obediencia y sumisión al marido, como un homenaje rendido á la potestad marital, tampoco puede gestionar ni contraer ninguna clase de obligaciones en la esfera judicial sin la correspondiente autorización del marido.

Y solo en el caso en que se trate de un litigio entre la mujer y el marido ó viceversa, se hace innecesaria la autorización, y aun inoficioso el solicitarla de éste, que es muy natural la negase.

En esta parte nuestro Código es mas acertado que las leyes españolas y francesas, que dan á entender ser necesaria la autorización, estorbando de esta manera el pronto uso de los derechos de la mujer, y esponsiéndola con largas tramitaciones á la prolongación de los excesos del marido, en cumplimiento de simples fórmulas originadas de la muy lata interpretación que se dá á la potestad marital.

Pero en materia criminal ó de policía en que se proceda contra la mujer, estando de por medio el orden público, el interés social y las buenas costumbres, que exigen la pronta represión de los delitos, no se necesita la autorización marital; porque en este caso, como decía Portalís en su exposición de los motivos de las disposiciones del Código napoleónico, la autoridad del marido desaparece ante la autoridad de la ley, y la necesidad de la defensa natural dispensa á la mujer de toda formalidad.

No existiendo iguales razones, cuando en esta misma clase de asuntos pretende la mujer asumir el carácter de actor, debe estarse á

(6) Art. 136 — Código Civil.

la regla general, suponiendo á la mujer sujeta á la autoridad marital para las obligaciones judiciales que voluntariamente va á contraer.

Esta diferencia no se consignaba en el derecho español, aunque algunos intérpretes de él, creían relevada de toda autorización á la mujer en juicio criminal, estando ésta acusada, por quedar suplida con la orden del Juez á que responde.

En todo caso queda obligado el marido á suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus acciones ó defensas judiciales, en razón de ser él el administrador de todos los bienes, por el auxilio y protección mutua que se deben, y por los perjuicios que tanto á la persona como á los bienes vendrían negando los recursos indispensables al ejercicio de aquellas acciones.

Tampoco puede la mujer, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar ó repudiar una donación, herencia ó legado, ni adquirir á título alguno oneroso ó lucrativo, ni enagenar, hipotecar ó empeñar, ni aceptar ó repudiar la legitimación. (7)

Estas disposiciones son generales y se encuentran consignadas en casi todas las legislaciones del universo, con excepción de algunos países como el Austria y los Estados-Unidos, en cuyo último punto se concreta especialmente á la adquisición de bienes raíces.

Nuestro Código, observando un método mas claro, especifica todos los casos en que debe preceder la autorización, y aquellos en que no es necesaria, según se verá en el curso de este párrafo, llevando siempre en mira el interés de la sociedad conyugal y su mejor administración.

La potestad civil del marido que en algunas naciones se deriva exclusivamente de la administración de los bienes dotales, según las cláusulas consignadas en las capitulaciones matrimoniales, en nuestro Código tiene mas sólidos fundamentos y se regula por reglas fijas á que deben atenerse el marido y la mujer.

Según el derecho español la mujer podía por sí sola aceptar una herencia, con tal que lo hiciese á beneficio de inventario; por creer de esta manera salvado el peligro de los perjuicios que pudiese ocasionar esta aceptación; pero nuestro Código, como se ha visto, exige para ello la autorización marital.

Pero cuando se trata de repudiar una donación, herencia ó legado, el derecho romano, fundándose en que la facultad de admitir una herencia no afectaba la propiedad de la sociedad conyugal, por no referirse á bienes ya adquiridos ó que formaban parte de aquella, dejaba á la mujer en libertad de hacerlo.

El derecho español consignaba esta prohibición como el nuestro, mandando que la mujer no pudiese renunciar una herencia, donación ó legado sin autorización expresa del marido.

La mujer no necesita de la autorización del marido para disponer

(7) Arts. 137 y 110 — Código Civil.

de lo suyo por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte. (8)

La claridad de la disposición que precede, nos excusa de largas demostraciones, porque al referirse ella á una época en que la sociedad conyugal estará ya disuelta, no afecta en manera alguna ni las prerogativas ni los intereses del marido como administrador.

Se presume la autorización del marido en la compra de cosas muebles que la mujer hace al contado, como ya se ha dicho, y en las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia.

Pero no se presume en la compra al crédito de galas, joyas, muebles preciosos, aun de los naturalmente destinados al vestido y menaje, á menos de probarse que se han comprado, ó se han empleado en el uso de la mujer ó de la familia, con conocimiento y sin reclamación del marido. (9)

Estando al cuidado de la mujer el orden ó régimen doméstico y la economía del hogar, la ley presume la autorización del marido en la compra al contado ó al crédito de objetos naturales de diario consumo, lo mismo que en las compras al contado de objetos muebles indispensables á la casa. Notándose la diferencia de que, cuando se trata de objetos de consumo ordinario, como los indispensables para la diaria alimentación, la ley presume la voluntad del marido aun para el empeño de su propio crédito.

Pero esta presunción cesa cuando se trata de la compra al fiado de galas, joyas, muebles preciosos y aun vestidos, por no ser objetos de urgente necesidad, y si el marido no ha dejado los recursos indispensables para comprarlos, debe presumirse que no quiere empeñar su crédito para ello; aunque esta presunción cesa cuando él, presenciando tales contratos ó el empleo de tales objetos en la esposa y la familia, no se opone á ellos.

También sufren excepciones ó modificaciones las reglas de los artículos precedentes por las causas siguientes: 1ª el ejercitar la mujer una profesión, industria ú oficio: 2ª la separación de bienes: 3ª el divorcio perpétuo, cuyos puntos adelante trataremos, lo mismo que la autorización que en las capitulaciones matrimoniales, se dé á la mujer para administrar una parte de sus bienes propios con independencia del marido. (10)

La autorización del marido deberá ser otorgada en instrumento público, ó interviniendo él mismo expresa y directamente en el acto.

No podrá presumirse la autorización del marido, sinó en los casos que la ley ha previsto. (11)

Como el marido es respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, y toda deuda contraída por la mujer con mandato general ó especial ó con autorización expresa ó tácita de él, es deuda del marido y

(8) Art. 139 — Código Civil.

(9) " 147 — " "

(10) " 149 — " "

(11) " 138 — " "

por consiguiente de la sociedad, sin que los bienes de la mujer queden afectados, sinó en cuanto se probare haber cedido la deuda en utilidad de ella; debe ir revestida la autorización de las mayores formalidades legales y en la forma mas inequívoca y valedera, como lo es el instrumento público; á diferencia de lo dispuesto en el Código francés y en el chileno, que solo exigen que la autorización conste por escrito, haciendo recaer el primero estas obligaciones, no solo sobre los bienes de la sociedad conyugal, sinó también sobre las personales de la mujer y el marido.

Notándose mas lógica en el nuestro sobre este punto, porque la autorización marital equivale á un mandato y debe surtir los efectos de tal, sin que él se desvirtúe por haber contratado la mujer en su nombre, como lo cree Rogrón.

Cuando el marido interviniere expresa y directamente en el acto, es también una forma inequívoca de su asentimiento á lo practicado por la mujer; pero no cuando solo se deje presumir su autorización, por no ser éste uno de los casos que la ley ha previsto.

La ley 12, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que se ocupa de esta misma materia, no expresaba la manera de formalizar la autorización.

La autorización del marido puede ser general para todos los actos en que la mujer la necesite, ó especial para una clase de negocios, ó para un negocio determinado. (12)

La legislación española y la chilena se encuentran enteramente de acuerdo con nuestro Código en esta disposición.

El francés no permite la autorización general aunque haya sido estipulada por contrato de matrimonio, mas que en lo que se refiere á la administración de los bienes de la mujer, porque para apreciar debidamente el marido el acto que va autorizar, es necesario que éste sea determinado y definido, porque de otra manera supone Mourlon, comentar de aquel Código, que la autorización no sería en el fondo sinó una abdicación de la potestad marital.

Nuestro Código, no solamente establece la autorización especial para una clase de negocios ó para uno determinado, sinó también la general, como se ha visto, por la conveniencia de hacerlo así en algunos casos, evitando de esta manera reiteradas autorizaciones, por la aptitud de la mujer en el manejo de los negocios, por impedimentos personales del marido, ó ausencia indeterminada, y porque no hay razón para que el marido no dé un mandato general á su mujer, partícipe de su suerte y de sus bienes, cuando puede conferírsele á un extraño con el fin de auxiliar la buena administración de la sociedad conyugal, único objeto que ha tenido en mira la ley al establecer la autorización marital.

Estas razones toman mayor fuerza si se atiende á que el marido, atento siempre á la buena administración de la mujer, se reserva en caso necesario el derecho de revocatoria.

En efecto, el marido podrá revocar á su arbitrio, sin efecto retroac-

(12) Art. 140 — Código Civil.

tivo, la autorización general ó especial que haya concedido á la mujer.

La revocación se hará por instrumento público y deberá anotarse su contenido por el cartulario respectivo al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se revocan, y darse por el marido aviso al público en el periódico oficial; sin que valga en otra forma.

Si pendiesen autos ante algún tribunal en los cuales obrase la mujer con autorización del marido, deberá éste hacer constar en ellos la revocatoria, exhibiendo la copia original de la escritura de revocación y de la nota de que se habla en el inciso anterior; de otra manera, se tendrá por no hecha en este caso. (13)

En virtud de esta revocatoria asume el marido otra vez su plena potestad de administrador y las responsabilidades consiguientes, con excepción de los casos en que el acto hubiere cedido en beneficio personal de la mujer.

Así es que los que ella ejecute después de la revocatoria, ó sin la autorización correspondiente, son nulos, como ejecutados por persona incapaz, que no la obligan á ella ni al marido, y cuya acción de nulidad pueden ellos intentar.

Pero esta excepción es relativa y solo puede alegarse por los cónyuges, sus herederos ó cesionarios, por no revestir los caracteres de absoluta, en razón de no estar de por medio el interés público, puesto que el acto que la motiva no afecta las leyes ó buenas costumbres, y la ley no debe favorecer á las personas que la han violado contratando á sabiendas con otra que no tiene representación propia.

Natural es que este derecho solo corresponda al marido cuya voluntad no se ha consultado, á la esposa á quien el acto privó de la protección legal del marido, y á los suyos á quien ellos transmiten sus propios derechos. (14)

La ley antigua calificando indebidamente esta nulidad como absoluta, dejaba la facultad de reclamarla hasta á los extraños.

Pero como, según nuestro Código, la autorización se hace en escritura pública, natural es que al margen de ésta se haga constar también la revocatoria, dándole la debida publicidad por la prensa para que llegue al conocimiento de todos; y que si hubiesen autos pendientes ante algún tribunal en que la mujer gestione con autorización del marido, para suspender éstos, tiene el marido que acompañar certificación de la escritura y revocatoria para que se agregue al expediente, pues de otra manera se tendrá por no hecha la revocación.

Pero como toda nulidad relativa es subsanable por medio de la ratificación, el marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado á su mujer, y la ratificación podrá ser también general ó especial. La ratificación podrá ser tácita, por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su adquiescencia.

El conocimiento del acto y su nó reclamación dentro de los treinta días subsiguientes á él, induce ratificación. (15)

(13) Art. 141 — Código Civil.

(14) " 1626 — " "

(15) " 142 — " "

La ley 58 de Toro establece de una manera expresa la ratificación marital.

El Código francés lo hace de una manera indirecta, al hablar de las obligaciones contra las cuales la ley admite la acción de nulidad ó de rescisión, pero con la necesidad de una mención expresa y determinada de la obligación y del motivo de la acción de rescisión, y además el propósito de reparar el vicio en el cual se funda aquella; pudiendo también hacerlo tácitamente por medio de la ejecución voluntaria de la obligación en la época en que puede confirmarse ó ratificarse válidamente; entrañando estos actos la renuncia de los medios y excepciones que pudieran oponerse contra ellos, sin perjuicio de derecho de tercero.

En vista de esta dudosa disposición, algunos de sus comentadores opinan, que no puede ratificarse lo que la mujer ha hecho sin autorización del marido; y otros, fundándose en que toda ratificación presupone la existencia de un compromiso privado de la fuerza jurídica necesaria para exigir su cumplimiento, han llegado hasta á afirmar, que toda nulidad, aun la que resulta de falta de causa, de consentimiento ó de causa falsa, pueden ser confirmadas ó ratificadas, como la hacen Toullier y Merlin.

La opinión de que la ratificación de los actos de la mujer no la rechaza el Código francés, se afirma con la calificación de las palabras *documento radicalmente nulo*, hecha en el proyecto primitivo del Código napoleónico por la Sección de Legislación del Tribunado, juzgándolas como expresiones vagas que podían ser causa de arbitrariedades é incertidumbres, y que debían ser sustituidas por una disposición que marcara claramente la línea divisoria entre las nulidades irreparables, y aquellas otras que pueden repararse.

Por esto es que Faubert dice: "es una idea verdadera y sencilla la de que no se puede confirmar ni ratificar mas que aquello que ha existido realmente. De este principio resulta, que no se puede en manera alguna, confirmar ni ratificar contratos cuya existencia no ha reconocido nunca la ley, y que en los demás casos la ratificación se verifica: la ley ha declarado que no podía haber contrato sin objeto y sin causa lícita, en estos casos no procede la ratificación."

Nuestro Código, á semejanza del chileno, establece expresamente la ratificación en todos los actos para los cuales no haya autorizado el marido á su mujer, haciéndolo de una manera inequívoca y expresa, ó ya tácitamente por actos que manifiesten su adquiescencia.

La ratificación, á manera de la autorización, puede ser general, esto es, de todos los actos ejecutados por la mujer, ó especial, referente á un acto ó á una clase de negocios determinados.

Se presume también la ratificación en aquellos actos sobre los cuales no hizo ninguna reclamación el marido dentro de los treinta días siguientes á su conocimiento.

El acto queda válido desde el momento en que se ejecutó, porque en virtud de la ratificación el consentimiento ó voluntad del marido se retrotrae á esa fecha.

§ 4º

Autorización judicial.

La autorización del marido podrá ser suplida por la del Juez, con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo, y de ello se siga perjuicio á la mujer.

Podrá así mismo ser suplida por el Juez en caso de algún impedimento del marido, como el de ausencia real ó aparente, cuando de la demora se siguiere perjuicio. (16)

Matienzo, glosando la ley 57 de Toro, dice: que al marido debe apremiarse con multa ó carcel cuando se niegue á dar la autorización á la mujer que la pide con justa causa; y que si esto no es bastante, el Juez la habilite por sí mismo.

El Código francés establece : que el Juez puede con conocimiento de causa autorizar á la mujer para contratar, siempre que el marido estuviese privado de la administración de sus bienes ó ausente; á diferencia de la ley española que solo se refería á la ausencia ó negativa del marido, usando de apremios que se hacen inoficiosos desde que el Juez puede suplir la voluntad de éste.

Según nuestro Código, la autorización marital se suple por negativa irracional y por impedimento, en el cual se comprende la ausencia, interdicción ó menor edad, siempre que de la demora se siguiere perjuicio á la mujer.

Sobre el primer punto, atendiendo la ley á que la potestad del marido no es absoluta sobre la mujer, que es un poder de protección y no de opresión cuando se refiere á la buena administración de los bienes exclusivos de ella, corrige los excesos de aquel poder cuando tienden á dañar estos mismos intereses, facultando al Juez para que, con conocimiento de causa, supla la autorización que el marido indebidamente se niegue á dar.

También le faculta para hacerlo en caso de algún impedimento del marido, como el de ausencia real ó aparente, siempre que de la demora se siguiere perjuicio, inspirada en aquellas mismas consideraciones que en esta vez tienden á proteger no solo los intereses de la mujer, sinó también los de la sociedad conyugal.

Esta diferencia se funda en que, estando presente el marido solo á él corresponde la inspección y el ejercicio de las acciones sociales; y estando impedido ó ausente, á la compañera toca vigilar por los intereses comunes, puesto que el jefe de la sociedad conyugal está en imposibilidad de hacerlo.

También se suple judicialmente la autorización del marido cuando éste es menor de diez y ocho años, puesto que necesita de curador para

(16) Art. 143 — Código Civil.

la administración de sus bienes y los de la sociedad conyugal. (17)

El derecho antiguo establecía, que el marido aun siendo menor podía autorizar á la mujer.

El francés y el chileno mejor inspirados en los principios generales de la legislación que niega el ejercicio de las facultades civiles á los menores de edad, por no creerlos con la razón suficiente para ello, les niega estas facultades antes de los veintiun años.

Pero el nuestro, debiendo tener efecto en una latitud distinta, donde la experiencia demuestra que la precocidad de nuestras razas las hace aptas para la administración doméstica en una edad mas temprana, señala la de diez y ocho años, como la de la mayoría para la administración de la sociedad conyugal, mandando que á los menores de ella se les dé curador para este efecto, supliéndose por consiguiente la autorización que él no puede dar, porque como dice Demolombe, refiriéndose á las disposiciones del derecho antiguo en oposición al francés, ya no se trata solamente hoy día de un homenaje de obediencia á la autoridad marital, que tanto el menor como el mayor podía en el antiguo derecho recibir; ella es ahora, de parte del marido, un acto de vigilancia que su incapacidad personal no le permite ejercer. La ley no ha querido que un incapaz fuese encargado de autorizar á otro incapaz.

También tiene lugar la autorización judicial, observándose lo dispuesto en el título de la Sociedad conyugal, siempre que se suspenda el ejercicio de la potestad marital por impedimento de larga ó indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia ó el de desaparecimiento; lo mismo que cuando se trata de enagenar ó hipotecar los bienes raíces de la mujer, por no poderlo hacer ni la mujer, ni el marido, ni ambos juntos. (18)

Porque en el pimer caso, estando en suspenso la administración del marido y en imposibilidad legal ó material de ejercerla, por interdicción ó prolongada ausencia ó desaparecimiento, se hace necesaria la intervención judicial para nombrar curadora de bienes á la mujer ó á otra persona; y en el segundo caso, para que el marido pueda enagenar ó hipotecar los bienes raíces de la mujer que esté obligada á restituir en especie, debe preceder intervención y autorización del Juez por medio de un decreto, y el concurso de la voluntad de la mujer, cuyo consentimiento puede ser suplido por el Juez si ésta se hallare en imposibilidad de manifestarlo, lo mismo que cuando la mujer los administra por sí, si la venta debe hacerse por ella; previa justificación de la facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales, ó necesidad ó utilidad manifiesta de la mujer; debiendo hacerse en todo caso en pública subasta la venta.

La autorización judicial representa la del marido y produce los mismos efectos, con la diferencia que va á expresarse.

La mujer que procede con autorización del marido, le obliga en sus bienes de la misma manera que si el acto fuera del marido, y obli-

(17) Art. 148 — Código Civil.

(18) Arts. 144 y 145 — Código Civil.

ga además sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto.

Lo mismo será si la mujer ha sido autorizada judicialmente por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que haya podido presumirse el consentimiento de éste. Pero si la mujer ha sido autorizada por el Juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios; más no obligará el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad ó el marido hubieren reportado del acto.

Además, si el Juez autorizare á la mujer para aceptar una herencia, deberá ella aceptarla con beneficio de inventario; y sin este requisito obligará solamente sus propios bienes á las resultas de la aceptación. (19)

La legislación española nada dice á este respecto.

El Código francés manda, que los actos ejecutados por la mujer sin el consentimiento del marido, aunque estén autorizados judicialmente, no obliguen los bienes de la comunidad, á no ser que se hagan como mercadería pública ó por efecto de su comercio.

El nuestro, en un todo de acuerdo con el chileno, es mas racional en este punto, al establecer que la autorización judicial, representando la del marido, debe producir los mismos efectos.

Si la mujer cuando procede con autorización expresa del marido obliga los bienes de éste y los suyos propios en proporción del beneficio que reportan en el acto, ya concierna á negocios propios ó de la sociedad; lo mismo debe entenderse cuando proceda con autorización judicial, siempre que no se presuma la falta de consentimiento del marido.

Pero si la autorización se ha hecho contra la voluntad expresa de éste, los actos de la mujer obligarán solamente sus propios bienes y no los del marido ó de la sociedad conyugal, sino hasta concurrencia del beneficio que estos reportaren, porque en este caso no puede reputarse del marido el acto autorizado, y por consiguiente solo responderá del beneficio que reporte en sus propios bienes ó en los de la sociedad conyugal, tanto por el provecho recibido, como porque procediéndose de otra manera se autorizaría el fraude, dejándole ocasión al marido de negar su autorización y obligar á la mujer á que solicite la del Juez para obtener todas las ventajas de los contratos celebrados por ésta, sin ninguna responsabilidad personal, ni de sus bienes por su parte.

CAPITULO II.

Excepciones relativas á la profesión ú oficio de la mujer.

Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión ó industria cualquiera, como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza, se presume la autorización general del

(19) Art. 146 — Código Civil.

marido para todos los actos y contratos concernientes á su profesión ó industria, mientras no intervenga reclamación ó protesta de su marido, notificada de antemano al público, ó especialmente al que contratare con la mujer. (20)

Al trazar las reglas generales que marcan las obligaciones y derechos entre los cónyuges, dijimos que esas reglas sufrían excepciones ó modificaciones en el ejercicio de la profesión, industria ú oficio de la mujer, en la separación de bienes y en el divorcio perpetuo.

Como se vé, estas excepciones tienen lugar sin haber alteración alguna en el matrimonio, como la relativa á la profesión ú oficio de la mujer, de que tratamos, y otras á consecuencia de cambios producidos en él, como la separación de bienes ó el divorcio perpetuo. En el primer caso se presume la autorización del marido porque los actos se ejecutan en su presencia, á menos de probarse lo contrario, á diferencia de los casos comunes. En el segundo quedan alteradas las reglas generales sobre la incapacidad de la mujer casada, á diferencia del primero en que solo sufren una modificación.

Nuestro Código, á semejanza del chileno, ha innovado las legislaciones anteriores estableciendo la presunción de autorización marital cuando la mujer ejerce públicamente una profesión ó industria, como la de directora de colegio, maestra de escuela, posadera y otras semejantes, mientras el marido no reclame ó proteste con notificación especial al que contrate con su mujer, ó con anterior publicidad.

Esta presunción se basa en que el ejercicio de una profesión ó industria de la mujer no contraría la buena administración general del marido en los bienes de la sociedad conyugal.

Pero cuando la mujer casada ejerce el comercio, la ley la sujeta á las reglas especiales dictadas en el Código de Comercio. (21)

CAPITULO III.

Excepciones relativas á la separación de bienes.

SUMARIO.

Separación de bienes — Causas de que se origina la separación — Quien puede pedirla — Formalidades de la separación — Efectos de la separación — Cómo termina la separación — Separación parcial de bienes.

§ 1º

Separación de bienes.

Se ha dicho, que por el hecho del matrimonio queda establecida una sociedad entre los bienes de ambos cónyuges, cuyo administrador y

(20) Art. 150 — Código Civil.

(21) „ 151 — „ „

único jereute es el marido, quedando la mujer inhabilitada para disponer y aun contratar sobre los suyos; sin embargo la ley la reserva el derecho de pedir separación de bienes, beneficio que la habilita para tomar á su cargo, durante el matrimonio, la administración de los que la pertenecen.

Después de haber tratado de las excepciones que tienen lugar en un estado normal del matrimonio, vamos á ocuparnos de las que se originan de las interrupciones de éste, ya respecto de la sociedad de los bienes, como la simple separación de éstos, ó ya respecto de las personas, como la causada por el divorcio perpetuo.

Siendo este párrafo relativo á las originadas de la separación de bienes, diremos: que ésta puede ser legal ó convencional. La convencional solo tiene lugar antes del matrimonio, como lo veremos al tratar de las capitulaciones matrimoniales.

La separación legal se efectúa por la disolución del matrimonio, por el divorcio perpetuo, ó por la simple separación de bienes.

Simple separación de bienes es el beneficio que concede la ley á la mujer para que, pendiente el matrimonio y sin que exista divorcio, se le entreguen por el marido sus bienes para administrarlos ella ú otra persona que la presente.

Puede ser total ó parcial. La primera que se verifica en virtud de decreto judicial, comprende la totalidad de los bienes, y trae consigo la disolución de la sociedad conyugal.

La segunda, que tiene efecto en virtud de disposición de la ley, aparta solamente algunos bienes de la mujer de la administración del marido. (22)

Este beneficio lo sujeta la ley á las reglas siguientes :

La mujer no podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separación de bienes á que le dan derecho las leyes. (23)

La ley en este caso, velando por los intereses de la mujer, ha querido garantirla de las seducciones de un esposo que podía abusar de su cariño y de sus ilusiones para disipar mas tarde sus intereses.

La mujer puede demandar por sí sola la separación de bienes; pero siendo menor de edad solo puede pedirla por medio de un curador especial. (24)

Esta disposición obedece á los principios generales del derecho respecto á inhabilidad personal por falta de edad.

(22) Art. 152 — Código Civil.

(23) " 153 — " "

(24) " 154 — " "

§ 2º

Causa de que se origina la separación de bienes.

El sistema de la separación de bienes se origina del romano de la restitución de la dote, que adoptado por el Código francés ha llegado hasta nuestra legislación.

Por el primero, según un notable jurisconsulto, asociada la mujer á la existencia del marido le confía su persona y su dote: como en el régimen común, se confunden las rentas; pero cuando la muerte separa á los cónyuges, los bienes se separan también y vuelven á sus primitivos propietarios: el marido era usufructuario que devolvía la dote; la mujer tenía un derecho de uso en los bienes del marido, y este derecho también concluye con el matrimonio.

El marido, no siendo mas que usufructuario, no puede vender lo que no le pertenece, habiendo para esta prohibición un doble motivo: si la venta fuese con depreciación, perjudicaría los intereses de la esposa, y si fuese con beneficio, sería únicamente en provecho del jefe de la familia.

Por otra parte, la prohibición es un obstáculo para que el marido disipador consuma el patrimonio materno de sus hijos, é impide que las mujeres presten su consentimiento á actos que, aunque perjudiciales para las mismas, no pueden ó no saben evitar.

En resúmen, la dote entre los romanos se estableció para el sustento del matrimonio y para salvar á la familia de una ruina completa en caso de mala administración del marido. Por eso es que la Novela 97 facultó á la mujer para pedir la restitución de su dote siempre que ésta peligrase en manos del marido.

Las Partidas adoptando esta institución, establecen la restitución de la dote y de los bienes parafernales de la mujer.

El derecho antiguo francés, á mas de estas autorizaciones, dá á la mujer el derecho de reclamar las gananciales que pudieren corresponderle en el matrimonio.

La separación, derivada hoy de la comunidad de bienes, restituye á la mujer la libre administración de los suyos, pero con algunas restricciones respecto á la enagenación de bienes raíces, con el fin de salvar el capital, aunque ella disponga de las rentas, y que vuelvan al poder del marido aunque hayan cesado las causas que dieron origen á la separación, siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya establecido ésta á perpetuidad.

Pero nuestro Código, siguiendo al chileno, ha adoptado el sistema de separación apartándolo completamente de su origen dotal, en atención al mismo régimen de comunidad conyugal, y porque la dote que en él se establece es muy diferente á la del derecho antiguo, según adelante se verá.

A petición de la mujer el Juez decretará la separación de bienes en caso de insolvencia ó administración fraudulenta del marido, siempre que éste se encuentre en interdicción por disipador, ó por demencia del mismo.

Si los negocios del marido se hallan en mal estado por consecuencia de especulaciones aventuradas, ó de una administración errónea, ó descuidada, podrá oponerse á la separación, prestando fianzas ó hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer. (25)

Por lo expuesto se vé, que cinco son las causas que motivan la separación de bienes: 1.^a insolvencia del marido: 2.^a administración fraudulenta: 3.^a mal estado en los negocios á consecuencia de especulaciones aventuradas, ó de una administración errónea ó descuidada: 4.^a interdicción del marido por disipador; y 5.^a demencia del marido.

Por solo la insolvencia, no autorizaba la ley española á la mujer para pedir la restitución de la dote, era preciso que el marido fuese tramposo y dilapidador de los bienes, de tal manera que hubiese venido á pobreza por su culpa y que la dote corriese grave peligro.

El Código francés al hablar de separación de bienes, faculta á la mujer para reclamar su dote cuando ésta está en peligro, y cuando los negocios del marido dan lugar á temer que sus bienes no sean bastantes á cubrir los derechos y dote de la mujer.

En vista de esta disposición, que no vá acompañada de restricción alguna, varios expositores franceses opinan, que basta el mal estado de los negocios del marido ó el peligro de la dote, para que la mujer pueda pedir la separación de bienes, aunque no haya culpa ó mala conducta en éste.

Varios códigos europeos siguen la misma doctrina, y en cuenta el austriaco que reconoce como causa suficiente la quiebra del marido.

Otros comentadores encuentran impropia la facultad concedida á la mujer, cuando el marido desgraciadamente y sin culpa alguna ha venido á pobreza, en un tiempo que mas necesita de los auxilios y socorros de ella como su compañera en virtud del matrimonio.

Pero la separación de bienes nada tiene de amenazante para el marido desgraciado: ella pone en salvo una parte del capital conyugal, que de otra manera desaparecería en la solvencia de los créditos contra el marido, cuya existencia queda asegurada y la de la familia con las obligaciones personales hácia ella que la ley impone á la mujer para proveer á su existencia.

Así es que la mujer no se liberta con la separación de bienes, de la obligación de contribuir por su parte á las cargas del matrimonio, porque la ley manda que en el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer á las necesidades de la familia común, á proporción de sus facultades.

El Juez en caso necesario reglará la contribución, procediendo sumariamente. (26)

(25) Arts. 155, 477 y 490 — Código Civil.

(26) „ „ 160 — „ „

La administración fraudulenta, es otra de las causas de separación en nuestro Código, que no fijándose solamente en el peligro actual de los bienes de la mujer, como lo hacia el derecho anterior, sinó también en razones de conveniencia pública que justifican la disolución de la sociedad conyugal, la menciona expresamente, apartándose de la tradición romana.

Lo hace en términos generales, comprendiendo aun el caso en que la viciada administración sea solo en los bienes del marido y no constituya una amenaza inmediata para los de la mujer, ampliando de esta manera las bases de las garantías de ésta en fuerza de la naturaleza de las cosas, de la seguridad de la familia y de la necesidad de dar á la mujer un recurso contra el abuso de la potestad marital.

El mal estado en los negocios del marido por consecuencia de especulaciones aventuradas, ó de administración errónea ó descuidada, es también causa de separación de bienes en nuestro derecho, porque no es prudente esperar la ruina de la familia en vista de tales ejemplos é ineptias del marido, aunque éste sea honrado y se encuentre solvente aun.

Por esta misma causa es que las legislaciones anteriores concedían á la mujer el beneficio de restitución ó de separación de bienes respectivamente, porque si se espera que el marido llegue á pobreza absoluta, aquellas reparaciones no tendrían lugar por ser ya un medio inutil.

Pero, en este caso, para evitar la separación de bienes, la ley concede al marido el derecho de garantizar suficientemente los intereses de la mujer, esto es, todo lo que podía corresponderle en la separación, dando fianzas ó hipotecas; porque siendo el objeto de la separación poner á salvo estos intereses, desde que ellos quedan garantidos por medio de fianzas ó hipotecas, está llenado el objeto.

¿Habrá razón para esta diferencia? Para evitar la separación por mal estado de los negocios se admiten cauciones, y no en caso de insolvencia ó administración fraudulenta.

Si el peligro de la pérdida de los bienes de la mujer fuera la causa eficiente para la separación, ella existe en los tres casos relacionados. Si se trata simplemente de limitar la autoridad marital y poner coto á los abusos que de ella pudiesen hacerse, la misma razón existe en todos ellos; y si se toma en cuenta el desamparo en que la mujer deja al marido en el curso de sus negocios, expuesto á una ruina inevitable, en los distintos casos no hay razón diferente para estos mismos resultados: la caución salvaría en todos ellos los intereses de la mujer, la existencia de la familia y los recursos indispensables para proveer á todas sus necesidades.

Es talvez, en fuerza de estas razones, que la ley española refiriéndose á la insolvencia culpable del marido por ser disipador, jugador ó de malas costumbres, único caso en que admite la demanda de restitución de dote, le dá derecho de presentar cauciones ó seguridades para no devolverla; á diferencia del derecho moderno francés que las rechaza siempre que la dote está en peligro y los negocios del marido dan lugar á temer que sus bienes no sean bastantes á cubrir los derechos y dote de la mujer.

Nuestra ley, inspirándose en otra clase de consideraciones, al seguir un término medio en el presente punto, que casi raya en el casuismo, ha tenido en cuenta, que muchas veces al entrar el marido en negociaciones aventuradas sin haber llegado á la insolvencia, solo llevan este carácter porque no son de un éxito inmediato y perceptible para la generalidad, exigiendo tiempo para desarrollarse y dar provechosos resultados; circunstancias que las hacen aparecer talvez como el efecto de una administración errónea y descuidada; porque si se autorizase á la mujer en este trance para pedir á toda costa la separación de sus bienes, sin admitir garantías de la conservación de ellos, al retirar parte de aquellos fondos que el marido tiene en la empresa, cuyos favorables resultados se esperan, la ley, precipitando la liquidación de la sociedad conyugal, burlaría las justas esperanzas del marido, labrando la ruina que ella misma quiere precaver.

También la interdicción declarada al marido por disipador es causa de separación.

No pudiendo ser curadora la mujer de su marido disipador, quien tiene que entrar forzosamente en la guarda de otro, por la influencia que ejerce sobre ella, no le convendría que también sus bienes pasasen á ajena administración con peligro de la estabilidad de la familia, y es por esto que la ley le concede la separación.

Iguales razones obran cuando la mujer, por minoría de edad ú otro impedimento, no obtiene la curaduría de su marido demente, una vez que cesa el impedimento la ley le concede la facultad de pedir la curaduría ó la separación de bienes.

§ 3º

Quien puede pedir la separación de bienes.

Habiéndose instituido el sistema de separación de bienes en beneficio exclusivo de la mujer, para compensar las amplias facultades que la sociedad conyugal dá al marido como único administrador y exclusivo dueño de los bienes sociales, la ley reserva á la mujer el derecho de solicitar la separación de bienes como un contra-peso á los avances del poder marital, y como una precaución para evitar las consecuencias ruinosas de una administración descuidada, fraudulenta ó inepta del marido, y también para que sus bienes no caigan en manos de una extraña administración.

Y como el sistema de separación está basado en el de comunidad de bienes, el derecho que de él se deriva en favor de la mujer, tiene lugar, no solo respecto de los bienes que ella haya aportado en el matrimonio, sinó también de los gananciales y de todos los derechos que se originan de la comunidad, aunque no haya habido aportos.

Esta innovación se encuentra claramente demostrada, en las palabras con que el presidente Montt presentó al cuerpo legislativo de Chile el proyecto del Código Civil.

Conservando la potestad marital, dice, se ha querido precaver sus abusos y se ha mejorado la suerte de la mujer bajo muchos respectos. Si se suprimen los privilegios de la dote y cesa de todo punto la antigua clasificación de bienes dotales y parafernales, llevando adelante la tendencia de la jurisprudencia española, y si la hipoteca legal de la mujer casada corre la suerte de las otras hipotecas de su clase, pues que según el presente proyecto deja de existir y tocará de una vez el término á que las previsiones de la legislatura han caminado desde el año de 1845; en recompensa, se ha organizado y ampliado en pró de la mujer el beneficio de separación de bienes; se ha minorado la odiosa desigualdad de los efectos civiles del divorcio entre los dos consortes; se ha regularizado la sociedad de gananciales; se han dado garantías eficaces á la conservación de los bienes raíces de la mujer en manos del marido.

Por eso es que, para garantizar mas este derecho á la mujer, le prohíbe su renuncia en las capitulaciones matrimoniales,

§ 4º

Formalidades de la separación.

Siendo la separación de bienes un medio extremo, no solo perjudicial al marido en su crédito é intereses, sinó también á terceros con quienes él tenga negocios, se hace preciso la publicidad y todas las formalidades de un juicio sumario, para que la autoridad judicial la decrete; sin que pueda ser voluntaria, sinó fundada en las causales que el derecho reconoce.

Por eso es que en el juicio de separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido, la confesión de éste no hace prueba. (27)

Con la obligación que se impone á la mujer de probar las causas en que funda su solicitud, queda alejado todo fraude, las sospechas de un convenio privado entre los cónyuges, y garantizados todos los intereses.

Como la demanda de separación versa con el marido, ésta no necesita de autorización previa para entablarla, como lo hemos manifestado anteriormente al tratar esta clase de asuntos: pero si la mujer es menor necesita curador especial.

Esta disposición está basada en las reglas generales de nuestra legislación, referentes á los menores; no obstante lo dispuesto por el Código de Procedimientos francés y las doctrinas de sus mas notables comentadores, para quienes basta la autorización judicial como un medio de habilitar la minoría de edad de la mujer.

La autorización judicial es un trámite que envuelve dilatorias perjudiciales á los derechos de la mujer, inoficioso porque en ningún caso sería denegada aquella, por una parte; y por otra, ella no suple la falta de juicio y acierto de la edad temprana, como el curador, en una reso-

(27) Art. 157 — Código Civil.

lución tan trascendental que, destruyendo los lazos de la sociedad conyugal, afecta el interés de la familia y de sus acreedores, y que por lo mismo en vista de su gravedad debe ser acompañada de una detenida y madura deliberación.

Como durante el curso de este juicio no se suspenden los derechos de terceros, ajenos como se encuentran de toda participación en él, el marido pudiera sustraer los bienes de la mujer y aun los suyos propios, con que responde á todos los intereses que á ella pertenecen, para evitar la liquidación final, ya sea ocultándolos, vendiéndolos ó gravándolos, con el fin de reducirlos á dinero; se hace preciso una providencia que salve este peligro y asegure la efectividad del beneficio concedido á la mujer.

Así es que nuestro Código prescribe, que demandada la separación de bienes podrá el Juez, á petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducentes á la seguridad de los intereses de ésta, mientras dura el juicio. (28)

Estas pueden consistir en la formación de inventarios, prohibición de enagenar y otras de la misma naturaleza.

El Código francés usa de otra forma para tomar esta providencia, mandando que cualquiera separación de bienes antes de realizarse, debe hacerse pública, fijándose carteles en el sitio que para tal objeto se haya destinado en la sala principal del Juzgado de 1.^a instancia; y si el marido fuere comerciante, banquero ó tratante, se hará entonces en la sala del tribunal de comercio del punto de su residencia; faltándose á esto, es nula la ejecución. El fallo en que se dicta la separación de bienes, produce efecto desde el día de la demanda.

Tal publicidad dada en el juicio, no nos parece bastante para la retroactividad de los efectos de una sentencia, y menos para variar el derecho de un tercero que no ha tomado parte en la lítés.

Por esto es que creemos, que la disposición de nuestra legislación á este respecto descansa en mas sólidos fundamentos.

§ 5.^o

Efectos de la separación.

El principal efecto de la separación de bienes es la disolución de la sociedad conyugal, esto es, la compañía tácita que existe en todos los bienes de los cónyuges, derivándose de aquel, otro efecto consiguiente, de que pasaremos á ocuparnos.

Decretada la separación de bienes, se entregarán á la mujer los suyos, y en cuanto á la división de los gananciales se seguirán las mismas reglas que en el caso de disolución del matrimonio.

La mujer no tendrá desde entonces parte alguna en los gananciales que provengan de la administración del marido; y el marido, á su

(28) Art. 156 — Código Civil.

vez, no tendrá parte alguna en los gananciales que provengan de la administración de la mujer. (29)

Esta regla está fundada en la naturaleza misma de las cosas y en los principios que rigen el derecho de propiedad, que concede todos sus productos, beneficios y frutos al dueño de la cosa, y todas las compensaciones á su propio administrador.

La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos á la administración y goce de lo que separadamente administra.

Tampoco necesita de la autorización del marido para enagenar, á cualquier título, los bienes muebles que también separadamente administra; ni para estar en juicio en causas concernientes á su administración separada.

Una vez disuelta la sociedad conyugal y devueltos á la mujer sus propios bienes, para esta administración la ley le devuelve su capacidad civil; siendo éste el segundo efecto capital, del cual se derivan otros secundarios.

Pero al asumir á la mujer aquella capacidad no lo hace de una manera absoluta, de tal modo que quede destruida por completo la intervención judicial en algunos casos.

La mujer obra con entera libertad en la administración y goce de los bienes que separadamente administra; en la enagenación de los bienes muebles y en los juicios concernientes á aquella administración; pero en los demás casos necesita la autorización marital, la intervención de curador si se encuentra en la menor edad, y la autorización judicial para la venta de sus bienes raíces, según atrás lo hemos expresado, porque la ley vela constantemente por estos intereses de la mujer casada, como los recursos permanentes del matrimonio mientras éste subsiste.

Estas disposiciones tomadas de la ley romana, se encuentran consignadas en varios Códigos europeos con algunas modificaciones; pero todos ellos declaran nulas las enagenaciones de los bienes raíces de la mujer sin los requisitos correspondientes, como lo hace el nuestro.

El marido no responde con sus bienes en aquellos actos y contratos en que autoriza á la mujer, estando ya separada de bienes, sinó en caso de fianza, y en proporción al beneficio que él ó la familia hubieren reportado del acto ó contrato.

Per eso la ley declara, que los acreedores de la mujer separada de bienes, por actos ó contratos que legítimamente han podido celebrarse por ella, tendrán acción sobre los bienes de la mujer.

El marido no será responsable con sus bienes sinó cuando hubiere accedido como fiador, ó de otro modo, á las obligaciones contraídas por la mujer.

Será asimismo responsable, á prorata del beneficio que hubiere reportado de las obligaciones contraídas por la mujer; comprendiendo en este beneficio el de la familia común, en la parte en que, por derecho, haya él debido proveer á las necesidades de ésta.

(29) Art. 158 — Código Civil.

La simple autorización no le constituye responsable. (30)

Esta diferencia proviene de que, en el estado de separación el derecho de autorización del marido es distinto del que ejerce en el estado normal del matrimonio, en esta vez se deriva de la potestad marital y de la vigilancia que debe tener el marido en todo lo concerniente á la familia; y no de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, que ha pasado á la mujer en parte; por consiguiente, no deben reputarse suyos los actos de la administración de la mujer por él autorizados, obligándole á responsabilidad alguna.

Pero no se entiende lo mismo, cuando el marido ha querido obligarse expresamente por la mujer, como fiador ó de otra manera, ni en la parte del beneficio que haya reportado de los actos de aquella, él personalmente, ó la familia común para proveer á sus necesidades.

Así por ejemplo, si la mujer toma en préstamo mil pesos y el marido recibe quinientos, responde él á los acreedores de la mujer por esta cantidad; y si correspondía también á él dar doscientos pesos para la mantención de la familia, y la mujer los toma del mismo préstamo, por no haberlos dado aquel, es también responsable el marido á los acreedores de la mujer por esta última suma.

Si la mujer separada de bienes confiere al marido la administración de alguna parte de los suyos; será obligado el marido á la mujer como simple mandatario. (31)

Como el traspaso de una parte de los bienes de la mujer al marido en estado de separación, no restablece la sociedad conyugal, tampoco debe tomarse su administración como acto de aquella, sinó como un simple mandato conferido á una persona extraña.

A la mujer separada de bienes se le dará curador para la administración de los suyos, en todos los casos en que siendo soltera necesitaría de curador para administrarlos. (32)

Esta disposición obedece á las reglas generales, de que los menores, en todo caso, por carecer de representación propia, deben tener curador para la administración de sus bienes.

Hemos visto que en el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer á las necesidades de la familia á proporción de sus facultades, regulando el Juez estas cuotas, en caso necesario; á diferencia de lo que sucede antes de la separación, en que las cargas del matrimonio pesan exclusivamente sobre el marido.

Tal es otro de los efectos de la separación.

(30) Art. 161 — Código Civil.

(31) " 162 — " "

(32) " 163 — " "

§ 6^o

Cómo termina la separación.

La separación de bienes, pronunciada judicialmente por el mal estado de los negocios del marido, en los casos del artículo 155, inciso 2^o, podrá terminar por decreto del Juez, á petición de ambos cónyuges; y sin este requisito continuará legalmente la separación. (33)

El Código francés autoriza el restablecimiento de la sociedad conyugal con solo la voluntad de los cónyuges, expresada en acta levantada ante un notario público, y la fijación de una copia en la sala principal del Juzgado de 1^a instancia; contraviniendo á la regla de derecho que prescribe que las cosas se deshagan de la misma manera que han sido hechas, pues exigiendo sentencia judicial para la separación, deja como bastante la expresión de la voluntad de los cónyuges para destruir los efectos de aquella.

Nuestro Código, siguiendo un procedimiento mas exacto, requiere nueva sentencia judicial para poner fin á la separación de los bienes conyugales, decreto que debe ser emitido á petición de ambos cónyuges, cuyo consentimiento se hace necesario, porque habiendo asumido su personalidad jurídica cada uno de ellos en la separación, ambos deben consentir en el nuevo establecimiento de la comunidad conyugal.

Este acto trae consigo la responsabilidad que el marido asume en las obligaciones contraídas por la mujer durante la separación; por lo mismo, debe estar revestido de todas las formalidades legales, para que los derechos de los acreedores de la mujer no queden inseguros, y ésta misma no se exponga nuevamente á los peligros que motivaron la separación, dejando burlados por un simple convenio los beneficios que de ella reportaba.

El restablecimiento legal de la administración del marido restituye las cosas al estado anterior, como si la separación de bienes no hubiese existido. Pero valdrán todos los actos ejecutados legítimamente por la mujer, durante la separación de bienes, como si los hubiese autorizado la justicia.

El marido hará constar por inventario solemne los bienes de la mujer que entren de nuevo bajo su administración; no haciéndolo así, será responsable con sus propios bienes. (34)

Con el restablecimiento de la sociedad conyugal vuelven las cosas al estado que antes tenían: el marido asume con la administración el dominio y usufructo de los bienes, como si no hubiera habido interrupción en ésta; por consiguiente, todas las obligaciones y gravámenes que la mujer ha impuesto legalmente sobre ellos, quedan á cargo del marido, porque tales actos llevan consigo la autorización judicial que les dió el decreto de separación.

(33) Art. 164 — Código Civil.

(34) „ 165 — „ „

Como este restablecimiento va acompañado de las formalidades legales, no dá lugar á la alteración de la primitiva sociedad conyugal, ni de las estipulaciones que la precedieron: evitándose de esta manera las cuestiones á que daría lugar la nueva sociedad ó las cláusulas convencionales en que los cónyuges hubieran alterado la primitiva.

Cuestiones que acarrea la legislación francesa, permitiendo la simple conveni6n de los cónyuges para el restablecimiento de la sociedad conyugal.

Justo es, que el marido sea responsable de las obligaciones contraídas por la mujer, porque los bienes que han entrado nuevamente á su administraci6n, con su acrecentamiento ó gravámenes, se reputan adquisiciones ó pérdidas de la sociedad conyugal; pero, para que el marido no responda con sus bienes propios, debe formalizar inventario de los que le restituye la mujer, para solventar las obligaciones de ésta, hasta la concurrencia de dichos bienes: porque la separaci6n, si se reputa que no ha existido entre los cónyuges, no es así respecto á terceros; los actos que á estos se refieren, son legítimos en virtud de la autorizaci6n judicial, y por consiguiente obligan los bienes que ella administraba, haciendo notoria el marido su desaprobaci6n á tales actos, cuando ellos llevan consigo una obligaci6n que exceda al valor de los bienes de la mujer, con el hecho de recibir estos bajo inventario.

§ 7º

Separaci6n parcial de bienes.

Si á la mujer casada se hiciere una donaci6n, ó se dejare una herencia ó legado, con la condici6n precisa de que en las cosas donadas, heredadas ó legadas no tenga la administraci6n el marido, y si dicha donaci6n, herencia ó legado fuere aceptado por la mujer con autorizaci6n del marido, ó del Juez en subsidio, se observarán las reglas siguientes:

1ª El marido exigirá que la herencia se acepte con beneficio de inventario, so pena de constituirse responsable en sus bienes á las resultas de la aceptaci6n.

2ª Con respecto á las cosas donadas, heredadas ó legadas, se observarán las disposiciones de los artículos 159, 160, 161, 162 y 163.

3ª Los contratos de la mujer en que no aparezca la autorizaci6n del marido y que hayan podido celebrarse por ella sin esta autorizaci6n, la obligarán en los bienes que separadamente administra.

4ª Los contratos autorizados por el marido, ó por el Juez en subsidio, se sujetarán á lo dispuesto en el artículo 146.

5ª Serán exclusivamente de la mujer los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiriera. (35)

Hemos tratado de la separaci6n total de bienes, hablaremos ahora de la parcial que puede tener lugar por donaciones entre vivos ó por

(35) Art. 166 — C6digo Civil.

causa de muerte, ó ya sea por convención en las capitulaciones matrimoniales, y que se encuentran sujetas á las mismas reglas que acabamos de consignar.

El Código francés trata de esta materia en el libro tercero que se refiere á los modos de adquirir la propiedad; pero nosotros lo hacemos en este lugar, siguiendo el método de nuestro Código, que tuvo en cuenta las modificaciones sustanciales en el estado é incapacidad civil de las personas que produce la separación de bienes.

En efecto, la separación total restituye á la mujer su personalidad jurídica, modificando de esta manera su estado civil; y la parcial, dejándola siempre bajo la potestad marital, apenas la concede la administración de cierta clase de bienes, á semejanza del peculio que la ley deja al pupilo.

En la administración de los legados ó herencias que se dejan á la mujer para que los administre por sí con la autorización marital ó judicial, lo hará libremente, tanto en la administración y goce de ellos, como en la enagenación de los muebles, y la comparencia en juicio siempre que éste se refiera á los mismos; pudiendo proveer con estos bienes, en proporción, á las necesidades de la familia común, y responder á las obligaciones contraídas por ella; quedando sujeta á curaduría, para esta administración, cuando fuere necesario, según lo hemos expuesto al hablar de la administración separada de la mujer.

Los contratos que ella haya celebrado sin la autorización del marido la obligan en los bienes que separadamente administra.

Aquellos que van acompañados de autorización marital ó judicial producen los siguientes efectos: si la autorización es marital, el contrato obliga al marido en sus bienes de la misma manera que si fuera propio, y además los bienes de la mujer hasta la concurrencia del beneficio que ella reporte del acto: lo mismo sucede si la mujer ha sido autorizada judicialmente por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que haya podido hacerse con el consentimiento de éste. Pero si la mujer ha sido autorizada por el Juez contra la voluntad del marido, obliga solamente sus bienes propios, y no los del marido, ni los del haber social, sinó en proporción del beneficio que hubiere reportado el acto. Cuando esta autorización recaer para la aceptación de una herencia, debe hacerlo la mujer con beneficio de inventario, pues sin este requisito obliga solamente sus propios bienes á las resultas de la aceptación.

Y si el marido fuese el que autoriza á la mujer para la aceptación de la herencia, debe por su parte exigir que ella lo haga también bajo beneficio de inventario: de lo contrario responderá él con sus bienes á las resultas de la aceptación.

Pero en todo caso, la mujer hace suyos los frutos de los bienes que administre separadamente.

Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiese estipulado, que la mujer administre separadamente una parte de sus bienes, se aplicarán á esta administración parcial las reglas del artículo precedente. (36)

(36) Art. 137 — Código Civil.

CAPÍTULO IV.

Excepciones relativas al divorcio perpetuo.

SUMARIO.

Formalidades y requisitos del divorcio — Efecto del divorcio perpetuo — Terminación del divorcio.

§ 1º

Formalidades y requisitos del divorcio.

Dijimos al final del capítulo 5º del título 4º, que al ocuparnos de las excepciones relativas al divorcio perpetuo expondríamos las causas por las cuales únicamente procede, el modo como esas causas se extinguen, las personas que tienen derecho para reclamarlo y los efectos que produce, ya con relación á los cónyuges como á los bienes existentes en el momento de la separación; todo lo cual examinaremos en los párrafos respectivos.

Al principio el divorcio no era si no una repudiación que el marido hacía de su mujer sin motivos justificables, y por tanto el divorcio era el abuso de la fuerza contra la debilidad.

Creyóse después que era bastante injusta y dura la condición á que estaba sujeta la mujer, y para establecer una perfecta igualdad en la suerte de los cónyuges se dió á aquella el derecho de repudiar también á su marido.

Antes de que la civilización irradiara sus luces sobre la faz de los pueblos, y cuando se carecía aun de leyes públicas, la ley de la familia era la única encargada de velar por el orden y las costumbres.

Mas tarde, una nueva teoría, diametralmente opuesta á las doctrinas primitivas, vino á establecer que el contrato del matrimonio debía sujetarse á las reglas que rigen los demás contratos, no pudiendo disolverse sin una causa dada, causa que casi siempre fué la violencia.

Atemperadas las costumbres el divorcio volvió á ser admitido, ya sin causa como bajo la condición que el marido diera á la mujer repudiada la mitad de sus bienes y destinar la otra mitad á la religión, y á esta condición se debió que los romanos no lo hubieran autorizado durante cinco siglos.

Pero con posterioridad, al introducirse en Roma el uso del matrimonio menos solemne, la austeridad de la legislación fué relajada. La unión conyugal no se respetó tan estrictamente y el divorcio fué admitido hasta por consentimiento mutuo.

Ultimamente la Iglesia católica precisó con mas claridad las causas que podían producir el divorcio para evitar la corrupción en las costumbres y la licencia de las pasiones, como sucede al autorizarse sin cau-

sa alguna ó mediante causas efímeras y perniciosas como en el consentimiento mutuo.

El derecho civil moderno ha seguido en lo general al canónico, apartándose los países laicos de una ú otra causa como consecuencia de su neutralidad y falta de ingerencia con las religiones positivas.

La ley del matrimonio civil también ha fijado determinados motivos para que pueda tener lugar el divorcio, apoyada en las clarísimas razones que existen al Estado para aliviar por una parte los efectos de las desgracias de un consorte y asegurar por otra la perpetuidad del lazo matrimonial.

Esas causas son las siguientes :

1ª Preñez de la mujer al tiempo de la celebración del matrimonio, por consecuencia de relaciones ilícitas con otro hombre distinto del marido ignorándolo éste:

Estas circunstancias pueden probarse sujetándose á las reglas de la gestación que dimos al hablar del principio de la existencia de las personas.

2ª Homicidio frustrado ó tentativa de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro:

3ª Graves y frecuentes malos tratamientos de obra entre los esposos:

4ª Violencia moral ó física ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarlo á cambiar de religión:

5ª El adulterio de cualquiera de los cónyuges declarado por sentencia ejecutoriada:

Pero el que se refiere al ejecutado por el marido, creemos que solo puede tener lugar cuando conserve manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, porque la ley no castiga el acceso carnal de un hombre casado con mujer soltera ó viuda.

El adulterio se prueba con el testimonio de la ejecutoria que condena á uno de los cónyuges, pareciéndonos inoficioso distinguir el adulterio no consumado, del voluntario, material é inculpable, como lo hacen los expositores de derecho penal, porque nuestra legislación solo pena los actos ú omisiones voluntarias:

6ª Tentativa del marido para prostituir á la mujer:

7ª Tentativa de cualquiera de los cónyuges para corromper á sus hijos, ó la complicidad en su corrupción ó prostitución. (37)

Algunas legislaciones, como la francesa reconocen otras causas; por ejemplo, la pena infamante impuesta á uno de los cónyuges y la enfermedad contagiosa; pero nuestras leyes no admiten penas infamantes, y la causa de la enfermedad contagiosa desnaturaliza uno de los fines primordiales del matrimonio, ó sea el auxilio mutuo en todas las vicisitudes de la vida.

La de Méjico señala la violación de las capitulaciones matrimoniales y el abandono del domicilio conyugal, sin justa causa, por mas de dos años, como causas que motivan el divorcio, las cuales no nos parecen tan fundadas para autorizar una medida trascendental,

(37) Art. 33 — Ley del matrimonio civil.

como el divorcio que destruye una unión relacionada con el interés público. Por lo mismo importa á la sociedad que la disolución no se efectúe sinó por causas graves bien calificadas.

Para constituirse el divorcio, pues, es preciso que existan los requisitos siguientes :

1º Causa determinante: 2º Petición de alguno de los esposos; y 3º Decreto de Juez.

Acabamos de examinar cuáles son esas causas. Nos ocuparemos por tanto del 2º y 3º requisitos.

El divorcio no puede ser objeto de una inquisición oficiosa, porque la acción que de él nace se dá en desagravio de una injuria personal que debe ser remitida ó justiciable á voluntad del consorte ofendido solamente.

Las debilidades y misterios de la vida doméstica no es conveniente sean descubiertos en los estrados de un tribunal sinó cuando los mismos interesados en ocultarlos así lo quieran.

Por eso la ley ha prescrito que: el divorcio solamente puede ser reclamado por el cónyuge inocente (38) y por eso muerto uno de los cónyuges la acción de divorcio no puede ser perseguida de oficio, entablada, ni continuada por los herederos.

Las causas de divorcio ya expresadas se extinguen por el perdón.

Se presumirá de derecho que éste ha intervenido, siempre que el cónyuge inocente no haya entablado su demanda dentro de tres meses después de haber tenido noticia de aquellas. (39)

Pocos hombres, decía el orador del Tribunal francés Carrión Nicías, llegan á su decrepitud aun á través de los mayores desórdenes, sin haber experimentado mas de un punzante remordimiento, mas de una emoción profunda al recuerdo de aquella que recibieron los primeros de manos del pudor y de la naturaleza. Pocas esposas después de la primer embriaguez de seducción pueden ser indiferentes al recuerdo de aquel por el cual han sido lo que no pueden ser por ningún otro, sobre todo, si han merecido el honor de ser madres. Si sufrir es la mas grande fuerza del hombre, si ser perdonado es su mas frecuente necesidad, perdonar es su deber y su gloria. Estos sistemas de remisión y de expiación que el farisismo filosófico reprueba, pero que la religión consagra, son á la vez conformes á la naturaleza. En el arrepentimiento hay una belleza mas varonil, una garantía mas sólida que la inocencia misma.

Lógico y equitativo parece además presumir el perdón cuando el consorte inocente no haya entablado su acción en el término que fija la ley, porque de esta manera se consolida la paz del hogar y se evitan litigios enojosos que ventilados de una manera tardía, en virtud de sugerencias nacidas del interés del lucro, vendrían á comprometer la suerte de una familia en vez de remediar males echados ya al olvido.

Pasaremos ahora á tratar del último de los requisitos á que hemos hecho referencia, dando una ligera ojeada á lo que disponían las legislaciones antiguas sobre el decreto del Juez.

(38) Art. 34 — Ley del matrimonio civil.

(39) „ 35 — „ „ „

La ley romana y la francesa solo daban jurisdicción en esta clase de asuntos á la autoridad civil. La antigua ley española reconocía exclusivamente la potestad de la autoridad eclesiástica; pero la Novísima Recopilación marcó las funciones de ambas autoridades prohibiendo expresamente á los jueces eclesiásticos su ingerencia en los asuntos meramente temporales del divorcio.

Nuestro Código encomendó á la Iglesia el conocimiento de los juicios de divorcio y á la jurisdicción ordinaria la reglamentación de sus efectos civiles concernientes á los bienes de los cónyuges, á su libertad personal y á la crianza y educación de los hijos; de suerte que el divorcio en cuanto á lo espiritual correspondía al Juez eclesiástico y en cuanto á lo temporal al Juez civil. (40)

El divorcio como que modifica el estado civil de la mujer y afecta el interés de terceros, requiere necesariamente decreto de autoridad competente, y todos han convenido en esta necesidad.

La ley civil, como lo hemos ya observado, no reconoce otro matrimonio que el celebrado con arreglo á las prescripciones del Estado, y según esto él saca su origen del contrato, y ha prescrito que la autoridad competente para conocer de la demanda de divorcio sea el Juez de 1.^a instancia del domicilio de los cónyuges. (41)

En los juicios de divorcio no se dará fé á la confesión de las partes sobre la verdad de las causas alegadas, (42) porque además de la modificación del estado civil y del interés de terceros se exige una causa grave que los interesados en el divorcio deben probar por otros medios que no sean su propia confesión la cual, es máxima conocida en derecho que, no aprovecha al que la presta.

El divorcio produce una doble separación de cuerpo y bienes, por lo mismo cuando se tiende á él es natural que se produzca una incompatibilidad de vida común entre los cónyuges.

De aquí se sigue que presentada la demanda de divorcio, el Juez podrá decretar, sin tramitación alguna y con solo la solicitud del interesado:

1.^o La separación provisional de los cónyuges y el depósito de la mujer en una casa honrada:

2.^o El depósito de los hijos en poder del cónyuge inocente:

3.^o El señalamiento de alimentos á la mujer y á los hijos que no quedasen en poder del padre:

4.^o La cantidad que el marido debe suministrar á la mujer para las espensas del juicio:

5.^o Las disposiciones necesarias para evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio, perjudique á la mujer en la administración de sus bienes. (43)

(40) Art. 138 — Código Civil.

(41) " 37 — Ley del matrimonio civil.

(42) " 36 — " " "

(43) " 38 — " " "

§ 2º

Efectos del divorcio.

La sentencia ejecutoriada que declarase el divorcio, producirá los efectos siguientes:

1º La separación definitiva de los cónyuges :

2º Quedar ó ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente; pero los que no hayan cumplido cinco años, y las hijas de toda edad, permanecerán en todo caso bajo el cuidado de la madre:

3º La privación por parte del cónyuge culpable, mientras viviese el inocente, de la patria potestad y de los derechos que lleva consigo, sobre las personas y bienes de los hijos. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable á recobrar la patria potestad y sus derechos consiguientes.

La privación de la patria potestad, no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviere para con sus hijos:

4º La pérdida por parte del cónyuge culpable, de todo lo que le hubiere sido dado ó prometido por el inocente, ó por otra persona en consideración á éste, y la conservación de todo lo recibido por el inocente, y el derecho de éste para reclamar desde luego lo que le hubiere sido prometido por el culpable. (44)

El primer efecto que produce el divorcio, efecto natural que constituye la esencia de éste y que se establece en desagravio de la ofensa inferida, es la separación definitiva de los cónyuges.

El segundo, velando por el bienestar de la prole pone ésta á cubierto de los perniciosos ejemplos y malas enseñanzas del cónyuge culpable, porque las causas del divorcio se originan siempre de un crimen ó de un carácter viciado, dejando á los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente, y á los que se encuentran en la niñez por no haber cumplido cinco años, no los aparta de los cuidados de la madre, lo mismo que á las hijas mujeres en ningún tiempo.

Aunque por una parte, parece que esta excepción se funda en una ley de la naturaleza y que consulta el amor entrañable de la madre, sus solícitos cuidados y su mayor tacto para la primera educación, deja de ser lógica y racional desde que se vé que la madre adúltera, corruptora, criminal y mas expuesta á debilidades y errores, es la que queda velando por la suerte, no solo de la tierna descendencia, sinó también de las hijas mujeres, cuya virtud se sustrae del robusto amparo y protección de un padre inocente.

El tercero, en calidad de pena, y como un consiguiente de las anteriores enunciaciones, priva al cónyuge culpable, mientras viva el inocente, de la patria potestad y de los derechos que lleva consigo sobre

((44) Art. 39 — Ley del matrimonio civil.

las personas y bienes de los hijos, recobrándolos á la muerte de aquel; pero sin que tal privación le exima del cumplimiento de las obligaciones que tiene para los hijos.

Aquí volvemos á encontrar la misma imprevisión que deja á los hijos en poder de un padre corruptor, puesto que estos peligros no se extinguen por la muerte del cónyuge inocente.

El cuarto, también en vía de pena quita al cónyuge culpable todo lo que le hubiere dado ó prometido el inocente ú otra persona en consideración á éste, á quien la ley autoriza para conservar todo lo recibido por él y para reclamar del culpable todo lo que le hubiere prometido.

El Código establece también el efecto de restituir á la mujer sus bienes, disponiéndose de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte. (45)

Dispone además, que si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá en beneficio del marido todo derecho á los gananciales y el marido tendrá la administración y usufructo de los bienes de ella; excepto aquellos que la mujer administre como separada de bienes y los que adquiera á cualquier título después del divorcio. En el caso de administración fraudulenta del marido, tendrá derecho la mujer para que se pongan los suyos á cargo de un curador de bienes; y lo mismo será si peligraren por una administración imprudente ó descuidada; pero en este caso podrá el marido retenerlos, prestando fianzas ó hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer. (46)

En esta parte nuestro Código ha seguido á casi todas las legislaciones, las cuales uniformemente imponen una pena al divorcio por adulterio.

Explicando el por qué de este efecto penal en el ramo civil, decía en la discusión del Código francés el primer Cónsul: "Puede dejarse para el Código Penal las disposiciones sobre el castigo del adulterio, pero no debe derogarse el uso universal, dejando ese crimen impune; de otro modo la legislación sería inmoral, puesto que ella autorizaría una separación que permitiría á la mujer adúltera vivir con su seductor."

El Derecho romano condenaba á la esposa infiel á reclusión perpetua en un convento. La Novísima Recopilación al perdimiento de toda clase de bienes, y el Código francés á reclusión temporal de tres meses á dos años en una casa de corrección.

Entre nosotros el marido tiene expedita su acción criminal contra la adúltera. Está abolida la confiscación de bienes y por lo mismo la pena que se le impone solamente recae sobre los gananciales y la inhabilidad para administrar y usufructuar sus bienes, con las únicas excepciones ya indicadas. "Conceder efectivamente en este caso á la mujer el ejercicio de su capacidad civil y la administración de sus bienes que son los efectos propios del divorcio, dice un jurisconsulto contemporáneo, sería premiar el crimen de adulterio y alentar su perpetración."

El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere he-

(45) Inciso 2º, art. 170 — Código Civil.

(46) Art. 171 —

” ”

cho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge ú otro crimen de igual gravedad, efecto reconocido también por la ley del matrimonio civil aunque dándole mayor extensión pues se refiere en lo absoluto al cónyuge culpable que haya dado causa al divorcio, cualquiera que haya sido la causa.

La sentencia ejecutoriada que se pronuncie en el divorcio, producirá también los efectos determinados en los artículos 173 al 181 del Código Civil, dice el artículo 40 de la ley matrimonial.

Como se vé, las tres disposiciones anteriores del Código contenidas en los artículos 170, 171 y 172 no se hayan incluidas en la excepción que ha hecho la ley del matrimonio civil y podría creerse por esto que dichos artículos han quedado tácitamente derogados y excluidos por no estar expresados.

Recordaremos que la derogación es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la anterior: que la derogación tácita deja vigentes en las disposiciones anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley, y que estando en perfecta armonía los artículos del Código con las disposiciones de la nueva ley, llenando además un vacío que ésta no ha previsto, deben reputarse vigentes; creencia que robustece mas el artículo 57, el cual dispone que en todo lo que no estuviere determinado por ella se esté á las disposiciones del citado Código.

Otro de los efectos capitales que produce el divorcio, además de la separación, es la reintegración de la mujer en la plenitud de su capacidad civil. Así es que, después de ejecutoriada la sentencia de divorcio, administra con independencia del marido los bienes que ha sacado del poder de éste, ó que después del divorcio ha adquirido, y puede enagenarlos ó hipotecarlos sin necesidad de autorización alguna.

Tampoco ha menester autorización para comparecer en juicio por sí ó por procurador demandando ó defendiéndose. Con excepción, en ambos casos, de la curaduría á que la ley la haya sometido en aquellas circunstancias en que estando soltera la necesitaría. (47)

El Código francés, que para el juicio del divorcio establece varias dilatorias, en consideración talvez, á que éste produce la disolución del matrimonio después de decretado, haciendo depender la incapacidad de la mujer de la autoridad marital, en caso de separación de cuerpo y bienes, solo autoriza á la mujer para la administración de los suyos, negándole los actos de dominio.

Pero nuestra legislación, al par que en la simple separación solo dá capacidad á la mujer para los actos administrativos, en el divorcio le otorga la libre disposición de sus bienes y la facultad de obligarse y estar en juicio: así se vé, que del restablecimiento de la personalidad jurídica de la mujer dependen excepciones que el divorcio introduce en las reglas generales del matrimonio.

Hasta aquí se nota la uniformidad de las reglas que, con entera

(47) Art. 173, 374, inciso 2º — Código Civil, 40 L. M. C.

equidad, ha establecido nuestra legislación respecto á cualquiera de los cónyuges culpables, apartando así muchas distinciones odiosas é infundadas que el derecho anterior introducía, de acuerdo con otras legislaciones extranjeras, en casos de adulterio y otras semejantes.

El marido que ha dado causa al divorcio conserva la obligación de contribuir á la congrua y decente sustentación de su mujer divorciada; el Juez reglará la cantidad y forma de la contribución, atendidas las circunstancias de ambos. (48)

El divorcio no destruye el vínculo matrimonial, por consiguiente, al tratarse de alimentos, debe recordarse que subsiste la obligación de socorrerse mutuamente, entre los cónyuges, en caso de necesidad. Ninguno de los cónyuges, no obstante su culpabilidad, pierde el derecho de obtener del inocente una cuota para su modesta sustentación, arreglada á las circunstancias.

La obligación que la ley impone al marido para el mantenimiento de la familia durante el curso regular del matrimonio, que hace extensiva é imprescindible, al tiempo que dura el juicio, hasta para las expensas de éste, la lleva mas allá de la declaratoria de divorcio para la alimentación de la mujer y de los hijos. Pero, siguiendo el principio de los socorros mutuos que se deben ambos cónyuges, aquella regla sufre la excepción, de que el marido puede solicitar de la mujer los recursos indispensables para su subsistencia en caso de indigencia. Por eso dice la ley, que el marido que se encuentre en indigencia tiene derecho á ser socorrido por la mujer, en lo que necesite para su modesta sustentación, aunque él sea el que ha dado motivo al divorcio; pero en este caso el Juez, al reglar la contribución, tomará en cuenta la conducta del marido. (49)

Aunque la mujer haya dado causa al divorcio, tendrá derecho á que su marido la provea de lo que necesita para su modesta sustentación, y el Juez reglará la contribución como en el caso del artículo anterior, tomando en especial consideración la conducta que haya observado la mujer antes y después del divorcio. (50)

Si la criminalidad del cónyuge contra quien se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que lo solicitó, podrá el Juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes, sea concediendo á la mujer la restitución de una parte ó el todo de sus bienes, no obstante lo dispuesto en el artículo 171; sea denegando las acciones revocatorias concedidas por el artículo 172, sea modificando el valor de las contribuciones ordenadas por los artículos 174, 175 y 176, sea adoptando la regla del artículo 170, sin excepción alguna.

Se reputan circunstancias graves la sevicia atroz, el abandono del cónyuge, la vida licenciosa, el atentado contra la vida ó el honor del otro cónyuge y otras de igual naturaleza. (51)

Cesando la vida de familia en el divorcio, la ley regla también

(48) Art. 174 — Código Civil.

(49) „ 176 — „ „ „

(50) „ 175 — „ „ „

(51) „ 177 — „ „ „

sus efectos en lo concerniente á los hijos comunes, respecto á potestad, habitación y alimentos; pero siguiendo el método del Código trataremos de estas materias en el lugar correspondiente.

§ 4º

Terminación del divorcio.

El divorcio y sus efectos cesarán con la reconciliación de los cónyuges; salvo que aquel se hubiere decretado en virtud de las causales 5ª ó 6ª del artículo 33. (52)

Nuestro Código, que perpetúa el vínculo matrimonial, deja á los cónyuges abierta la puerta de la reconciliación, para que el divorcio cese entre ellos, cualesquiera que hayan sido las causas que lo motivaron, con excepción del adulterio de uno de ellos y de la tentativa del marido para prostituir á la mujer; en razón de que solo en estos casos se vé un peligro inminente que altera la paz, la pureza y la confianza del hogar, haciéndose imposible la estabilidad de la familia sobre la sólida base de la moral y bondad de las costumbres, cuando los cimientos del hogar descansan en la corrupción. Pero hay un peligro no menos amenazante y cuyo término no puede calcularse, que ha dejado de tomarse en cuenta en la nueva ley, talvez por creérsele de poca duración; pero que á nuestro juicio debiera figurar en la lista de las excepciones de la terminación del divorcio, y es, el homicidio frustrado ó tentativa de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro.

Si se reconciliaren los divorciados, se restituirán las cosas por lo tocante á la sociedad conyugal y la administración de bienes, al estado en que antes del divorcio se hallaban, como si no hubiere existido el divorcio.

Esta restitución deberá ser decretada por el Juez á petición de ambos cónyuges, y producirá los mismos efectos que el restablecimiento de la administración del marido en el caso del artículo 165. (53)

Fundado el divorcio en una resolución judicial, porque entraña el cambio de la condición civil de la mujer, natural es que para que cese el divorcio y vuelva la mujer á su antiguo estado de dependencia, haya un nuevo decreto judicial para que los bienes de la sociedad conyugal queden en el estado que antes tenían, como si no hubiese existido el divorcio, y no sufran detrimento los derechos de tercero, porque los actos legítimamente ejecutados por la mujer durante el divorcio tendrán la misma validez que si los hubiera autorizado la justicia.

Pero para que el marido ponga á cubierto su responsabilidad y no comprometa sus propios bienes en las obligaciones contraídas anteriormente por la mujer, debe hacer inventario solemne de todos los bienes de ella que entren de nuevo en su administración.

(52) Art. 41 — Ley del matrimonio civil.

(53) „ 178 — Código Civil.

TÍTULO 7º

De los hijos legítimos concebidos en matrimonio.

CAPITULO I.

Reglas generales.

SUMARIO.

Presunción de paternidad atribuida al marido sobre el hijo nacido durante el matrimonio y causas que permitan aducir pruebas contra esa presunción — Personas que tienen derecho á impugnar la legitimidad del hijo — Plazo en que debe interponerse esta acción ya por el propio marido ó por tercero — Formalidades especiales del juicio.

§ 1º

Presunción de paternidad, y causas de impugnación.

La paternidad y la filiación son dos palabras correlativas que expresan la calidad de padre y la de hijo.

La filiación comienza desde la concepción hasta el nacimiento.

La maternidad es claramente conocida, porque la naturaleza manifiesta por signos y señales inequívocas quien es la madre. Mas no sucede lo mismo respecto del padre.

La mujer con su conducta es la única que puede estar segura de la persona que la haya fecundado; pero esta certidumbre no puede extenderse al hombre y á sus parientes. De esta inseguridad no podría sin embargo partir la ley para autorizar al padre la negación de su propia sangre, lo que comprometería el estado civil de los hijos y para eludir semejantes abusos se han establecido reglas encaminadas á evitar tal incertidumbre, sentándose una presunción legal que sirve de fundamento para la paternidad y la filiación, cuando la madre es casada, pues siendo soltera ó viuda se debe estar á las disposiciones de que nos ocuparemos en la parte correspondiente.

Esta presunción legal es originada por el matrimonio.

El marido se ha supuesto siempre que es el padre de los hijos concebidos durante la unión; esta máxima célebre nos ha sido transmitida por la sabiduría de la jurisprudencia romana. *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, consignaban las leyes del Digesto. Las Partidas también la establecieron terminantemente y el Código francés tampoco la omitió.

Nuestro Código siguiendo esta regla, trazada por las legislaciones antiguas y modernas, ha prescrito de la misma manera que el hijo conce-

bido durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres es hijo legítimo. (1)

Racional y equitativa parece la ley al usar de la palabra *concebido*, y no nacido para establecer la presunción de paternidad. En efecto, una criatura puede muy bien nacer en los primeros meses del matrimonio sin ser legítima ó después de su disolución y ser legítima, si ha sido concebida durante él, porque la época de la concepción es el único hecho que debe decidir sobre la legitimidad del hijo.

Dijimos tratando del capítulo que se refiere al principio de la existencia de las personas que para que un parto sea legal, es necesario que haya acaecido no menos que á los 180 días de la concepción en la gestación mínima y no mas que á los 300 en la máxima, y que el nacido en este tiempo legal se *presume* hijo del marido.

La paternidad, resultado de la concepción que es un hecho oculto, lo es también. Empero las relaciones personales entre los esposos y la fidelidad que mutuamente se han jurado afianzan la presunción, mientras no se pruebe lo contrario.

Por esto el hijo que nace después de espirados los 180 días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él y se tiene por padre al marido (2), y el nacido dentro los 300 días subsiguientes á la disolución del matrimonio ó á la declaración de nulidad también lleva consigo la misma presunción.

La máxima *pater is est quem nuptie demonstrant*, constituye la regla general. Esta regla sin embargo admite algunas excepciones.

La presunción de paternidad que ella establece en el marido no pasa de ser una presunción, que á falta de un principio invariable garantiza un hecho sobre el cual no puede tenerse ninguna certidumbre, porque la naturaleza ha ocultado el acto de la generación en un misterio impenetrable; y por tanto debe desaparecer ante una prueba positiva, pues ninguna presunción entraña el carácter de infalible.

Pero averiguar el género, la naturaleza y el número de excepciones que deban introducirse á la regla general, ha sido una cuestión bien difícil para el legislador.

El derecho romano no admitía otras excepciones que las que resultan de la imposibilidad física de cohabitación entre los esposos é impotencia natural del marido, perpetua ó temporal.

La legislación española siguió en lo absoluto la de Roma.

El Código francés detalla las causas de imposibilidad física para la cohabitación que es la principal excepción. Esas causas las hace estribar en la ausencia ó algún otro accidente, palabra que equivale al *alia ex causa* de los romanos.

Nuestro Código también ha establecido excepciones para autorizar al marido el desconocimiento del hijo reputado por legítimo y dice:

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo si prueba que durante todo el tiempo que según el artículo 77 pudiera presu-

(1) Art. 179 — Código Civil.

(2) „ 180, inciso 1.º — Código Civil.

mirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la mujer. (3)

Podemos decir que el desconocimiento del hijo legítimo puede tener lugar en tres casos distintos:

1º Cuando el hijo es concebido antes y nacido después de la celebración del matrimonio:

2º Cuando es concebido y nacido dentro del matrimonio; y

3º Cuando ha nacido después de su disolución.

Los dos primeros casos son objeto de nuestra atención en el presente título y el tercero lo examinaremos en el siguiente, á que en rigor corresponde.

Hemos ya recordado, que de conformidad con el artículo 77, el tiempo en que puede presumirse legítima la concepción es durante los 120 días primeros de los 300 que han precedido al parto. Por tanto, fuera de este tiempo la concepción es ilegítima. Habiendo estado ausente el marido por ejemplo durante 120 días, el nacido no debe considerarse hijo suyo porque mediarían entonces mas de 300 días entre la concepción y el nacimiento y no habría podido la criatura ser concebida antes de la ausencia. No podría tampoco ser concebida después del regreso del marido, porque entonces resultarían menos de 180 días cabales de gestación y el hijo sería ilegítimo.

Nuestro Código, como se observa, no enumera las causas que producen incompatibilidad física de cohabitación entre los esposos para dar lugar al desconocimiento del hijo, quizá por lo difícil que es comprenderlas todas y por el temor de que se juzgaran excluidas las no expresadas.

Es, pues, del resorte de la jurisprudencia la investigación y análisis de tales causas.

El derecho romano admitió las cuatro excepciones siguientes: 1º Impotencia absoluta y perpetua del marido; 2º Ausencia de uno de los esposos durante la cual resulte en cinta la mujer; 3º Impotencia temporal ocasionada por una enfermedad grave sobrevenida al marido; y 4º Cualquiera otra circunstancia en virtud de la cual aparezca que el marido no ha cohabitado con su mujer, ó sea la *alia ex causa*.

Según Toullier, los romanos admitían además la imposibilidad moral como excepción á la regla *pater is est*, imposibilidad que se constituye por el concurso de una serie de circunstancias que forman una fuerte presunción contra la paternidad.

Examinaremos la conveniencia ó inconveniencia de esas causas que han sido seguidas por todos los legisladores, para optar por las que á nuestro juicio deban entre nosotros también seguirse.

La impotencia no siempre puede dar una certidumbre completa de que exista.

“El arte es frecuentemente engañado por la naturaleza y se pierde en la oscuridad de sus impenetrables misterios; él toma por vicio de conformación lo que no es sinó diferencia de forma; mira como absoluto lo que no es sinó relativo; como perpetuo lo que no es sinó

(3) Inciso 2º, art. 180 — Código Civil,

momentáneo; él se extravía en sus contemplaciones, porque quiere fijar por regla lo que escapa á todas las reglas. En fin nada hay mas incierto que la prueba de la impotencia natural y nada mas escandaloso que los medios para llegar á ella.”

La impotencia evocada por el padre para el desconocimiento del hijo, parece además contradictoria, porque el que ha osado contraer matrimonio no debe pretender después el derecho de constatar que es inhabil para él.

Muy difícil es su establecimiento, como lo observó en la cita anterior el Tribunalado francés, porque la experiencia ha demostrado que un individuo declarado impotente en su matrimonio con mujer determinada ha tenido hijos en otro posterior.

De ahí que en el Código de Napoleón, se conservaran todas las excepciones fundadas en la imposibilidad física de cohabitación desechando la que se refiere á la impotencia natural. Las razones en que está fundada tal omisión nos parecen bastante contundentes para que adhiriéndonos á ellas opinemos que entre nosotros debe también rechazarse la excepción de que venimos ocupándonos.

Respecto de la ausencia del marido, acabamos de ver que ella constituye durante el tiempo preciso de la concepción, una incompatibilidad física de acceso, que debe probarse plenamente. Claro se ve, pues, que esta excepción debe admitirse.

A la ausencia del marido, se ha agregado la prisión continua é incommunicada durante el tiempo de la concepción, porque como dice Duvergier: “ la prisión se asimila á la ausencia misma, con tal que la separación haya sido de tal modo estricta y continua que en el tiempo de la concepción la unión de un solo instante haya sido físicamente imposible.” Y nosotros la admitimos también en este caso.

Con relación á la impotencia temporal ocasionada por una enfermedad grave, sobrevinida al marido, creemos que debe cludirse de la misma manera y con mayor razón que la perpetua, porque como dice Moulon, la ley no ha debido admitir contra la presunción resultante del matrimonio, sinó los accidentes que hacen físicamente imposible la cohabitación. Ella ha evitado así, todas esas litis escandalosas que tienen por pretextos enfermedades más ó menos graves, ó accidentes de los que los hombres del arte no pueden sacar sino conjeturas engañosas.

La cuarta causal ó sea la de *alia ex causá* comprenda todas las demás causas que pueden ocasionar la imposibilidad física y que no estaban enumeradas por la ley.

La imposibilidad moral no basta para probar el hecho de ilegitimidad, porque siendo físicamente posible el acceso del marido á la mujer, debe presumirse la paternidad aunque haya sido moralmente imposible. Tal sucede por ejemplo con la demencia y la enemistad capital, circunstancias que suponen la falta de acceso matrimonial pero que no lo hacen físicamente imposible.

También se ha pretendido que el adulterio probado de la mujer al tiempo de la concepción autoriza al marido para no reconocer al hijo como suyo.

El adulterio denuncia la infidelidad de la mujer, el comercio ilícito

con otro hombre distinto de su esposo; pero si éste hubiere tenido acceso en la época de la fecundación, seguramente nadie podrá asegurar con evidencia que el fruto que sobrevenga pertenece á otro extraño y no al marido.

Como los misterios de la paternidad están envueltos en las tinieblas de la concepción surgiría una duda acerca del verdadero padre; pero en este caso debe mantenerse la regla general, porque ella está fundada sobre la utilidad pública, el reposo de la familia, la tranquilidad del matrimonio asegurando el estado civil del hijo bajo todo punto de vista inocente.

Es por eso que nuestro Código ha prescrito:

El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes á justificar que él no es el padre; (4) es decir, dada la posibilidad de una paternidad extraña inducida por el adulterio, es preciso que el marido haga constar por pruebas inexcusables el hecho de no haber tenido acceso á la mujer durante la época de la concepción.

Nuestro Código al consignar esta prescripción ha seguido al derecho antiguo y moderno que se encuentran del todo uniformes.

Los romanos no permitieron alegar en ningún caso el adulterio de la mujer como causa de desconocimiento del hijo, porque puede suceder muy bien, como dice la Ley 14 del Libro 48 del Digesto, que la mujer sea adúltera y que el hijo pertenezca al marido.

Las leyes de Partida adoptaron implícitamente esta misma doctrina.

El derecho francés prohíbe también atacar la legitimidad del hijo por causa de adulterio. Pero cuando la madre haya ocultado el nacimiento del hijo el marido puede proponer todos los hechos conducentes á justificar que él no es el padre.

La ocultación del parto no indica el origen del hijo sino el adulterio de la madre y constando éste, sin objeto parece exigir la concurrencia de tal ocultación.

Quizá por esto la ley salvadoreña á fin de expeditar el juicio, evitando trabas que dificulten su iniciación, removió por inútil la ocultación del parto.

§ 2º

Personas que tienen derecho á impugnar la legitimidad del hijo.

La acción para reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante matrimonio, es absolutamente peculiar del marido. La introducción del hijo á la familia; su posición del estado de legitimidad y to-

(4) Art. 181 — Código Civil,

dos los derechos consiguientes á ella son hechos que afectan grave é individualmente al presunto padre.

La infracción legal, el crimen y el quebrantamiento de juramentos sagrados ofrecidos al marido son necesariamente las causas de que emana el hijo adulterino y el esposo es á quien la ley debe otorgar el derecho de oponer la excepción que deba libertarle de cargas trascendentales, y expedirle la manera de recabar el castigo á que se ha hecho acreedora la consorte infiel.

Por eso el Código ha prescrito que mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sinó el marido mismo. (5) Pero muerto éste ese derecho se trasmite á otras personas.

La legislación francesa lo otorga solamente á los herederos del marido como sus legítimos representantes.

Nuestro Código á imitación del de Chile, prescribe: "Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, ó sin haber reclamado en el caso del último inciso del artículo precedente, podrán hacerlo en los mismos términos los herederos del marido, y en general toda persona á quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual.

Cesará este derecho si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento ó en otro instrumento público. (6)

Riesgosa se ha creído la autorización á otra persona distinta del marido para impugnar la legitimidad de un hijo de matrimonio.

Los descendientes pueden sentirse impulsados á atentar contra la veneración y respeto que la autora de sus días debe inspirarles. por el interés del lucro.

La sociedad queda expuesta á ser testigo presencial del grave suceso á que un hijo daría lugar acusando á su propia madre de adúltera y buscando pruebas para desnaturalizar por este medio la legitimidad de un ser que de todos modos es hermano materno.

Con mayor razón debería negarse esta facultad á los demás parientes en general, quienes por lo regular no tienen por la madre las consideraciones que los descendientes y atacarían con cualquier pretexto la legitimidad del hijo.

Parece contrario á la razón y á la moral. dice un notable jurisconsulto, el conceder á los extraños la peligrosa facultad de escudriñar la concepción conyugal y el origen del hijo; ello es también contrario á la filosofía del derecho moderno, pues si la investigación de la paternidad de los hijos habidos fuera de matrimonio es prohibido, con mas razón debiera serlo la investigación de la paternidad de los hijos de matrimonio. Cuando el marido ha muerto en tiempo que pudo hacer esa reclamación y no la hizo, debe presumirse que no existió causa para ello y su silencio debe interpretarse en pro del hijo y no en su contra, pues esta presunción está en armonía con la regla que atribuye al marido la paternidad del hijo de matrimonio.

(5) Art. 182 — Código Civil.

(6) Art. 184 — " "

De aquí deducimos que la disposición del Código patrio de que estamos tratando no se encuentra inspirada en la filosofía del derecho moderno. En nuestro concepto la ley no debiera permitir á los parientes ni á otro alguno que el marido impugnara la legitimidad del hijo si no es para continuar la acción iniciada por el marido, ó cuando el hijo nazca después de los 300 días de la muerte de aquel.

Si el marido murió antes del nacimiento, dice Gollena : ¿Quién podrá descorrer el velo de un misterio sabido únicamente por él y su mujer? Si murió después del nacimiento, pero antes de espirar el plazo para la reclamación, sería tan inhumano como inmoral arrojar el escándalo y el oprobio sobre una esposa y madre.

Sin embargo puede suceder, por ejemplo en el caso de segundas nupcias, que los hijos del primer matrimonio sin ser frutos de la segunda esposa sobreviviente puedan verse perjudicados con el nacimiento y legitimidad de un nuevo hijo y desde que nuestra ley ha dado el derecho de impugnar la legitimidad á personas que no son el marido, lógico parece concederlo no solamente á los herederos como lo hace el Código de Napoleon, sinó además á todos los que tengan un interés actual, porque estos hijos carecen de afecciones hácia la madrastra y más bien abundan en deseos de vengar la vulneración cometida contra el honor del ascendiente difunto.

A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el Juez la ilegitimidad del hijo nacido después de espirados los 300 días subsiguientes á la disolución del matrimonio.

Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la mujer desde antes de la disolución del matrimonio se contarán los 300 días desde la fecha en que se empezó esta imposibilidad.

Lo dicho acerca de la disolución, se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad de matrimonio. (7)

§ 3º

Plazos para la acción.

La ley ha sujetado al marido en el desconocimiento de la legitimidad del hijo á la restricción de gestionar dentro de un término perentorio.

Los sentimientos que animan al marido al desconocer como suyo al hijo de su propia esposa, son sentimientos vivos, violentos, impetuosos y ocasionados por el desvarío que imprime en una alma escrupulosa por conservar incólumes su dignidad y honor, la noticia y la convicción de un ultraje de tanta magnitud.

Pero esos sentimientos pueden ser moderados por el tiempo y disipados por la reflexión, porque ni el tiempo los afianza ni la reflexión los fortifica.

(7) Art. 185 — Código Civil,

Por otra parte dejar á voluntad del marido el ejercicio de su acción de una manera indefinida, en cualquier tiempo, sería atacar uno de los mas sagrados derechos de familia, quedando insegura la legitimidad del hijo.

Importa, pues, al orden social que no perezca durante largo tiempo incierta la paternidad de que se trata y la ley para conciliar los intereses del padre y del hijo ha fijado un plazo determinado.

El derecho francés establece un mes, si el marido se encuentra en el lugar del nacimiento del hijo. Dos meses después de su regreso si se encontraba ausente á la época del alumbramiento ó si se hubiese ocultado el parto.

El Código de Prusia concede al marido un año contado desde que tuvo noticia del nacimiento. El de Austria le señala solamente tres meses, para armonizar los intereses paternal y filial.

El nuestro mas racional que los Códigos mencionados prescribe:

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

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo, hará presumir que lo supo inmediatamente; á menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta á la residencia de la mujer, salvo el caso de ocultación mencionado en el inciso precedente.

Pero contra la legitimidad del hijo concebido, según el artículo 77, durante el tiempo en que el marido estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso á la mujer, podrá éste ó sus herederos reclamar no obstante cualquiera prescripción. (8)

Para evitar las dudas y las evasivas perjudiciales al hijo sobre el hecho indeterminado de cuando el marido tuvo conocimiento del parto, la ley establece la regla de la *residencia y del regreso*.

El último inciso del artículo preinserto es una novedad introducida por el Código.

Ni la legislación francesa ni la chilena, que es el modelo constante de la nuestra, acuerdan ninguna excepción á la prescripción consumada, por haber espirado el término fijado, que inhabilita al marido y á las partes interesadas para deducir extemporáneamente sus acciones acerca del desconocimiento de la legitimidad.

Los motivos que militan para no dejar en la incertidumbre la paternidad del hijo, son bastante fundados para que puedan admitir excepción alguna.

Si un esposo v. g. á los cuarenta días después de haber contraído matrimonio (ó sea antes de los ciento ochenta días de la gestación mínima,) presencia el parto de su esposa y no reclama dentro del término legal sabiendo que ese hijo la ley no lo reputa legítimo ¿por qué puede tolerársele que lo haga hasta los 20 años? ¿y qué razón hay para que un

(8) Art. 183 — Código Civil.

niño nacido á los 400 días después de la disolución del matrimonio se le pueda desconocer hasta los 16 años de edad?

Equitativo parece que el término de dos meses sea fatal y que una vez fenecido quede prescrita absolutamente la acción, para afirmar de una manera insuperable uno de los derechos fundamentales de familia.

La incuria del marido, de sus herederos y personas interesadas en gestionar en el tiempo oportuno, es causa justa para la prescripción, cuando han omitido hacerlo voluntariamente, y no debe ser protegido ese descuido que ataca hondamente los intereses filiales.

Creemos, pues, que la parte final de este artículo debiera ser abolida.

Los parientes, así como el marido, tienen también un término dentro del cual deben oponer su reclamo.

El Código francés señala 60 días, cuyo plazo comienza á contarse desde la época en que el hijo debía haber sido puesto en posesión de los bienes del marido ó en la época en que los herederos sean perturbados en su posesión, por el hijo.

El nuestro adoptó esta disposición de la ley francesa, porque consigna:

Los herederos y demás personas actualmente interesadas tendrán para provocar el juicio de ilegitimidad, 60 días de plazo desde aquel en que supieron la muerte del padre, en el caso del artículo 184, ó en que supieron el nacimiento del hijo, en el caso del artículo 185.

Si el marido hubiere desaparecido, el primero de los plazos señalados en este artículo se contará desde el primer decreto de posesión concedida á sus herederos presuntivos. (9)

Mas varía en el modo de contar el plazo en los tres casos que siguen:

1º Si el hijo nace en vida del marido, el plazo comienza, para los interesados en la sucesión desde que supieron la muerte del padre:

2º Si el hijo es póstumo, el plazo comienza para ellos desde que supieron el nacimiento del hijo; y

3º En el caso de presunción de muerte por desaparecimiento del marido, el plazo comienza desde el decreto de posesión provisoria.

Hemos expuesto los peligros que pueden seguirse de la autorización hecha á los parientes del marido para desconocer al hijo en lugar de aquel; y aunque el Código no la extiende á todos los consanguíneos, otorga sin embargo á los ascendientes legítimos el derecho para provocar el juicio de ilegitimidad, aunque no tengan parte en los bienes del marido, debiendo hacerlo precisamente dentro de los plazos señalados. (10)

Pero si los interesados en la sucesión hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes, sin contradicción del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle la excepeión de ilegitimidad en cualquier tiempo que él ó sus herederos les disputaren sus derechos. (11)

Ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido, ó por otra persona, tendrá valor alguno, sinó se interpu-

(9) Art. 186 — Código Civil.

(10) " 187 —

(11) Inciso 2º, art. 186 — Código Civil.

siere en tiempo habil ante el Juez, el cual nombrará curador al hijo que lo necesitare para que le defienda en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 183, inciso 4º (12)

Los dos conceptos que abraza esta prescripción se refieren como se vé á materias enteramente distintas.

El primero rechaza los efectos moratorios que producen cualesquiera actos extrajudiciales previos á la interposición del reclamo contra la legitimidad, efectos que otras legislaciones admiten. La de Francia por ejemplo, concede al marido ó los herederos el derecho de protestar extrajudicialmente ante Escribano en el último día del plazo, contra la legitimidad del hijo á cuyo efecto les otorga un mes mas para iniciar su acción.

El segundo concepto acuerda el nombramiento de un curador al hijo; sábia medida que el derecho moderno ha dictado en favor de éste, porque es justificadamente presumible que la madre irritada contra el marido asegurara que el hijo era de otra persona y no podría entonces representarlo.

La madre será citada pero no obligada á aparecer en el juicio.

No se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio, (13) porque la madre no debe jamás destruir el estado de sus hijos.

Durante el juicio se presumirá la legitimidad del hijo y será mantenido y tratado como legítimo; pero declarada judicialmente la ilegitimidad tendrá derecho el marido y cualquiera otro reclamante á que la madre les indemnice de todo perjuicio que la pretendida legitimidad les haya irrogado. (14)

Esta disposición está fundada en la regla *pater is est* que ampara al hijo y le reputa como tal mientras no se pruebe lo contrario.

CAPITULO II.

Reglas especiales para el caso de divorcio.

SUMARIO.

Presunción de paternidad en estado de divorcio—Recurso de la mujer contra la nueva presunción — Precauciones correlativas dadas al marido.

§ 1º

Presunción de paternidad en estado de divorcio.

Como una vez declarado el divorcio, ya sea temporal ó perpetuo, se suspende entre los cónyuges la comunidad de vida y el comercio

(12) Art. 188, inciso 1º — Código Civil.

(13) „ 188, „ 2º y 3º „ „

(14) „ 189 „ „ „

carnal, produciéndose un estado anormal en el matrimonio, lógico parece que la presunción general que atribuye al marido la paternidad del hijo, no rija en tal estado, pues que estando separados los esposos hay motivo justificable que lo autoriza.

A pesar de esto, se ha dudado si la ley debe hacer extensiva tal presunción á los hijos concebidos en el período de la separación, creyéndose preferible la aplicación de la regla *pater is est*.

La cuestión ha sido examinada bajo dos faces distintas que aparentemente presentan visos que hacen vacilar sobre la adopción de una ú otra doctrina.

En efecto, existiendo el vínculo nupcial en el estado de divorcio, porque éste no lo destruye, debe subsistir también la presunción *pater is est* que de él nace. Verdad es que durante el divorcio debe presumirse la no cohabitación de los esposos pues que media entre ellos imposibilidad moral; pero tampoco puede negarse que no están físicamente impedidos para el acceso carnal, y en este sentido el rigor de la máxima legal no puede ser relajado.

Mas se hace forzoso considerar que la unión conyugal termina por disposición del Juez, apoyada en la ley que debe siempre ceñirse á la estricta naturaleza de las cosas, definiendo con precisión y acierto las situaciones.

Los esposos habitan en diferentes domicilios no estando confundidos en uno solo. Ha cesado, entre ellos el trato carnal; y siendo este estado lo normal, natural es que el marido no se tenga por padre del hijo de la mujer divorciada, como normal es por otra parte el acceso del marido á la mujer en el estado de unión conyugal y natural también en él atribuirle la paternidad del hijo, exigiéndole para destruirla la imposibilidad física de cohabitación.

Quizá por estas reflexiones, que afianzan ambos sistemas, las legislaciones se dividieron, optando indistintamente por cualquiera de ellos.

La antigua legislación española aceptó implícitamente la regla *pater is est* aun en el estado de divorcio.

El derecho francés la consagró de una manera explícita, aunque una ley con posterioridad queriendo conciliar los dos sistemas por medio de una transacción conserva la presunción legal, dando no obstante al marido la facultad de justificar por todos los medios posibles que él no es el padre.

En otros Códigos, como en el de Louisiana, por el contrario, la no cohabitación se presume legalmente porque supone que obedecen la sentencia que así la declara, guardando silencio sobre sí ello basta para que la ley tenga *ipso jure* como ilegítimo al hijo.

Nuestro Código acepta el segundo sistema y considerando que la vida matrimonial cesa por decreto de Juez, somete á los cónyuges á todas las consecuencias de la cesación, mas facilita al hijo varios medios para desvanecer su ilegitimidad presunta.

He aquí lo que sobre el particular prescribe:

El concebido durante el divorcio temporal ó perpetuo de los cónyuges, no tiene derecho para que el marido le reconozca por suyo, á menos de probarse que el marido lo reconoció como suyo;

- 1º Por instrumento público :
 - 2º Por acto testamentario:
 - 3º Por escritos ú otros actos judiciales:
 - 4º Dándolo á conocer como hijo suyo á sus herederos, declarándolo éstos judicialmente;
 - 5º Creándolo y educándolo á sus expensas en concepto de hijo.
- También tendrá derecho á ser reconocido por hijo del marido justificando que fué concebido en tiempo en que reconciliados privadamente los cónyuges habitaron juntos.

§ 2º

Recurso de la mujer contra la nueva presunción.

Hemos visto que durante el divorcio existe una presunción contraria á la paternidad del marido; pero como la ley debe garantizar sin embargo el estado de los hijos, proporcionando á la mujer los medios de destruir esa presunción, cuando se encuentra en cinta al verificarse el divorcio ó mientras se ventila el juicio correspondiente, el Código ha prescrito : “La mujer recién divorciada ó que pendiente el juicio de divorcio está actualmente separada de su marido y que se creyere preñada lo denunciará al marido por escrito y por medio de la autoridad judicial del lugar en que ella resida dentro de los primeros treinta días de la separación actual.”

Si la mujer hiciera esta denuncia después de dichos treinta días, valdrá siempre que el Juez con conocimiento de causa declare que ha sido justificable ó disculpable el retardo. (15)

Establecer un término para el aviso que debe dar la mujer, es bajo todo punto de vista indispensable á fin de evitar abusos y conflictos que podían muy bien surgir teniéndose el derecho de ejercerla en cualquier tiempo. Los síntomas de la maternidad se presentan ordinariamente á los treinta días y por eso la ley los fija como plazo.

Mas cuando un impedimento superior á la voluntad de la mujer, cuya calificación está encargada al prudente arbitrio del Juez, no le permita hacer la denuncia, disculpado el retardo podrá valer la hecha después de ese término.

El Código de Chile no determina si la denuncia debe hacerse judicial ó extrajudicialmente, creyéndose que ella debe constar de un modo fehaciente.

Pero el nuestro mas lógico requiere que sea de la última manera, para asegurar mejor la legalidad del parto.

Conocedor, pues, el marido del embarazo de su esposa debe presu-

(15) Art. 191 — Código Civil.

mirse legítimo el hijo que sobrevenga y no podrá desconocerlo sinó por las causas admitidas en el estado de unión.

§ 3º

Presunciones correlaticas dadas al marido.

Debiendo establecerse una reciprocidad en las precauciones que ambos consortes deben tomar, es consecuente que el marido ponga por su parte los medios conducentes para cerciorarse de la legitimidad del parto y de la identidad del hijo.

El marido podrá, por tanto, á consecuencia de la denuncia ó aun sin ella, enviar á la mujer una compañera de razón que le sirva de guarda y además una matrona que inspeccione el parto y la mujer que se crea preñada, estará obligada á recibir las, salvo que el Juez, encontrando fundadas las objeciones de la mujer contra las personas que el marido haya enviado, elija otras para dicha guarda é inspección.

La guarda y la inspección serán á costa del marido, pero si se probare que la mujer ha procedido de mala fé, pretendiéndose embarazada, sin estarlo, ó que el hijo es adulterino, será indemnizado el marido.

Una y otra podrán durar el tiempo necesario para que no haya duda sobre el hecho y circunstancias del parto, ó sobre la identidad del recién nacido. (16)

Nuestra ley ha mitigado la dureza y los procedimientos vejatorios que las legislaciones antiguas empleaban contra la mujer, ya restringiéndole obligaciones que pugnan con las buenas costumbres y el pudor, ya concediéndole el derecho de exponer objeciones á las personas encargadas de su custodia: encomendando al Juez la elección definitiva en caso necesario.

La legislación de Roma, autorizaba al marido para enviar á su esposa cinco buenas mujeres "que le caten el vientre," cuyo examen podía ocasionar un aborto y era atentatorio contra la honestidad.

Las leyes de Partida adoptaron la misma regla, que era practicada con extricto rigor é indefinidamente, mientras que entre nosotros las medidas acordadas solo duran el tiempo necesario para evidenciar el parto é identificar al recién nacido.

También tiene facultad el esposo de pedir que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta y de su confianza; y la mujer que se crea preñada deberá trasladarse á ella, salvo que el Juez, oídas las razones de la mujer y del marido, tenga á bien designar otra. (17)

Si no se realizare la guarda é inspección, porque la mujer no ha hecho saber la preñez al marido, ó porque sin justa causa ha rehusado

(16) Art. 192 — Código Civil.

(17) „ 193 — „ „

mudar de habitación, pidiéndolo el marido, ó porque se ha sustraído al cuidado de la familia ó personas elegidas para la guarda é inspección, ó porque de cualquier modo ha eludido su vigilancia, no será obligado el marido á reconocer el hecho y circunstancias del parto, sinó en cuanto se probaren inequívocamente por parte de la mujer ó del hijo, en juicio contradictorio. (18)

En este caso se establece la presunción de que el parto ha sido supuesto y apócrifo el hijo.

La inquisición judicial recae solamente sobre la efectividad del alumbramiento y la identidad del hijo; y no debe confundirse con el desconocimiento de la legitimidad hecho por el marido, ni deducirse que esto se propone al desconocer el parto, pues que la negación de aquella tiene por base la imposibilidad física de cohabitación;—por eso, aunque el marido tome todas las precauciones que le permiten los artículos precedentes, ó sin ellas se pruebe satisfactoriamente el hecho y circunstancias del parto, le queda salvo su derecho para no reconocer al hijo como suyo, con arreglo á los artículos 180 y 181 provocando el juicio de ilegitimidad en tiempo habil. (19)

Si el marido después de la denunciación antedicha, no usare de su derecho de enviar la guarda y la matrona, ó de colocar á la mujer en una casa honrada y de confianza, será obligado á aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto (20); porque entonces se presume que implícitamente lo reconoce.

No pudiendo ser hecha al marido la denunciación prevenida en el artículo 191, podrá hacerse á cualquiera de sus consanguíneos dentro del cuarto grado mayores de veintiun años, ó á sus representantes legales, si fuesen menores, prefiriendo á los ascendientes legítimos; y aquel á quien se hiciere la denunciación podrá tomar las medidas indicadas en los artículos 192 y 193. (21)

CAPITULO III.

Reglas relativas al hijo póstumo.

Se entiende por hijo póstumo el nacido después de la muerte de su padre, y como la ley protege al que está por nacer, el Código para asegurarle la legitimidad y todos los derechos que de ella emanan, ha establecido ciertas reglas que se encuentran en consonancia con las doctrinas seguidas en el tratado de las personas hasta aquí expuesto.

Esas reglas son las siguientes:

-
- (18) Art. 194 — Código Civil.
(19) " 196 — " "
(20) " 195 — " "
(21) " 197 — " "

Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo en la forma prevenida en el artículo 191 á los que no existiendo el póstumo, serían llamados á suceder al difunto ó á sus representantes legales.

La denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes á su conocimiento de la muerte del marido, pero podrá justificarse ó disculparse el retardo, como en el caso del artículo 191, inciso 2º

Los interesados tendrán los derechos que por los artículos anteriores se conceden al marido en el caso de la mujer recién divorciada, pero sujetos á las mismas restricciones y cargas. (22)

La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto; y aunque el hijo no nazca vivo ó resulte no haber habido preñez, no será obligada á restituir lo que se le hubiere asignado; á menos de probarse que ha procedido de mala fé pretendiéndose embarazada, ó que el hijo es ilegítimo. (23) La razón es, porque no naciendo vivo el feto ó no resultando efectivo el embarazo, á pesar de haberlo creído así de buena fé la madre, por presentársele todos los síntomas característicos, ésta no debe ser responsable de sucesos extraños á su voluntad; y de ahí que no pueda obligársele á la restitución. Pero no sucede lo mismo cuando existe mala fé ó el hijo es ilegítimo.

Por ejemplo: se ausenta un hombre del Salvador á país distante; permanece fuera diez meses, regresa, y poco después muere. La viuda pretende estar en cinta, y de los bienes del marido se le conceden alimentos y se la provee de lo necesario para el parto. Pero el póstumo nace en tiempo tal que no pudo haber tenido por padre al marido. El póstumo no tiene ningún derecho á esos bienes y los que suceden en ellos deben ser indemnizados.

El Código, como se observa, en obsequio del enlace, consecuencia y unidad de las materias, consigna en este capítulo las mismas consideraciones en favor de la mujer, que otorga en el párrafo último del capítulo anterior, desechando las inmorales y bárbaras precauciones que los antiguos sancionaban, cuando esta personalidad destinada á dulcificar la vida del hombre y á compartir con él sus goces y sus penas era conceptuada como cosa y tratada con la iniquidad y el despotismo que merecía el esclavo.

En efecto, en el derecho romano tan luego como el marido tenía noticia de que la mujer estaba para parir, podía enviar cinco guardianes que cuidaran la entrada de la casa. Dos custodios mas, espías perpetuos é incansables, la perseguían por todas partes: en el templo y en la calle, en el comedor ó en el baño, hasta la época precisa del alumbramiento en que se retiraban los centinelas para ser sustituidos por diez mujeres libres, seis sirvientes y dos comadronas que desempeñaban el doble oficio de testigos y ayudantes del parto.

(22) Art. 198 — Código Civil,

(23) „ 199 — „ „

El derecho español, tomado en su mayor parte del romano, conservó sin modificación alguna la misma regla.

El Código de Napoleón omitió la reglamentación sobre este punto indicando por primera vez con su silencio, respeto y consideración hacia la viuda desgraciada y repugnancia por las precauciones antiguas.

Pero el nuestro para no caer en la imprevisión ha prescrito reglas equitativas y dado á la mujer garantías suficientes.

CAPITULO IV.

Reglas especiales al caso de pasar la mujer á segundas nupcias en tiempo inhabil.

Hemos visto que disuelto un matrimonio ó declarado nulo, la mujer no está en la posibilidad de pasar á segundas nupcias sinó después de los trescientos días subsiguientes; pero puede muy bien suceder que á pesar de esta prohibición la viuda contraiga matrimonio antes del tiempo señalado: que sobrevenga un hijo y que se dude á cual de los dos matrimonios pertenezca.

Como el hecho envuelve cierta trascendencia que afecta á la familia y á la sociedad, el Código ha fijado la manera de salvar esa duda y establecer la verdadera paternidad del hijo.

Dice, en tal concepto, que cuando por haber pasado la madre á otras nupcias se dudare á cual de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial el Juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias y oyendo además con dictamen de facultativos si lo creyere conveniente. (24)

Por ejemplo, muere Pedro el 1º de Enero. Su viuda se casa con Antonio el 1º de Febrero y dá á luz un hijo el 15 de Agosto—según la regla del artículo 77 este niño nacido dentro de los 300 días posteriores á la disolución del primer matrimonio, y después de los 180 días subsiguientes á la disolución del 2º puede pertenecer legalmente al difunto Pedro ó al nuevo marido Antonio. Las circunstancias que pueden hacer inclinar la balanza á uno de ellos serían: la ancianidad del marido difunto; el hecho de no haber éste procreado durante algunos años antes de su muerte; la coincidencia del desarrollo aparente del recién nacido con una gestación prolongada, y los romanos admitían la semejanza ó parecimiento del hijo á cualquiera de los dos maridos.

Los jurisconsultos supliendo el silencio de algunos Códigos sobre esta materia, han establecido y defienden, con interés, varios sistemas encaminados á fijar la paternidad. Se la adjudican algunos al primer

(24) Art. 200 — Código Civil.

marido, porque en el primer matrimonio la gestación de la madre cuenta con mas tiempo que en el segundo, y allí ven una probabilidad mayor que les induce á creer que la fecundación acaeció durante el primero.

Adjudican otros al segundo marido la paternidad, apoyados en la regla *pater is est* y en el hecho conforme á ella de haber nacido el hijo después de los 180 días en la gestación mínima.

Y no falta quien pretenda dar al hijo la facultad de elegir al padre que mas le convenga (Blackstone).

Nuestro Código, decidiendo según las circunstancias, ha orillado estos conflictos sin adoptar una regla invariable.

La pena impuesta á la viuda que contrae matrimonio antes de haber espirado los 300 días, como sanción necesaria por la infracción legal, el Código la ha extendido también al marido y dice:

Serán obligados solidariamente á la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados á terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado á otras nupcias y su nuevo marido. (25)

TÍTULO 8º

De los hijos legitimados por matrimonio posterior á la concepción.

CAPITULO I.

SUMARIO.

Condiciones de la legitimación — Matrimonios que pueden operarla — Hijos que pueden ser legitimados — Legitimación *ipso jure*—Legitimación voluntaria—Impugnación de la legitimación — Efecto de la legitimación — Filiación por adopción.

§ 1º

Condiciones de la legitimación.

La legitimación es una ficción legal en virtud de la cual un hijo nacido fuera de matrimonio es asimilado á un hijo legítimo, según la definen algunos jurisconsultos.

Tal definición ha sido combatida por el eminente abogado alemán Bæhmer, en lo que se refiere á la ficción que se supone. Esa ficción la cree debida á los esfuerzos hechos por los intérpretes del derecho canónico para derivar la legitimidad de un principio único y piadoso, ó sea el de un matrimonio existente. Esta ficción se cree frecuentemente contraria á la verdad. Destruida por la ley misma que ha introducido la legitimación por matrimonio subsiguiente no puede aplicarse al caso en que haya existido otro matrimonio intermedio.

Toullier y otros también la rechazan como inoficiosa, pues que la ley dá á los hijos naturales legalmente reconocidos todos los derechos de la legitimidad, cuando sus padres reparando los escándalos que han dado á la sociedad celebran un matrimonio solemne, sin examinar si la falta ha podido ser excusada desde su origen por la intención de realizar el pacto de una unión legítima.

Detenemos en el análisis de esta cuestión sutil, no nos parece tan necesario, porque sea de esto lo que se quiera, la legitimación es el acto por medio del cual la ley reputa legítimos los hijos que no lo son.

Los romanos autorizaban seis especies de legitimación, como es sabido—y desde Justiniano fué reconocida la de subsiguiente matrimonio.

La antigua legislación española siguió á la letra la de Roma sobre este punto,

Anatematizado el concubinato por la Iglesia á fines del siglo XII, el derecho canónico reputó como ilegítimos á los hijos que nacen de él, pero admitiendo también la legitimación por matrimonio posterior, porque ella no procede del matrimonio natural al que solo falta la solemnidad, como entre los romanos, sinó de la fuerza intrínseca del matrimonio que liga á los padres naturales, teniendo por fundamento la ficción mencionada, de que estos padres al unirse ilícitamente tuvieron la intención de contraer matrimonio.

El sistema adoptado por el Código, podemos repetir con el mensaje del Ejecutivo de Chile, tratando de legitimación por matrimonio posterior de los padres, es el de una combinación entre las reglas del derecho romano, el canónico y el Código Civil francés.

En el derecho romano, al que se casaba con la concubina se exigía para la legitimación de los hijos habidos en ella, el otorgamiento de escritura; no para que valiese el matrimonio, pues éste se contraía por solo el consentimiento, sinó para que constara que la concubina pasaba á la categoría de mujer legítima, si existían hijos y cuáles de ellos se legitimaban.

Esta es la doctrina de los mas ilustres intérpretes de la ley romana. De aquí se colige que la legitimación era voluntaria por parte de los padres y no se extendía á todos los hijos habidos en la concubina, sinó á los que el padre quería. Era asimismo voluntario de parte de los hijos, pues sin su consentimiento no podían hacerse *alieni juris* ni asociarse á la condición de un padre tal vez de mala fama y perversas costumbres. Estos dos principios, legitimación otorgada por instrumento público, legitimación voluntariamente concedida y aceptada, se han adoptado en el proyecto; exceptuados solamente dos casos: el hijo concebido antes de matrimonio y nacido en él, y el hijo natural, esto es, el ilegítimo que ha sido antes reconocido formal y voluntariamente por el padre ó la madre quedan *ipso jure* legitimados por el matrimonio subsiguiente."

La legitimación tenía lugar en España por matrimonio subsiguiente, por rescripto y por oblación á la curia.

Nuestro Código deja subsistente la primera, bastando el reconocimiento de los hijos naturales para suplir la segunda, porque las concesiones reales á este respecto eran un abuso de soberanía usurpada; y como los abusos de usurpación no reconocían límites, se basaban en los derechos de soberanía para legitimar hasta bastardos adulterinos.

La legitimación por oblación á la curia, fué tomada por las Partidas, del derecho romano. Este había creado el oficio de curial que era un cargo consejil análogo al municipal entre nosotros, con la diferencia de que los miembros curiales tenían grandes obligaciones y gastos que verificar de su propio peculio. El emperador Teodosio el joven, con el objeto de estimular ese cargo y de ofrecerle alguna remuneración por los valiosos servicios que en su desempeño se prestaban, concedió á los curiales el privilegio de legitimar á sus hijos por el solo hecho de ofrecerlos á la curia inscribiéndolos en sus registros.

La naturaleza y fin político de la institución, fué tergiversado por

la ley española en que el hijo se ofrecía al rey y no á la curia, no existiendo por tanto sinó obediencia á la corte.

Nuestras instituciones democráticas y nuestro espíritu hacen incompatible entre nosotros esa clase de legitimación que el Código ha derogado tácitamente.

La filiación legítima descansa en la presunción de paternidad que la ley atribuye al marido.

Pero no existiendo el matrimonio, esa presunción debe desaparecer, pues no puede en rigor de un ayuntamiento natural resultar hijos legítimos por una solemnidad posterior al ayuntamiento, y por consiguiente al nacimiento, hecho opuesto al origen; porque en el orden natural y en el orden social ninguna cosa puede producir efecto ó consecuencia antes de haber existido.

Empero, motivos de honor y de utilidad dictan á la ley la necesidad de esta importante retroactividad.

En efecto, ella es exigida por la moral y la honestidad pública para conseguir la reparación de un desorden y la cesación de un escándalo. Ella es requerida por la sociedad á la cual interesa la multiplicación de las generaciones legítimas y el acrecentamiento de las familias que la componen. Ella afecta más inmediatamente á los padres, quienes la solicitan como el único medio de saborear todas las dulzuras de una unión honorable, y de restituir á los hijos amados los derechos y los efectos que la naturaleza y la ley les otorgan. Y ella, últimamente, es indispensable á los mismos hijos para libertarse de un mal seguro del cual ellos serán víctimas sin haber sido culpables.

Nuestro Código, por causas de interés público, adopta como ya lo hemos expuesto, la legitimación por subsiguiente matrimonio, exigiendo como condiciones: 1.^a que el hijo proceda de padres que al engendrarlo hubieran podido casarse; y 2.^a que el padre y la madre reconozcan al hijo en instrumento público.

De esta manera, conciliando todos los sistemas establecidos, exige que conste auténticamente el reconocimiento de la paternidad, y proscribire definitivamente los inmorales juicios sobre filiación. Requiere por otra parte, como el derecho canónico, que los padres en el acto de la concepción puedan casarse, y deroga tácitamente la ley española que exigía que ellos podían casarse sin dispensa.

Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraigan sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van á expresarse. (1)

Esta clase de legitimación ha sido adoptada generalmente por las legislaciones modernas, á excepcion de algunos de los Estados-Unidos de América, Inglaterra y Rusia, y en contraposición con otras, como la francesa que legitima también los hijos incestuosos ó adúlteros, cuando los padres los reconocen legalmente antes de su matrimonio ó en el acto mismo de su celebración. (2)

(1) Art. 202 — Código Civil.

(2) „ 331 — Código de Napoleón.

§ 2º

Matrimonios que pueden operar la legitimación,

Todo matrimonio debe producir el efecto de legitimar á los hijos naturales habidos antes entre los cónyuges, excepto los expresamente excluidos por la ley.

Varias legislaciones, (la de Chile por ejemplo) niegan este efecto al matrimonio putativo. (3)

Se ha pretendido por esto atacar la ley de inconsecuente, por admitir la buena fé en uno ó ambos de los contrayentes para depurar el matrimonio nulo en lo que se refiere á los hijos concebidos en él, y no admitir de la misma manera esa depuración en favor de los procreados antes de celebrarse el matrimonio.

Pero no se tiene en ello una razón convincente; mientras que la diferencia, sensatamente introducida por los legisladores, está justificada de una manera racional y descansa en el principio de la equidad.

Los que fueron concebidos y nacieron cubiertos con el manto del matrimonio, protegidos por la ley, están en el derecho de exigir que se les conserve en el estado que adquirieron desde el nacimiento y que se les respete su calidad de hijos legítimos, porque la inocencia no debe ser víctima de la malicia ajena.

Mas los que son habidos fuera de matrimonio, ¿con qué derecho pueden pretender la legitimación durante él, si se ha declarado nulo después?

La ley salvadoreña se ha apartado en esta materia de la chilena, pues no niega tal efecto al matrimonio putativo, y solo declara que él no basta para legitimar á los hijos que hubieren sido concebidos antes, sinó cuando uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fé en el tiempo de contraerlo. (4)

† El Código, como se vé, no admite implícitamente la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio putativo, pero sí los concebidos con anterioridad.

Mas lógica nos parece la disposición chilena que la nuestra. Ella está de acuerdo con la regla *pater is est* aun en el caso de matrimonio putativo. No sucede lo mismo con la prescripción del Código patrio, que se halla en pugna con esa máxima y en contradicción con el artículo 179, que solo considera legítimo al concebido durante el matrimonio verdadero ó putativo, resultando de esto la marcada irregularidad de que el hijo legitimado que se asimila al legítimo tiene para constituirse como tal, prerrogativas y recursos negados á éste.

Por manera que según nuestro criterio, de acuerdo con la opinión de los mas ilustres jurisconsultos, debiera prohibirse no solamente la le-

(3) Art. 203 — Código Chileno.

(4) „ 203 — Código Civil.

gitimación de los hijos nacidos sinó también de los concebidos antes del matrimonio putativo.

En Chile también se niega el mismo efecto al matrimonio contraído entre afines en línea recta; pero siendo entre nosotros prohibido este enlace absolutamente, sin que produzca efectos civiles, debe á *fortiori* entenderse que no pueden ser legitimados los hijos que de él procedan.

§ 3º

Hijos que pueden ser legitimados.

Una de las condiciones precisas para la legitimación, es la de que el hijo proceda de padres que al ayuntarse ilícitamente hubieran podido contraer matrimonio.

Por esta causa, los hijos concebidos en adulterio no pueden ser legitimados por el matrimonio posterior de los padres, aunque uno de estos haya ignorado el matrimonio del otro al tiempo de la concepción.

Lo mismo será aun cuando aquel de los padres que al tiempo de la concepción estaba casado, haya creído entonces de buena fé, y con justa causa de error, que el matrimonio anterior no subsistía. (5)

Ni la intención en los padres de contraer matrimonio puede la ley suponer en este caso; y tanto el derecho canónico como el francés y casi todos han erigido en un punto de legislación universal esta doctrina.

Nuestro Código no excluye del beneficio de la legitimación á los hijos incestuosos porque sus padres, á menos de ser parientes en línea recta, en cuyo caso el matrimonio sería imposible, pueden celebrarlo validamente; y si á los padres se les concede este derecho, no es justo absolver al culpable y condenar á la víctima, dejando á los hijos en la condición de incestuosos.

Asimismo no deben excluirse de la legitimación á los hijos sacrílegos, porque la orden sagrada no constituye un impedimento matrimonial según la ley sobre la materia.

§ 4º

Legitimación ipso jure.

El matrimonio posterior legitima *ipso jure* á los hijos concebidos antes y nacidos en él; menos en los casos de los artículos 203 y 204, que se refieren á los habidos de matrimonio putativo y á los adulterinos. (6)

Puede decirse, pues, que la legitimación *ipso jure* se verifica cuando el hijo es concebido antes y nacido dentro del matrimonio verdadero con las solemnidades legales.

(5) Art. 204 — Código Civil.

(6) „ 205, inciso 1º

En rigor los hijos concebidos con anterioridad al matrimonio y nacidos en él no debieran, de conformidad con la regla *pater is est*, reputarse hijos del marido.

Pero el hecho de que el nacimiento se opere en el matrimonio por una parte, y por otra la natural suposición de que el marido ha sabido al tiempo de casarse el embarazo de la mujer, induce la presunción de la paternidad del marido, máxime, si en lugar de desconocerlo le reconoce implícitamente por actos positivos que así lo revelen.

Hemos dicho en otro lugar, que la presunción desaparece ante la certidumbre de una prueba en contrario. Y por esa misma razón el Código agrega:

El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de espirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas legales.

Pero aun sin esta prueba podrá reclamar contra la legitimidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, ó si no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido por alguno de los actos designados en el artículo 190.

Para que valga la reclamación por parte del marido será necesario que se haga en el plazo y forma que se expresan en el título precedente. (7)

El matrimonio de los padres legitima también *ipso jure* á los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos con los requisitos legales. (8)

§ 5º

Legitimación voluntaria.

La legitimación puede ser legal ó deferida por la ley, de la que tratamos en el párrafo anterior, ó establecida por la voluntad de los padres.

Como el matrimonio posterior fuera de los casos de los artículos 205 y 206 (que acabamos de examinar), no produce *ipso jure* la legitimación de los hijos, es necesario para que ella se produzca, que los padres designen por instrumento público los hijos á quienes confieren este beneficio, ya estén vivos ó muertos.

El instrumento público podrá ser otorgado en cualquier tiempo después de la celebración del matrimonio. (9)

Los romanos fueron los primeros que exigieron, al que se casaba con la concubina para la legitimación de los hijos habidos en ella, el otorgamiento de escritura á fin de que constase cuáles de ellos se legitimaban.

(7) Art. 205 — Código Civil.

(8) " 206 — " "

(9) " 207 — " "

El Código de Chile dispone que el instrumento público de reconocimiento debe otorgarse á la fecha del matrimonio, ó en caso de impedimento grave, dentro de los treinta días subsiguientes á él, so pena de nulidad, porque "es preciso prevenir en lo posible el fraude de los cónyuges que legitimando á un extraño podrían perjudicar á sus propios hijos", como decía el Redactor de aquel cuerpo legal.

La legislación francesa no concede ninguna próroga, y exige que el otorgamiento de la escritura de reconocimiento se haga precisamente á la fecha del matrimonio.

Nuestra ley ha dejado á voluntad de las partes, de una manera indefinida, el derecho de otorgar tal instrumento en cualquier tiempo; y si se atiende al estado de pureza de las costumbres salvadoreñas y á la falta de malicia y de sentimientos desnaturalizados en la generalidad de los padres, fácil es rechazar el temor al fraude de los cónyuges en que se apoyan aquellas prescripciones, y justificar la de nuestro Código.

La legitimación no hay duda que redunde en interés del hijo; pero puede muy bien perjudicar á éste ó á sus herederos, en cuyo caso no les convendría el cambio de estado que se produce, y no tendrían ocasión de hacer valer sus derechos si dejara de dársele noticias de ese cambio.

Con tal objeto, cuando la legitimación no se produce *ipso jure*, el instrumento público de legitimación deberá notificarse á la persona que se trate de legitimar. Y si ésta vive bajo potestad marital ó es de aquellas que necesitan de tutor ó curador para la administración de sus bienes, se hará la notificación á su marido ó á su tutor ó curador general, ó en defecto de éste á un curador especial. (10)

Como la legitimación aprovecha á la posteridad legítima de los hijos legitimados; si es muerto el hijo que se legitima, se hará la notificación á sus descendientes legítimos. (11)

§ 6º

Impugnación de la legitimación.

La aceptación del hijo para la legitimación debía ser voluntaria, en Roma, pues sin su consentimiento no podía hacerse *alieni juris*, ni asociarse á la condición de un padre tal vez de mala fama y perversas costumbres; teniendo, en consecuencia, el permiso de aceptar ó repudiar á su arbitrio ese nuevo estado.

La legislación francesa niega á los hijos el derecho de repudiar, y solo les concede el de impugnar la legitimación.

La salvadoreña ha seguido á la romana y concede al hijo ambas facultades, lo mismo que á sus legítimos representantes.

La persona, dice, que no necesita de tutor ó curador para la admi-

(10) Art. 208 — Código Civil.

(11) " 218 — " " "

nistración de sus bienes, ó que no vive bajo potestad marital, podrá aceptar ó repudiar la legitimación libremente. (12)

El que necesite de tutor ó curador para la administración de sus bienes, no podrá aceptar ni repudiar la legitimación, sino por el ministerio ó con el consentimiento de su tutor ó curador general, ó de un curador especial, y previo decreto judicial con conocimiento de causa.

La mujer que vive bajo potestad marital necesita del consentimiento de su marido, ó de la justicia en subsidio, para aceptar ó repudiar la legitimación. (13)

Los descendientes legítimos del hijo que se legitima podrán también aceptarla ó repudiarla en el mismo modo y forma que puede hacerlo el propio hijo. (14)

La persona que acepta ó repudia, podrá hacerlo en el mismo instrumento en que se le reconozca, y si no lo hiciere, ó no fuere esto posible, deberá declararlo por otro instrumento público dentro de los 90 días subsiguientes á la notificación.

Trascurrido este plazo se entenderá que acepta, á menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo habil. (15)

Pasaremos ahora á exponer las causas de la impugnación, ya que hemos visto qué personas pueden aceptar ó repudiar la legitimación.

El constante interés de la ley en proteger al hombre, ha creado recursos para precaver los fraudes que al abrigo de este beneficio pudieran cometerse, dando á todos los que tengan un interés actual, una facultad que nace de la existencia de ciertos motivos fijos.

Esos motivos los consigna el Código de la siguiente manera :

La legitimación podrá impugnarse probando :

1º Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante, según el artículo 77:

2º Que el legitimado no ha tenido por madre á la legitimante; sujetándose esta negación á lo dispuesto en el título de la maternidad disputada :

3º Que el matrimonio no ha podido producir la legitimación, según alguno de los artículos 203 y 204.

No serán oídos contra la legitimación sino los que prueban un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre ó madre legitimantes: éstos, en 60 días contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos, en los 300 días subsiguientes á la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho. (16)

Aquí la concesión á terceros del derecho de impugnar la legitimación del hijo, tiene una razón de ser de que carece la impugnación del desconocimiento del hijo legítimo.

El legitimado adquiere la legitimidad por una gracia especial de la ley, no nace en la familia; y los que se sienten perjudicados por la aplicación de esa gracia, es muy justo que tengan la facultad de impugnar.

(12) Art. 209 — Código Civil.

(13) „ 210 —

(14) Parte final del inciso 2º art. 212.

(15) Art. 211 — Código Civil.

(16) „ 216 „ „

La ley ha obedecido también á motivos razonables al introducir una diferencia en la duración de los plazos en que los ascendientes legítimos y los terceros pueden oponer la impugnación.

Los ascendientes proceden impulsados solamente por un interés de familia, y esto los coloca en las mismas condiciones de los ascendientes que impugnan la legitimidad.

Los terceros, por el contrario obran movidos por un perjuicio positivo que va á sobrevenirles: y como la legitimación es creación exclusiva de la ley, puede ésta muy bien concederles mayor tiempo para descubrir los fraudes que ella encarne.

La legitimación del que ha nacido después de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sinó por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad del concebido en matrimonio. (17)

Solo el supuesto legitimado, y en el caso del artículo 212 sus descendientes legítimos llamados inmediatamente al beneficio de la legitimación, tendrán derecho para impugnarla, por haberse omitido la notificación ó la aceptación prevenidas en los artículos 208, 210 y 212. (18)

§ 7º

Efecto de la legitimación.

Los legitimados por matrimonio posterior son iguales en todo á los legítimos concebidos en matrimonio.

Pero el beneficio de la legitimación no se retrotrae á una fecha anterior al matrimonio que la produce.

Así el derecho de primogenitura de un hijo no se pierde por la legitimación posterior de otro hijo, de cualquier grado que éste sea. (19)

La designación de hijos legítimos, aun con la calificación de nacidos de legítimo matrimonio, se entenderá comprender á los legitimados, tanto en las leyes y decretos, como en los actos testamentarios y en los contratos; salvo que se exceptúe señalada y expresamente á los legitimados. (20)

(17) Art. 215 — Código Civil.

(18) " 217 — " "

(19) " 213 — " "

(20) " 214 — " "

§ 8º

De la adopción.

Aunque el Código salvadoreño, siguiendo el espíritu del derecho moderno, no reconoce otro medio de constituir la filiación legítima y los derechos anexos á ella que el matrimonio y la legitimación que de él se deriva, daremos no obstante una ojeada histórica para hacer un recuerdo del derecho romano en lo que se refiere á la adopción, ya que ella de la misma manera que la legitimación era uno de los modos de adquirir la filiación legítima.

La adopción, de origen romano, seguida textualmente por las leyes españolas y en la actualidad por la mayor parte de los Códigos europeos, consistía en dar á un extraño por medio de rescripto del príncipe ó de la autorización del magistrado, la calidad y las prerogativas de hijo legítimo, esto es, colocando por medio de la adopción una persona en el lugar de hijo de otra, aunque no lo sea naturalmente, y quedando sujeta á la patria potestad del adoptante.

La adopción, de tan frecuente uso, de tanta importancia en la antigua Roma, es una institución de carácter puramente aristocrático y marcadamente contraria á los intereses de la familia.

El viejo derecho francés no la admitió; pero la iniciativa personal de Napoleón Iº, entonces primer cónsul, la hizo figurar en el Código que lleva su nombre.

Se pensaba que la adopción como institución de derecho común, es mas perjudicial que util. admisible lo mas como una medida política; cuyas aseveraciones fueron demostradas de la manera mas luminosa. (21)

Por eso otros Códigos como el holandés, el del cantón de Vaud (Suiza), el moderno de Portugal, el de Louisiana y el de Chile la han abolido tácita ó expresamente.

(21) Proces — Verbal — Mr. Trouchet, tomo 10.

TÍTULO 9º

De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.

CAPITULO I.

SUMARIO.

Principios fundamentales de donde se derivan los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos — Facultades y deberes de los padres durante el estado normal del matrimonio — Reglas para el caso de divorcio y de inhabilitación de los cónyuges.

§ 1º

Principios fundamentales.

Nuestro Código, á imitación del Código de Chile, apartándose del derecho antiguo distingue la autoridad que por la naturaleza tienen el padre y la madre sobre los hijos, para dirigirlos y corregirlos, de la autoridad que la ley civil concede al padre de una manera exclusiva para la administración de los bienes del hijo.

Por eso ha dividido las materias ocupándose de la primera en el presente título y de la segunda en el que sigue, referente á la patria potestad, en el cual reasumió el Código francés ambas materias, siendo menos preciso y metódico que el del Salvador.

Principio de sana moral es el que los hijos presten respeto y obediencia á sus padres; y la ley aunque al parecer no debiera consignarlo, no ha podido menos que hacerlo así atendiendo á las perniciosas doctrinas que sobre subordinación filial se han propagado, viéndose el Legislador en la necesidad de recordar al hijo los deberes que la naturaleza y la gratitud le han impuesto hácia los autores de su vida.

Decíamos, refiriéndonos á la autoridad paterna, que la ley salvadoreña ha sido mas filosófica que las legislaciones antiguas, las cuales han confundido esta autoridad con la patria potestad que no reconoció límites, hasta que la civilización con su benéfica influencia dulcificó las costumbres.

Según el derecho primitivo de Roma, el padre tenía facultades omnímodas sobre la persona y bienes de sus hijos. Podía á su arbitrio disponer de la vida y muerte de ellos, y empeñar ó vender los bienes que les pertenecían, como la propia persona del hijo.

Este era reputado como propiedad y por tanto equiparado á un instrumento de producción; no adquiría sinó para su padre y jamás para sí mismo. Sin restricciones de ningún género, se encontraba sometido hasta la muerte á tal autoridad él y toda su descendencia. Pero este

semibárbaro poder paternal no se hacía extensivo por causa alguna á la madre porque ella estaba también bajo la potestad marital, sujeta á las mismas condiciones del hijo; y como era incapaz para el ejercicio de los derechos civiles y de familia, muerto el marido volvía á ser nuevamente sometida á la autoridad del jefe de su familia natural.

Con posterioridad, el derecho de vender al hijo se limitó al único caso de que existiera una apremiante necesidad, y el de vida y muerte se redujo á un derecho de corrección ejercido con piedad y no con atrocidad, modificación introducida por la influencia de la cultura griega en las sociedades comunes; pero la autoridad paterna no fué alterada en lo de más, ni en la extensión, ni en su duración.

Rota la unidad del Imperio romano y segregados los pueblos en que se subdividió, continuaron no obstante rigiéndose por sus anteriores leyes, y aunque mas tarde adoptaron Códigos propios, ellos fueron versiones de la legislación antigua, razón por la cual el principio de unidad en que se basaba la organización de la familia y de que se partía para reglar la autoridad paterna, fueron trasmitidos á los Códigos de Partidas de don Alonso el sabio en España, y á los Capitulares de Carlo-Magno en Francia, tal como se encontraba después de la reforma de Justiniano.

Las leyes españolas del siglo VII, filosóficamente inaplicables á la España del siglo XIII, regían sobre una materia tan importante.

Y las análogas que regían á la Francia del XVIII fueron derogadas por el Código de Napoleón, que se inspiró en el derecho consuetudinario ó fueros de los pueblos, que en armonía con el objeto de la autoridad paterna y merced al influjo del cristianismo, habían desechado las disposiciones romanas é introducido limitaciones, reduciendo el poder paternal á la simple dirección y corrección de los hijos, doctrina seguida también por el Código del Salvador, cuyos Redactores debieron haber considerado como un verdadero anacronismo la sujeción de una República Centro-Americana á los principios de las leyes de Roma en esta parte.

Asimismo se establecen ciertos deberes respecto de los hijos que, si bien anteriores á toda ley, son indispensables para mantener garantidas las afecciones innatas del hombre, como acabamos de exponerlo.

Los hijos legítimos, prescribe por tanto el Código, deben respeto y obediencia á su padre y á su madre; pero estarán especialmente sometidos á su padre. También deben los no emancipados servir á su padre y madre sin ningún salario en el oficio ó encargo á que ellos los destinen y que sea compatible con las obligaciones que se imponen á los padres en este Código. (1)

Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado á cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare de sus auxilios, (2) disposición en consonan-

[1] Art. 218 — Código Civil.

[2] „ 219 — „ „

cia con los sentimientos que la naturaleza ha grabado en el corazón de todos los hombres.

Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia ó de insuficiencia de los inmediatos descendientes. (3) La reciprocidad en obligaciones y derechos por parte de los descendientes y en las afecciones que la ley justamente les supone, dan un valor filosófico á esta equitativa prescripción.

§ 2º

Obligaciones y facultades de los padres.

Los padres tienen naturalmente varios deberes que cumplir en favor de sus hijos. Esta obligación no solamente se refiere al hombre, sino también hasta los irracionales. La naturaleza ha sido pródiga y previsora con todos los seres vivientes, y así vemos la paloma llevar en su pico el alimento de los pichones que anidan en su cuna. Con mayor razón el hombre debe criar, alimentar y educar al fruto de sus amores; el sabor de este principio ha sido siempre agradable al padre, y no pocas veces los poetas lo han perfumado con los aromas de la poesía.

Uno de estos deberes, á caso el mas imperioso, es el de la crianza de los hijos. El hombre mas debil al nacer que el tallo de una flor y expuesto á todo género de vicisitudes, no podría vivir, crecer ni desarrollarse, faltándole las atenciones y cariños de la madre.

Impotente para el trabajo en el primer período de su existencia, carece de medios para poder conquistar una posición que le dé el bienestar que todos apetecemos durante ella.

Podríamos decir que las obligaciones de los padres hácia sus hijos son naturales ó legales, porque unas obedecen á la ley natural y otras se derivan de la ley civil, ya que interesa al Estado, que mediante ciertas disposiciones obligatorias á los padres el hombre sea útil á sí mismo, á su familia y á la sociedad, poseyendo un oficio, arte ó profesión.

Descansando en estas reflexiones el Código dice:

Toca de consuno á los padres ó al padre ó madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos. (4) La crianza comprende el deber de dar alimentos, vestido y habitación; y la educación, la de formar los sentimientos del hijo y el desenvolvimiento de sus facultades intelectuales, físicas y morales.

Pero la ley no se concreta á establecer este deber sino que reglamenta la manera como debe cumplirse por parte de ambos cónyuges.

Así consigna que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenezcan á la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ellas se dirán.

Si la mujer está separada de bienes correrán dichos gastos por cuen-

[3] Art. 220 — Código Civil.

[4] ..▲221 —

ta del marido, contribuyendo la mujer en la porción que el Juez designare; y estará obligada á contribuir aun la mujer divorciada que no haya dado causa al divorcio.

Pero si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso de no tener suficientes la sociedad conyugal ó sus padres, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible. (5) Esta disposición fué creada por las leyes de Partidas, y el Código de Napoleón no la consignó de una manera explícita. Ella parece equitativa, pues no se encuentran motivos para obligar al padre á tales erogaciones teniendo el hijo capital bastante para atender á las necesidades propias.

Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos tocarán al sobreviviente en los términos del inciso final del precedente artículo. (6)

Las resoluciones del Juez bajo los respectos indicados en los artículos anteriores, se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo á ellas; y podrán también modificarse ó revocarse por el Juez en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo. (7)

La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta ó insuficiencia de los padres, á los abuelos legítimos por una y otra línea conjuntamente.

El Juez arreglará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes y podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan. (8)

Esta prescripción está apoyada en la reciprocidad para la prestación de alimentos que existe entre ascendientes y descendientes, exigida por los lazos del parentesco que interesan mutuamente sobre la conservación y bienestar de unos y otros.

El Juez procederá para todas estas resoluciones breve y sumariamente oyendo á los parientes. (9)

Si el hijo de menor edad, ausente de la casa paterna, se halla en urgente necesidad en que no puede ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste para las suministraciones que se le hagan por cualquier persona en razón de alimentos, habida consideración á la fortuna y rango social del padre.

Pero si ese hijo fuere de mala conducta, ó si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre estas suministraciones, sinó en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo.

El que haga las suministraciones deberá dar noticia de ellas al padre lo mas pronto que fuere posible. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad del padre.

Lo dicho del padre en los incisos precedentes, se extiende en su

[5] Art. 226 — Código Civil.

[6] .. 227 —

[7] .. 228 —

[8] .. 229 —

[9] .. 230 —

caso á la madre ó á la persona á quien por muerte ó inhabilidad de los padres toque la sustentación del hijo. (10)

Hemos visto hasta aquí los deberes que los padres tienen respecto de los hijos, examinaremos ahora las facultades que sobre ellos la ley les otorga.

Si por una parte están en obligación de crearlos y educarlos, por otra, se les concede el derecho correlativo de castigarlos y dirigirlos en bien de los mismos hijos.

Por tanto, las facultades de los padres son de dos maneras :

1ª Correccionales y; 2ª Directivas.

El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente á sus hijos, y cuando ésto no alcanzara, podrá imponerles la pena de prisión hasta por un mes en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre y el Juez en virtud de ella expedirá la orden de arresto.

Pero si el hijo hubiere cumplido diez y seis años, no ordenará el Juez el arresto sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta seis meses á lo mas.

El padre podrá á su arbitrio hacer cesar el arresto. (11)

La ley ha instituido la autoridad de los padres en beneficio de los hijos; pero restringiendo la absolutividad antigua é impidiendo la aplicación de castigos que les perjudiquen física ó moralmente; de suerte que teniendo medios de corrección moderados y en proporción á la edad del adolescente, toma el padre todas las precauciones para que éste no reciba daño irreparable del ejercicio pasajero de una corrección doméstica, como dijo un orador del tribunado francés.

Y como todo lo que se refiere á la libertad individual afecta al derecho público, el padre, debe solicitar el arresto al Juez, porque él no puede tener jurisdicción de esa naturaleza, en atención á que según el artículo 37 de nuestra Carta fundamental, nadie puede ser detenido ni preso, sino en virtud de orden de autoridad competente, librada con arreglo á las prescripciones de la ley.

Se ha creído que los móviles supuestos por la ley en el padre al pedir la prisión de un hijo durante un mes, pueden muy bien ser desnaturalizados por el odio de la madrastra ú otros sentimientos de animadversión: que se confía demasiado en la dirección y amor paternal, y que en consecuencia debiera autorizarse al Juez para que exija la razón del arresto y la califique. De la misma manera la prisión solicitada contra un hijo que tiene estado, oficio ó profesión, puede desprestigiarle ó hacerle perder un empleo en caso de tenerlo porque, si bien es difícil que antes de los diez y seis años posea esas calidades, no lo es del todo imposible.

“Por mucha confianza, dice el eminente jurisconsulto Cambaceres, que merezcan los padres, la ley no debe sin embargo basarse en la falsa suposición que todos son buenos y virtuosos. El Juez debe pues estar autorizado para pesar los motivos que impulsan á un padre á poner en arresto, ya sea á un joven de diez y seis años, ya á un niño menor de es-

[10] Art. 231 — Código Civil.

[11] „ „ 232 — „ „

ta edad, cuando la detención debe durar mas de algunos días.”

Útil y conveniente sería, pues, considerar los tres primeros incisos del artículo precedente, cuando se revise nuevamente el Código patrio.

Los derechos concedidos al padre en el artículo que antecede, se extienden en ausencia, inhabilidad ó muerte del padre, á la madre ó á cualquiera otra persona á quien corresponda el cuidado personal del hijo; pero nunca se ejercerán sobre el mayor de veintiun años, ó habilitado de edad. (12)

No todas las legislaciones han estado de acuerdo acerca del derecho de corrección dado á la madre.

En España, una ley de Partida prescindiendo de las tradiciones del derecho español que, en el Fuero Juzgo y en los Fueros Municipales, concedían á la madre en defecto del padre la patria potestad, niega á aquella el ejercicio de derecho tan importante.

La moderna ley de matrimonio civil, inspirada en este punto en las antiguas costumbres, restituyó á la madre en defecto del padre una autoridad de que nunca debió estar privada. (13)

En Francia, aunque en las exposiciones de motivos del Código Napoleón, se supone que en caso de imposibilidad del padre debe ser sustituido por la madre, el precepto del artículo 373 está redactado en forma tan terminante y absoluta, que de su letra parece deducirse que la madre está excluida mientras el matrimonio exista.

Otros Códigos europeos, como el de Italia, el de Holanda, el de Portugal y el de Viena, conceden de una manera explícita á la madre la patria potestad, estando imposibilitado el marido para ejercerla.

En América, el de Chile, el de Guatemala, el de Méjico y el de algunos otros países que fueron antes colonias Iberas, establecen el mismo precepto fijado en nuestro Código patrio.

Las facultades directivas del padre ó en su defecto de la madre, comprenden el derecho de elegir el estado ó profesión futura del hijo, y de dirigir su educación, del modo que crean mas conveniente para él.

Pero no podrán obligarle á que se case contra su voluntad.

Ni llegado el hijo á la edad de diez y ocho años, podrán oponerse á que abraza una carrera honesta, mas de su gusto que la elegida para él por su padre ó madre. (14)

El influjo del catolicismo sobre las sociedades y los gobiernos de la América Latina y el deseo de estimular la carrera militar, dió margen á que en el proyecto del Código Chileno se haya intentado introducir otra excepción mas en favor del hijo varón que llegado á la edad de catorce años, se dedicare á la carrera eclesiástica ó al servicio de la Nación en el ejército ó la armada; excepción que fué suprimida por la comisión revisora como infundada.

El Código Italiano, aceptando el espíritu del Código Francés, de la misma manera que éste, concede al hijo la facultad de sustraerse á la autoridad paterna cuando se trate del servicio de las armas.

[12] Art. 233 -- Código Civil.

[13] Ley M. C. de España.

[14] Art. 234 -- Código Civil.

Pero las circunstancias de la época en que el Código Napoleon se redactó y su espíritu puramente militar, justifican esa disposición que no responde á ningún principio científico y puede ser causa de graves disgustos y de perturbaciones sensibles dentro de la familia.

Quizá por eso se eludieron sensatamente esas abdicaciones forzosas de la autoridad paterna en la ley salvadoreña.

Entre las facultades directivas del padre, se contaba en tiempo de Roma la de la Religión, correspondiendo al padre la dirección del culto doméstico que se tributaba á los dioses lares y penates.

Nuestra ley de matrimonio civil, como ya lo hemos visto, solamente deja al padre el derecho de hacer educar á sus hijos en la religión que él dispusiere, cuando profesando ambos cónyuges diferentes cultos no hayan convenido previamente nada sobre el particular. (15)

El derecho que por el artículo anterior, se concede al padre ó madre, cesará respecto de los hijos que por la mala conducta del padre ó madre, hayan sido sacados de su poder y confiados á otra persona; la cual ejercerá este derecho con anuencia del tutor ó curador, si ella misma no lo fuere. (16)

Los derechos concedidos á los padres legítimos en los artículos precedentes, no podrán reclamarse sobre el hijo que haya sido llevado por ellos á la casa de expósitos, ó abandonado de otra manera. (17)

En la misma privación de derecho incurrirán los padres que por su mala conducta hayan dado motivo á la providencia de separar los hijos de su lado; á menos que ésta haya sido después revocada. (18)

La razón del primero de los tres anteriores preceptos consiste, en que estando extraviados el padre ó madre, no es presumible tengan el acierto ni el desinterés indispensables para dirigir al hijo fructuosamente. El fundamento de los dos preceptos siguientes estriba, en que el afecto que la ley supone en los padres queda desvirtuado desde el momento en que por actos positivos revelen lo contrario.

Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarla los costos de su crianza y educación, tasados por el Juez. (19)

Si un hijo ajeno ó huérfano fuere alimentado y criado por otra persona; deberá aquel servir á ésta mientras esté en su poder, en el oficio ó encargo á que lo destina, sin derecho á cobrarle cosa alguna á título de servicios; pero el alimentante deberá dedicarlo al aprendizaje de una profesión ú oficio. (20)

De esta manera se han evitado ridículos litigios que comunmente sobrevenían por reclamaciones de salarios indebidos, interpuestos por personas ingratas á quienes mas bien debía exigírseles el pago de la crianza y educación que se les diera en virtud de sentimientos humanitarios.

15) Art.	59	— Ley del matrimonio civil.
(16) ..	235	— Código Civil
(17) ..	236	— " "
(18) ..	237	— " "
(19) ..	238	— " "
(20) ..	239	— " "

§ 3º

Reglas para el caso de divorcio y de inhabilitación de los cónyuges.

Vimos que la crianza de los hijos durante el divorcio y educación corresponde á la sociedad conyugal, debiendo hacer los gastos el marido y la mujer, aunque ésta no haya dado causa al divorcio, en la proporción que el Juez designe, doctrina distinta de la seguida sobre este punto por el derecho antiguo, romano y español que excluían de tal obligación al cónyuge inocente.

Expondremos en seguida en poder de quien deben permanecer los hijos en el estado de la separación.

Según las leyes de Partida, los hijos de toda edad y sexo eran confiados al esposo inculpable. Esta disposición fué adoptada también por el Código Francés.

La ley patria, de la misma manera que la de Chile, su modelo uniforme y perpetuo, separándose de la regla anterior dispone, que á la madre divorciada, haya ó no dado motivo al divorcio, toca el cuidar los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se confiará el cuidado de los de cualquier edad y sexo, cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan: lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio.

En estos casos, ó en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado de los hijos de uno y otro sexo al padre. (21)

Siendo una de las causas del divorcio la tentativa de corromper á los hijos, debe entenderse que en ningún caso permanecerán las hijas bajo el cuidado de la madre cuando ésta hubiera sido la que ha tratado de prostituir las, aunque la última ley haya sido omisa en este punto, porque tal depravación en la conducta de la madre es mas amenazante á la moralidad, al carácter y buenas costumbres de las hijas que el mismo adulterio cometido por aquella. Lo mismo debiera decirse respecto al padre que haya abrigado tan depravados intentos, para que no recobre después de la muerte del cónyuge inocente la patria potestad sobre sus hijos que ha tratado de corromper.

Como se vé, el Código tiende únicamente á favorecer al hijo. Distingue la edad y el sexo y fija cinco años como período de la crianza.

La madre con sus tiernos y solfeitos cuidados y siempre presente en el hogar, es la llamada á velar por el hijo durante la infancia y por la hija con mayor tino que el padre en cualquier edad, prodigándoles las delicadas y especiales atenciones que su sexo demanda.

Algunos Códigos, como el de Prusia, disponen que la madre como dueña exclusiva del hijo lo críe y lo tenga en su poder cuatro años. Otros

(21) Art. 222 — Código Civil.

como las Partidas, solamente hacen durar el período de tres años, que es el de la lactancia.

Respecto al derecho sobre la persona de los hijos, la legislación española y la francesa lo dan al cónyuge inocente en cualquier edad y sexo.

Nuestra ley, como que solo vela por la conveniencia del hijo, prohíbe que cualquiera de los padres tenga este derecho cuando por su depravación es de temer que se pervierta; y presume desde luego esta circunstancia en la madre si por su adulterio se ha operado el divorcio.

Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones desde que han cumplido cinco años; salvo que por la depravación del padre, ó por otras causas de inhabilidad, prefiera el Juez confiarlos á la madre (22)

Tratando de los efectos del divorcio dijimos que por la ley del matrimonio civil, el segundo de ellos consistía en quedar ó ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente; pero los que no hayan cumplido cinco años, y las hijas de toda edad, permanecerán en todo caso bajo el cuidado de la madre. (23)

Tal disposición, parece estar en pugna con el artículo del Código que precede y por consiguiente derogado éste, porque puede acontecer que siendo inocente la madre haya hijos varones mayores de cinco años. Según la ley del matrimonio civil esos hijos deben ser confiados á la madre que es el cónyuge inocente, y según el Código deben confiarse al padre.

A pesar de esta tácita derogación, disponiendo el padre de mejores condiciones para educar al hijo, ya por la respetabilidad que imprime en el hogar, ya por la representación y carácter de que goza en el exterior; y estando previstos los casos en que tales presunciones desaparezcan por la depravación del padre ó por otras causas calificables judicialmente, que hagan riesgosa la guarda del hijo, creemos mas lógica, fundada y racional la regla establecida por el Código que favorece seguramente á aquel con mas acierto.

Podrá el Juez en caso de inhabilidad física ó moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos á otra persona ó personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá á los consanguíneos mas próximos, y sobre todo á los ascendientes legítimos. (24)

El Código no establece ninguna regla terminante que en este caso rijan los derechos y obligaciones en el ejercicio de tal cargo.

Creemos por tanto que la persona á quien se encarga de la guarda de los hijos es propiamente un tutor y que debe normarse su oficio por las reglas de la tutela armonizada, como está con las demás reglas generales.

Al padre ó madre de enyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el Juez juzgare conveniente. (25)

(22) Art. 223 — Código Civil.

(23) .. 39 — Inciso 2º, ley del matrimonio civil.

(24) „ 224 — Código Civil.

(25) „ 225 — „ „

TÍTULO 10º

De la patria potestad.

CAPITULO I.

SUMARIO.

Nociones generales — Usufructo del padre sobre los bienes del hijo y peculios de éste — Administración de los bienes del hijo — Representación del hijo.

§ 1º

Nociones generales.

Ya hemos indicado que la patria potestad antiguamente, tenía un carácter indefinido y absoluto; era un sacerdocio y una magistratura doméstica, de tal manera lata entre los romanos que Justiniano dijo: “el derecho que tenemos en nuestros hijos, es propio de los ciudadanos romanos, y no hay otros hombres que tengan en sus hijos los derechos que nosotros tenemos en los nuestros.”

El dominio quiritarario, privilegio de los nacidos en la ciudad, soberana del mundo, se constituía, mediante dos condiciones precisas é ineludibles. Estas condiciones consistían en el goce de la ciudadanía de Roma y en la posesión de una de las cosas llamadas *mancipii*

Por eso Triboniano la definía diciendo “que es el dominio quiritarario que compete á un padre sobre sus hijos;” y como la mujer carecía del carácter de ciudadanía, era incapaz del dominio quiritarario y por consiguiente de la patria potestad.

A pesar de encontrarse el primitivo derecho español influenciado totalmente por el romano que rigió durante largos períodos históricos todas las partes del imperio, hubo tiempo en España en que llegó á considerarse apta la madre para el ejercicio de la patria potestad.

Chindasvinto en una ley espuso: que como las madres cuidan de las personas y bienes de sus hijos, no han de ser tenidos en adelante por pupilos, sinó los huérfanos de padre y madre; y el Código de los Visigodos, llamaba pupilos á los menores, que no encontrándose bajo patria potestad debían tener tutores.

Sin embargo, las leyes de Partida tomando á menudo literalmente el derecho romano, olvidaron la modificación que el trascurso de los siglos y las costumbres sociales habían introducido en los pueblos, cuando ya la mujer no era reputada como simple cosa ni se incluía al hijo entre las llamadas *mancipii*

En los primitivos tiempos de la monarquía francesa, fué llevada también la patria potestad al extremo antiguo, pues en las Capitulares

de Carlo-Magno se autorizaba al padre para vender al hijo; hasta que un decreto emitido el 20 de Agosto de 1792 concedió la emancipación por la mayoría de edad.

El Código Napoleon reglamentó primeramente la patria potestad, edificada sobre los verdaderos fundamentos en que debe descansar. Sus redactores dudaron hasta en la denominación que debían dar al título sobre patria potestad, que limitando en demasía el poder del padre y haciéndolo durar solamente hasta la mayor edad ó la emancipación, cambió de una manera radical el viejo sistema, y consideraron que al nuevo no era acertadamente aplicable el nombre usado. En el prurito de las reformas propusieron unos que se titulase esa parte: *autoridad paterna*; otros que se le designase con la inscripción: *de los derechos y deberes de los padres*; pero se optó por conservar la palabra conocida, porque si dejaba de emplearse podía creerse que no se admitía el derecho recibido ya con el nombre patria potestad.

Nuestro Código también aceptó la misma designación, á pesar de que en él difiere sustancialmente la patria potestad propiamente dicha, que es una institución civil referente solo á la administración y goce de los bienes del hijo, de la autoridad paterna, que se refiere al cuidado personal del hijo, impuesto por la naturaleza misma.

En este sentido el Código la define, diciendo que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley dá sobre los hijos legítimos no emancipados. Y conformándose con el espíritu moderno que tiende á la rehabilitación de la mujer, agrega: estos derechos pasan á la madre en el caso de muerte del padre; por consiguiente, todo lo que se dispone en el presente título y en el que sigue respecto del padre, se aplicará en tal caso igualmente á la madre, excepto cuando la ley disponga especialmente otra cosa.

La madre durante la vida del marido no puede ejercer la patria potestad sobre los hijos, porque ella misma es incapaz por regla general de administrar sus bienes; pero después de muerto aquel, es natural darle el goce de este derecho, teniendo medios de resarcirse de las obligaciones que la naturaleza igualmente le ha impuesto y que ella satisface con los cuidados mas penosos y asiduos.

Los hijos de cualquier edad no emancipados se llaman *hijos de familia*, y el padre con relación á ellos *padre de familia*. (1) Estos hijos son los que se encuentran sometidos á la patria potestad.

A los legitimados comprende también el título de hijos de familia. Por lo mismo, la legitimación pone fin á la guarda en que se hallare el legitimado y dá al padre legitimamente la patria potestad sobre el menor de veintiun años no habilitado de edad. (2)

La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo ó cargo público en los actos que ejecuta en razón de su empleo ó cargo. Los empleados públicos menores de edad son considerados como mayores en lo concerniente á sus empleos. (3)

[1] Art. 240 — Código Civil.

[2] " 241 — " " "

[3] Art. 242 — " " "

Esta regla conocida en el derecho romano y creada en obsequio del interés social, que se halla por encima de todo interés particular, ha sido textualmente seguida por nuestro Código.

En España se adquiere la patria potestad por matrimonio, por sentencia judicial en que se declare ser hijo legítimo de quien se dudare esta cualidad, y asimismo por algún delito de los que hacen cesar los efectos de la emancipación, por la adopción ó prolijamiento, y por la legitimación, sin constituirse á favor de los hijos naturales no legitimados y demás ilegítimos.

Según nuestro Código la patria potestad solamente se adquiere por efecto del matrimonio y por la legitimación; pero no hay patria potestad respecto de los demás ilegítimos, ya sean naturales ó espurios.

§ 2º

Usufructo del padre y peculio del hijo.

El derecho romano, disponía que el hijo no podía adquirir sinó para su padre, porque aquel carecía del derecho de propiedad; y el español, que comunmente siguió á la letra la jurisprudencia de Roma, adoptó las doctrinas de Justiniano con las modificaciones que este Emperador introdujo.

Concedida al hijo gradual y sucesivamente la facultad de hacerse propietario, se estableció un principio en contradicción con el primitivo, es decir, que adquiere para sí y no para su padre, á no ser lo que procede de los bienes de éste.

Fueron marcados los efectos civiles que produce la potestad paterna.

Estos consistían : 1º en que el padre no pudiera celebrar contrato con su hijo, á no ser respecto de cierto peculio determinado; y 2º que el padre fuera partícipe y aun exclusivo propietario de señalados bienes de su hijo, mientras éste subsistiera bajo la patria potestad.

En consecuencia fué dividido el caudal ó peculio de los hijos de familia en cuatro clases distintas:

- 1ª Castrense:
- 2ª Cuasi castrense:
- 3ª Adventicio:
- 4ª Profeticio:

El peculio castrense era formado de lo que aquellos adquirían en la carrera militar, y les pertenecía en posesión, propiedad y usufructo. Sobre esta clase de bienes no tenían derecho alguno el padre, la madre, los hermanos ni los parientes, y podían los hijos disponer de ellos á su arbitrio durante su vida y en disposición testamentaria.

El peculio cuasi castrense se formaba con lo que ganaban en la carrera de las letras y tenían en él también los hijos un absoluto dominio.

El peculio adventicio, introducido por Constantino el grande, se cons-

tituía por lo adquirido mediante las artes y trabajos industriales, y por donaciones y herencias de la madre ó de alguno de los parientes maternos ó de un extraño, ó por hallazgo, suerte, ú otro género de adquisición. En este peculio tenía el padre el usufructo, reservándose la propiedad al hijo.

Finalmente el profecticio era el adquirido con caudal paterno ó por consideración al padre, ó por herencia de su línea, y correspondía á éste igualmente en posesión, propiedad y usufructo.

La legislación francesa consigna también el principio de que el hijo adquiere para sí y no para su padre, principio robustecido por la fuerza de la equidad natural que devolvió al hijo sus derechos de persona. Ella dá al padre todo lo que el hijo adquiere con el dinero ó en el servicio del padre, que era el peculio profecticio establecido por Justiniano, y concede al hijo lo que adquiriera en un establecimiento particular independiente del padre, de la misma manera que lo hizo el Emperador Leon, pero sin exigirle que viva fuera de la casa paterna; y otorga además al hijo bajo la condición expresa de que no goce el padre lo que se le dona ó lega, como también el usufructo de los bienes deferidos al hijo por indignidad del padre, y la propiedad y el usufructo de lo que adquiere con su trabajo. (4)

Nuestro Código siguió al Código francés, pero con reformas esenciales. Niega al padre en lo absoluto la propiedad de todos los bienes del hijo, concediéndole solamente el usufructo. Ha abolido, pues, el peculio profecticio, porque el hijo ya es apto para adquirir y no puede arrebatársele fundadamente lo que adquiriera, aun cuando sea por los bienes del padre.

El padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados los siguientes :

1º Los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de cualquier empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico. En estos bienes se comprenden los que antes se incluían en los peculios castrense y cuasi-castrense:

2º Los bienes adquiridos por el hijo á título de donación, herencia ó legado, cuando el donante ó prestador ha dispuesto expresamente que tenga el usufructo de estos bienes el hijo, y no el padre:

3º Las herencias ó legados que hayan pasado al hijo por incapacidad ó indignidad del padre ó por haber sido éste desheredado.

Los bienes comprendidos bajo el número 1º, forman el peculio *profesional ó industrial* del hijo. Aquellos en que el hijo tiene el derecho de propiedad y el padre el derecho de usufructo, forman el *peculio adventicio ordinario*. Los comprendidos bajo los números 2 y 3, el peculio *adventicio extraordinario*.

Se llama *usufructo legal* del padre de familia el que le concede la ley. (5)

El padre no goza del usufructo legal sinó hasta la emancipación del hijo (6), ó sea mientras éste permanece bajo la patria potestad.

[4] Art. 730 — Código de Napoleon.

[5] „ 243 — Código Civil.

[6] „ 244 — „ „

El Código, pues, como se vé, desechando todas las clasificaciones usadas, resume en dos peculios generales todas las adquisiciones del hijo: *peculio profesional ó industrial* y *peculio adventicio ordinario*, y establece un peculio mas que llama *adventicio extraordinario* que comprende los demás bienes no incluidos en las dos divisiones generales.

§ 3º

Administración.

El padre administra los bienes del hijo, en que la ley le concede el usufructo.

No tiene esta administración en las cosas donadas, heredadas ó legadas bajo la condición de que no las administre el padre.

Ni en las herencias ó legados que hayan pasado al hijo por incapacidad ó indignidad del padre, ó por haber sido éste desheredado. (7)

El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional ó industrial. (8)

La condición de no administrar el padre impuesta por el donante ó testador, no se entiende que le priva del usufructo, ni la que le priva del usufructo se entiende que le quita la administración, á menos de expresarse lo uno y lo otro por el donante ó testador (9); porque el derecho de administración y el de usufructo, aunque relacionados íntimamente son distintos é independientes entre sí; pero ambos deben regirse por reglas especiales separadas de las que obedecen los administradores y usufructuarios ordinarios, como adelante lo demostraremos.

El Código de Chile así lo declara terminantemente.

El Código francés no ha hecho esta distinción, y el nuestro también la omitió.

El usufructo del padre se deriva de la patria potestad. Por tanto, él no puede ser trasferido á terceros; no es perpetuo ni se establece en interés del usufructuario, sinó en provecho del hijo durante su menor edad, diferencias esenciales existentes entre éstas y las obligaciones voluntariamente contraídas, que hacen incompatible su régimen común.

Para salvar esta omisión, se ha pretendido que en este punto se esté á las reglas de la tutela, considerando afecta al padre la obligación de la hipoteca legal exigida á los tutores, ó á los principios en que se basa la patria potestad. Siendo desacertadas esas opiniones, creemos que las reglas del presente título que rigen las relaciones de familia y no las que se refieren á los usufructuarios y administradores ordinarios, son precisamente las únicas que deben servir de norma á los padres; y aunque así no lo consigna de una manera explícita nuestro Cód-

(7) Art. 247 — Código Civil.

(8) " 246 — " "

(9) " 248 — " "

go, se deja ver su mente en el artículo siguiente, que confía solo en el amor paterno la firmeza y rectitud en el ejercicio de ese derecho.

El padre de familia no es obligado, en razón de su usufructo legal, á la fianza ó caución que generalmente deben dar los usufructuarios para la conservación y restitución de la cosa fructuaria. (10)

El padre de familia que como tal administra bienes del hijo, tampoco es obligado á hacer inventarios de ellos mientras no pasare á otras nupcias; pero si no hace inventario, deberá llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que empiece á administrarlos. (11)

El deber de inventariar los bienes del hijo cuando se contrae un segundo matrimonio, es de ingente necesidad, para evitar la confusión del caudal del hijo con los bienes de la nueva sociedad conyugal. Mas no sucede lo mismo cuando el padre permanece sin casarse, y el hijo no puede exigirlo, ni tiene derecho, ni siquiera para pedir se haga efectiva la descripción circunstanciada que se previene, tanto mas cuanto que el Código no impone ninguna pena al padre que falta á este requisito, quizá por no violentar la autoridad paterna y porque le impone responsabilidades de otro género bastante eficaces.

Así, el padre de familia es responsable en la administración de los bienes del hijo hasta de la culpa leve.

La responsabilidad del padre para con el hijo se extiende á la propiedad y á los frutos en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el usufructo; y se limita la propiedad en los bienes de que es administrador y usufructuario. (12)

No se podrán hipotecar ni enagenar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun los correspondientes á su peculio profesional, sin autorización del Juez, con conocimiento de causa y sin que la venta se haga en pública subasta. (13)

No podrá además el padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar ó repudiar una herencia deferida al hijo, sinó en la forma y con las limitaciones impuestas á los tutores y curadores. (14)

Como el padre puede dejar ver, por hechos contrarios que desdigan las causas que la ley supone para tener por garantía su amor paternal, una conducta negligente ó maliciosa en la administración, se han establecido ciertos casos en los cuales hay derecho para separarlo de ella ó para que pierda *ipso jure* tal administración.

Habrá, pues, derecho para quitar al padre de familia, la administración de los bienes del hijo cuando se haya hecho culpable de dolo ó de grave negligencia habitual. (15)

Perderá *ipso jure* el padre, la administración de los bienes del hijo, siempre que se suspenda la patria potestad por decreto judicial. (16)

- (10) Art. 245 — Código Civil.
(11) " 249 — " "
(12) " 250 — " "
(13) " 255 — " "
(14) " 256 — " "
(15) " 251, inciso 1º "
(16) " " " 2º "

La patria potestad se suspende por la prolongada demencia del padre, por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, y por larga ausencia del padre, de la cual se sigan perjuicios graves en los intereses del hijo, á que el padre ausente no provee. (17)

De conformidad con la nueva ley de matrimonio civil, la patria potestad se suspende también en el padre culpable que haya dado motivo á la declaratoria de divorcio mientras viva el cónyuge inocente, según lo vimos en otro lugar. Pero á la muerte de la mujer vuelve el padre á recobrar la patria potestad.

Se suspende además por condenación en virtud de delito, en todos los casos en que el Código Penal la consigna terminantemente, como pena accesoria.

De mucha conveniencia nos parece asimismo, sobre este punto, una declaración que haga suspender en el padre que haya intentado ó fuere declarado cómplice en la corrupeión de sus hijas menores, la patria potestad.

La suspensión de la patria potestad, deberá ser decretada por el Juez, con conocimiento de causa, después de oídos sobre ello los parientes del hijo y un curador especial. (18)

No teniendo el padre la administración del todo ó parte del peculio adventicio ordinario ó extraordinario, se dará al hijo un curador para esta administración.

Pero quitada al padre la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley le dá el usufructo, no dejará por esto de tener derecho á los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración. (19)

En los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, ó por el curador adjunto en el caso del artículo precedente, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional ó industrial.

Pero no podrá tomar dinero á interés ni comprar al fiado *excepto en el jiro ordinario de dicho peculio*, sin autorización del padre, otorgada en la forma prescrita en el artículo 138. Ysi lo hiciere, no será obligado por estos contratos sinó hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos. (20)

En resumen, el padre administra los bienes que forman el peculio adventicio ordinario; el hijo los comprendidos en el peculio profesional ó industrial; un curador *ad hoc* los que constituyen el peculio adventicio extraordinario, y los que corresponden al adventicio ordinario cuya administración ha sido quitada al padre, ó la ha perdido *ipso jure*.

(17) Art. 259 — Código Civil.

(18) " 260 — " "

(19) " 252 — " "

(20) " 253 — " "

§ 4º

Representación.

Uno de los efectos de la patria potestad es representar al hijo, puesto que éste, durante la menor edad, se halla privado del ejercicio de su capacidad civil. El padre, pues, debe aparecer ante la sociedad entendiéndose directamente en las relaciones del hijo con terceros y asumiendo la responsabilidad de los actos civiles de aquel. Pero esta responsabilidad no es absoluta y tiene límites fijos.

Considerándose el hijo como emancipado para la administración de su peculio profesional ó industrial, como lo vimos ya, desde luego se vé que el padre no puede ser responsable de los actos ejecutados en esa administración.

De la misma manera no debe hacérsele responsable de los bienes que han sido sustraídos á su manejo, porque la responsabilidad nace de la administración y cesando la causa cesa el efecto. Algunos creen que dicha responsabilidad se origina de la autorización, mas tal aserto no es exacto, porque ésta se otorga en virtud del derecho de administrar.

El padre, pues, fuera de los dos casos citados, queda responsable de todos los actos civiles del hijo de familia, y todos los actos y contratos que el referido hijo celebre fuera de su peculio profesional ó industrial y que el padre autorice en la forma prevenida en el artículo anterior, ó ratifique por escritura pública, obligan directamente al padre y subsidiariamente al hijo hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos ó contratos. (21)

El padre debe además representar al hijo judicialmente porque él no puede comparecer en juicio, ni como actor ni como reo.

Sin embargo, no será necesaria esta intervención para proceder criminalmente contra el hijo, pero el padre será obligado á suministrarle los auxilios que necesite para su defensa (22); pues entonces existen consideraciones de orden público superiores á las del orden puramente privado.

Y por último, aunque el hijo no puede contratar ni aparecer en juicio sin licencia previa, no necesita de autorización paterna para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte. (23)

(21) Art. 254 — Código Civil.

(22) " 257 — " "

(23) " 258 — " "

TÍTULO 11.

De la emancipación..

CAPITULO I.

SUMARIO.

Nociones históricas — Emancipación voluntaria — Emancipación legal — Emancipación judicial --
Efectos de la emancipación.

§ 1º

Origen de la emancipación.

Por emancipación se entiende el acto en virtud del cual el padre se desprende de la potestad patria que tiene sobre el hijo.

“Entre los antiguos romanos, dice un tratadista de aquel derecho, la palabra *emancipación* significaba lo mismo que *enajenación*; y en efecto, emancipar era vender alguna cosa delante de cinco testigos, con más la asistencia del llamado *antestado* que les exigía el testimonio y del fiel que tenía la balanza denominado *libripende*, colocándose el vendedor y el objeto que iba á venderse al lado de uno de los platillos de la balanza y echando el comprador en el otro platillo una moneda de cobre, con lo cual quedaba terminada la venta. Como los padres tenían pleno dominio sobre sus hijos, podían desprenderse de ellos, vendiéndolos á la manera de otra cosa cualquiera, con las formalidades expresadas. Este acto se llamó desde luego *emancipación*, y aunque en adelante se establecieron otros modos de acabarse la patria potestad, se conservó el mismo nombre para significar la acción ó efecto de libertarse al hijo del poder paterno.

Los romanos conocieron cuatro clases de emancipación: la llamada *antigua*, derivada de las leyes de las Doce Tablas; la *anastasiana*, que inventó el Emperador Anastasio, la *justiniana*, que estableció Justiniano, y la de Lyon.

Verificábase la primera del modo que hemos expuesto. El padre vendía al hijo á presencia de cinco testigos, *libripende* y el *antestado*, y el comprador decía echando una moneda en balanza: *hunc hominem jure quiritum meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc aere, hac aeneaque libre*, hecho lo cual se llegaba el antestador al oído de los testigos y les rogaba se acordasen de esta venta. El comprador, como se deja conocer, era una persona de la confianza del padre de familia, y debía seguidamente manumitir ó dar libertad, como á otro cualquiera siervo, al joven, el cual por este solo hecho volvía á entrar bajo el poder paterno. Acto continuo era por segunda vez vendido y luego manumitido del mismo

modo, lo cual se repetía una tercera vez quedando después de la última manumisión *sui juris* ó sea enteramente libre con el carácter y derechos de jefe de familia.

El Emperador Anastasio introdujo un nuevo modo de emancipar, que consistía en obtener un rescripto del príncipe por mediación de juez competente, cuyo rescripto tenía igual fuerza que la emancipación por ventas imaginarias, la cual quedó por este método abolida.

Luego se observó que las molestias que por este nuevo método se habían tratado de evitar, se aumentaron para la mayor parte de los ciudadanos romanos, que tenían que enviar desde lejanos países su memorial á la capital del Imperio, con gran dispendio de tiempo y de intereses; y Justiniano, tratando de poner remedio á estos inconvenientes, estableció un método mas pronto y sencillo.

La emancipación justiniana, se hacía acudiendo el padre ante cualquier Juez, bien fuese día de tribunal ó festivo, ya á su casa ó al sitio designado para la audiencia, declarando querer librar al hijo, á quien debía llevar en su compañía, de la potestad que hasta entonces había ejercido sobre él, expresando éste agradarle y convenir en la voluntad de su padre, todo lo cual el Juez consignaba en una acta. Esta emancipación producía el mismo efecto que la *emancipatio* propiamente dicha.

Finalmente, el Emperador Leon, dió á la emancipación el último grado de sencillez, mandando por su novela XXV que la mera declaración de la voluntad del padre bastase para que se tuviera por hecha la emancipación y que cuando un padre hubiese permitido que formara su hijo un establecimiento particular y volviese fuera de la casa paterna, se considerase al hijo como emancipado y libre del poder de su padre."

La legislación española siguió en el Código de Partidas, la forma establecida por Justiniano, disponiendo que el padre y el hijo comparecieran personalmente ante el Juez ordinario, que el padre manifestara la voluntad de emancipar al hijo, que el hijo prestara su consentimiento á ser emancipado, que el Juez aprobara la emancipación y que se extendiera escritura pública para que sirviera de prueba en todo tiempo.

Felipe V por decreto del año de 1713, dejando en pié la anterior disposición y adhiriendo en cierto modo á la forma del Emperador Anastasio, impuso la necesidad de justificar las causas de la emancipación y la de obtener el permiso del Consejo supremo.

Los modos de extinguirse la patria potestad eran entre los romanos, la deportación, la servidumbre de la pena y el cautiverio, que hacían perder al padre sus derechos de ciudadano romano ó sea *jus quiritium*; la muerte del abuelo y del padre, pues la patria potestad también se extendía á éstos; la dignidad á que ascendía el hijo y la adopción, cuyos modos, fueron llamados legales.

Después fué introducida por Justiniano la indignidad del padre como un nuevo modo de extinguir el poder patrio. Incurría el padre en indignidad por exponer á los hijos, por prostituir á las hijas ó por haber contraído un matrimonio incestuoso; y á este modo se le llamó *judicial*; de suerte que los romanos conocieron tres modos en que el hijo podía salir de la patria potestad: *voluntario, legal y judicial*.

Las Partidas, en España, adoptaron este mismo principio; pero el matrimonio del hijo y su mayor edad no fueron consignados ni en el derecho romano ni en el derecho español, hasta que mas tarde este último en las leyes de Toro incluyó estos dos medios y fueron elevados á la supremacía de prescripción legal.

El Código Napoleon solo adoptó del derecho romano la emancipación y abolió los otros modos antiguos de extinguir la patria potestad, reconociendo además el matrimonio y la mayor edad del hijo.

Es de advertir, que los romanos distinguían la emancipación de los modos de extinguir la patria potestad. Nuestro Código no hace esa distinción; confunde aquella con los demás modos que fija y la ha tomado por término general dividiéndola en *voluntaria, legal y judicial*.

Siguió las doctrinas del derecho romano acerca de la emancipación voluntaria y de la judicial; de ésta tomó la depravación del padre, el abandono que haga de sus hijos, y del español la sevicia, agregando la condenación al padre á una pena que entrañe la pérdida de la patria potestad como accesoria. Adoptó además del Código francés, como emancipación legal, de la misma manera que el de Chile, el matrimonio, la mayor edad del hijo, la muerte natural ó civil del padre, la muerte civil del hijo y otras más que en el párrafo siguiente examinaremos.

§ 2º

Emancipación voluntaria.

Como hemos visto por la definición anterior, la emancipación es un hecho que pone fin á la patria potestad: puede ser voluntaria, legal ó judicial. (1)

Si ésta es voluntaria, se verifica por la sola voluntad del padre que se desprende, sin causas legales que le obliguen, del poder que tiene sobre el hijo, aceptando éste la personería que por este hecho le confiere el padre: así es que, siendo este un acto libre y voluntario tanto de parte del padre como del hijo, ni el padre puede ser compelido á hacerla, ni el hijo á aceptarla, en ningún caso, con excepción de aquellos que señalaremos al tratar de la emancipación legal y judicial.

La legislación antigua y sus expositores dividían la emancipación en tácita y expresa, comprendiendo en ésta la voluntaria y la forzosa, siempre que era expresa su declaratoria, y la tácita cuando se originaba del simple cumplimiento de la condición impuesta por la ley ó la que se opera de pleno derecho; de tal manera que en nuestro Código solo puede calificarse como tal, la que nace del matrimonio, la mayor edad, la muerte natural del padre y las segundas nupcias de la madre.

Siendo la emancipación un acto que se origina de la renuncia de los derechos que entraña la patria potestad, solo el padre propiamente puede concederla; pero nuestro Código á imitación del francés, en defecto

(1) Art. 261 — Código Civil.

del padre otorga aquella facultad á la madre, —separándose en este punto de la legislación chilena que con la española no reconocían otra potestad que la del padre, con mayor fundamento ó interpretando mejor la naturaleza y los principios generales del derecho, no obstante el amor entrañable que tiene la madre por el hijo.

Casi todas las legislaciones modernas han adoptado los mismos modos ó causas de extinción de la patria potestad que señala el Código francés, pero con algunas diferencias.

El francés á diferencia del derecho romano y español que permitían la emancipación á la edad de siete años ó antes si la autorizaba un rescripto del Príncipe, señala la de quince; el de Dinamarca y Toscana, la de diez y ocho; el de Portugal, á los veinte en los varones, y á los diez y ocho en las mujeres; el de Italia, á los diez y ocho; y á los veinte los de Prusia, Austria y el canton de Vaud en Suiza. El de Portugal se refiere á la menor edad simplemente.

Nuestra legislación al tratar sobre esta materia, autoriza la emancipación del hijo adulto, esto es, el varón de catorce años y la mujer de doce.

No todas las legislaciones están de acuerdo con la francesa que autoriza á la madre en defecto del padre para emancipar al hijo. Disposición anómala que permite la renunciación de una potestad de que carece la mujer.

Según la ley francesa la emancipación voluntaria se efectúa por la simple declaración hecha ante el Juez de paz y su Secretario, por el padre ó madre del emancipado: puntos en que no están de acuerdo todos los Códigos modernos, pues algunos como el nuestro y el de Chile requieren el consentimiento del hijo y una formalidad superior.

Así entre nosotros ésta emancipación exige instrumento público en que el padre declare emancipar del hijo adulto, y el hijo consiente en ello. No valdrá la emancipación si no es autorizada por el Juez con conocimiento de causa. (2)

A semejanza de la ley romana y la española, dá á el hijo el derecho de repudiar la emancipación, á diferencia de lo que disponía el Código de Napoleon.

Muy natural es que al cambiar el estado social del hijo, que al asumir una personería que no tiene, que al mudar de condición social, se le consulte su voluntad para saber si se encuentra en aptitud de aceptar el nuevo derecho, porque es contrario á la razón y á la moral que el padre se descargue contra la voluntad del hijo de sus obligaciones, en la época en que más necesita el hijo de su dirección y sus cuidados. Por eso es que la disposición de nuestro Código es mas racional y filosófica.

Lo es tambien cuando requiere el instrumento público para la autenticidad de un acto que modifica el estado civil del hijo y pone en sus manos la administración de sus bienes.

Importa, pues, que tal procedimiento se haga con conocimiento de causa para examinar las consecuencias y fines á que se encamina, y que lleve consigo la autorización del Juez porque puede afectar los derechos

(2) Art. 262 — Código Civil.

de tercero, y en tal caso debe revestírsele de una publicidad completa.

Siendo la emancipación una medida favorable á los intereses del hijo y de la sociedad, la ley la ha facilitado hasta el extremo de autorizarla en la puertad, época en que no hay todo el desarrollo necesario para la celebración de contratos de menos entidad; pero ella no ha querido despojarla de todos los requisitos y garantías indispensables que la marquen con el sello del acierto, porque la utilidad desaparecería desde el momento en que éste falte.

El Código francés y á su semejanza el de Italia y el de Louisiana sancionan la emancipación del menor de diez y ocho años, huérfano de padre y madre, hecha por un consejo de familia presidido por el Juez de paz, por la simple declaratoria concebida en los siguientes términos: *el menor queda emancipado.*

En este caso, á diferencia del anterior, la ley francesa reviste al Juez de una facultad superior á la de un mero hombre de fé que presencia y autoriza la emancipación, pero sin poder examinar sus causas ni negarle jamás su aprobación.

Cuando se hace al hijo una donación, ó se le deja una herencia ó legado bajo condición de obtener la emancipación, no tendrá el padre el usufructo ni la administración de estos bienes, y se entenderá así cumplida la condición. (3)

Nuestra legislación inspirada en las ideas modernas, se aparta en este caso de la española que imponía al padre la obligación de emancipar al hijo siempre que había aceptado una manda ó se le dejaba una herencia ó legado, bajo tal condición: conciliando la potestad del padre con los intereses del hijo, priva á aquel solamente de la administración y usufructo de los bienes cedidos, aunque no emancipe al hijo, teniendo así por cumplida la condición; á diferencia de la ley chilena que solo se refiere al usufructo, dejando al padre la administración, á no ser que se le niege ésta expresamente por el donante ó testador.

La jurisprudencia moderna, como hemos dicho, ha aceptado las mismas causas de extinción de la patria potestad que señala el Código francés con algunas diferencias, pues el Código de Cerdeña no reconoce otra que la emancipación expresa, facultando al padre para reservarse el usufructo legal de los bienes del hijo emancipado, hasta el día en que éste haya cumplido treinta años.

§ 3º

Emancipación legal.

Emancipación legal es aquella que se verifica *ipso jure* en virtud de ciertas causas señaladas por la ley.

Esta se efectúa.

(3) Art. 265 —Código Civil.

1º Por la muerte natural ó civil del padre, y por la muerte civil del hijo:

2º Por el matrimonio del hijo:

3º Por haber cumplido el hijo la edad de veintim años:

4º Por el decreto que dá la posesión de los bienes del padre desaparecido:

5º Por pasar la madre á otras nupcias. (4)

La ley antigua no reconocía en algunos países esta especie de emancipación, pues en ellos permanecía el hijo toda la vida bajo la patria potestad.

Extinguiéndose la patria potestad del padre por su muerte, natural es que el hijo se repute emancipado *ipso jure*, aunque quede sometido á la guarda de tutor ó curador si fuere menor de edad.

También la muerte civil del padre llevando consigo la pérdida de todos los derechos civiles, produce la emancipación del hijo. En esta parte nuestro Código difiere del francés que no señala como efecto de aquella causa la extinción de la patria potestad.

El derecho romano y español se la quitaban al penado por un delito grave, calificándolo como siervo de la pena.

De la misma manera la produce la muerte civil del hijo, porque ella le quita todo derecho y toda personalidad; aunque ésta solo tiene lugar en nuestra jurisprudencia por la profesión monástica, causa que desconocían el derecho romano, español y el francés que originaban la muerte civil de una pena que no se hacía extensiva al padre y que por consiguiente no le despojaba de la patria potestad.

En varias de las Repúblicas del Sur se extingue la patria potestad por el destierro perpetuo, verificándose *ipso facto*; y en Portugal, por las órdenes sacerdotales que recibe el menor.

Asumiendo el hijo en el estado matrimonial nuevas facultades y derechos que le dán la dirección de la mujer y de los hijos y la administración de los bienes de la sociedad conyugal, es incompatible á estas funciones toda extraña sujeción; por consiguiente, el matrimonio emancipa tácitamente al hijo que lo contrae, sin que pueda en ningún caso reputarse como prematura y desautorizada esta emancipación, desde que el padre consiente en el matrimonio del hijo y le juzga apto para formar un nuevo hogar.

En Noruega se reputa emancipado el hijo desde que gana por sí la vida.

En Austria y en Baviera el matrimonio no pone fin á la patria potestad, á pesar que todas las legislaciones modernas han adoptado este principio; pero en la primera se efectúa la emancipación del hijo, *ipso jure*, por el hecho de tener éste una habitación separada de la del padre. En varias de las Repúblicas de la América española, queda emancipado el hijo por ser elevado á una dignidad: en Portugal, cuando se le concede el grado de Bachiller; y en el cantón de Valais, cuando obtiene los diplomas de abogado, notario, ó de doctor en derecho, ó medicina.

Las leyes españolas requerían las relaciones para que el matrimo-

(4) Art. 263 — Código Civil.

nio produjese la emancipación; pero estando hoy entre nosotros revestido aquel de otro ceremonial que evita la clandestinidad, no son necesarias aquellas para su validez, y por consiguiente para la emancipación.

Siendo la edad de veintiun años la que señalan nuestras leyes para la mayoría, natural es que su cumplimiento produzca la emancipación, porque la mayor edad es el término natural que todas las legislaciones modernas ponen á la patria potestad.

Nuestro Código siguiendo al francés y de acuerdo con otros de reciente data, fija la mayor edad á los veintiun años, porque dilatadas observaciones han demostrado que en ella el hombre ha llegado á la plenitud de sus facultades: que los intereses económicos de la sociedad y de la familia requieren la división de las funciones domésticas para su estabilidad é incremento; y que la vida de aquel es menos prolongada en la época actual que en la antigüedad, y por consiguiente debe apresurarse el tiempo en que el hombre asuma en la sociedad su personalidad jurídica.

En Toscana se efectúa la emancipación legal á los treinta años, en Portugal para los oficiales del ejército, á los veintiuno.

La mayor edad está fijada por el contrario, en Turquía, á los quince años; en Dinamarca, á los diez y ocho; en el cantón de Neufchatel, á los diez y nueve; y á los veinte, en otros; en Holanda, á los veintitres; en Austria y Alemania, á los veinticuatro; y en Chile y otros países, siguiendo á la legislación anterior, se ha fijado la edad de veinticinco años.

La posesión de los bienes del padre desaparecido basada en la presunción de la muerte de éste, hace necesaria la emancipación legal. Debiendo el hijo encargarse de la administración de los bienes que se le han dado en posesión, en virtud de la sucesión del padre que autoriza la ley, se hace preciso dar por terminada la potestad de aquel para que ejerza las nuevas funciones.

Esta clase de emancipación que desconoció el derecho antiguo, la ha tomado el nuestro del Código francés y del chileno, atendiendo á las razones que dejamos expresadas en otro lugar.

Cuando la madre pasa á otras nupcias se hace necesaria la emancipación del hijo, porque entrando ésta bajo la potestad marital no puede conservar la que tiene sobre el hijo, ni podría atender con desinterés y exactitud, ni á la persona ni á los bienes del menor, una vez que se encuentra colocada en la necesidad de formar nueva familia, cuyos intereses son distintos; y mas conveniente es que el pupilo pase á la guarda de un curador y no que quede expuesto al abandono de la madre.

§ 4º

Emancipación judicial.

Por regla general el padre no puede ser obligado á emancipar al hijo; pero la ley ha señalado ciertas causas en virtud de las cuales pesa sobre él esta obligación. La emancipación que se efectúa de este modo y por decreto del Juez, se llama judicial.

Las causas que la producen son las siguientes :

1ª Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, ó de causarle grave daño :

2ª Cuando el padre ha abandonado al hijo :

3ª Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad :

4ª Por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare al padre culpable de un delito á que se apliquen penas que, conforme al Código Penal, lleven consigo la pérdida de la patria potestad ;

5ª Por vivir la madre deshonestamente. (5)

La ley que vela por la existencia de la familia y porque los derechos concedidos á una persona no sean violados, no ha querido que el poder protector y esencialmente tutelar que concede al padre la patria potestad se convierta en causa de tormento ó de daño para el hijo; y así es que debe decretarse la emancipación de éste siempre que el padre habitualmente maltrata al hijo en términos que ponga en peligro su vida causándole grave daño; resultados indispensables para constituir la causa de la emancipación, por no bastar la crueldad del tratamiento.

Ha querido también determinar de una manera expresa estas circunstancias en fuerza del respeto que se debe á la potestad del padre, para no dejar al arbitrio de los jueces su apreciación, como lo hacía el derecho romano y el español.

El Código francés, no reconociendo otra emancipación que la voluntaria y la que resulta del matrimonio y de la orfandad, no señala la que se trata en este punto; pero algunos de sus expositores creen que debiera darse curador al hijo que sufre tratamientos crueles y de peligrosos resultados, con el fin de separarlo del poder de su padre.

El silencio del Código francés en esta parte, lo atribuye Loaré al propósito que tuvieron sus redactores de formar por separado un tratado especial sobre la patria potestad.

Si el padre abandona al hijo, pierde la patria potestad.

Nada dice á este respecto el derecho romano, y solo señalaba una pena para el padre que depositaba al hijo al nacer en una casa de expósitos.

Ni la ley de Partida en los cuatro casos que señala, ni el Código francés indican esta causa de emancipación judicial.

La desnaturalización que revela el padre al abandonar al hijo hace presumir que se han extinguido en él todos los sentimientos generosos y entrañables que nacen de la paternidad, que no existen ya esperanzas de que cuide con todo el esmero debido á la persona é intereses del menor; y habiéndose descargado voluntariamente de los deberes que la naturaleza y la ley le imponen, no debe gozar tampoco de los derechos correlativos que aquellas mismas le confieren.

La depravación del padre también le priva del poder patrio, porque ella puede viciar la dirección moral del hijo, causándole un mal superior á todos los beneficios que pudiera reportar de sus cuidados; por bastar el ejemplo de actos viciados para que tengan lugar tan perniciosos efectos, aunque ellos no se refieran á la persona del hijo como

(5) Art. 264 — Código Civil.

lo exigen el derecho romano, el español y el penal francés.

Tales actos manchan el hogar, empañan la virtud del hijo y preparan su carácter para una vida de vicios y de desgracias; la emancipación es el único poder que puede retirarle del borde del abismo.

Si la patria potestad la pierde el padre por sentencia condenatoria, claro es que el hijo debe quedar emancipado, porque ya hay una resolución judicial.

La ley francesa solo excluye de la tutela al tutor sobre quien ha recaído una pena infamante. La chilena priva al padre de la patria potestad por penas de igual naturaleza y aun por simple reclusión de cuatro años.

El indulto debiera reputarse como causa bastante para recuperar la patria potestad, entre nosotros, porque la sentencia versa sobre su pérdida, á diferencia de la opinión de los expositores del derecho de aquellos países en que la pérdida de la patria potestad se origina de una pena infamante, por creer estos que el indulto debe expresar terminantemente que el padre ejerza la patria potestad; como lo sienta el Código chileno y lo exige nuestro Código Penal. (6)

La razón que aducen en apoyo de esta opinión es, que siendo el indulto de la pena un efecto puramente político, no supone la capacidad civil para el ejercicio del poder patrio, ni implica por consiguiente su rehabilitación si no se expresa; como lo decía el derecho romano.

Si la madre vive deshonestamente, debe declararse emancipado el hijo que está bajo su patria potestad, porque militan las mismas razones que hemos expuesto al hablar de la depravación del padre, y porque no solamente su conducta falsearía el carácter del hijo infiltrándole gérmenes de corrupción y de ruina; sino también, y lo que sería más doloroso, apagaría ese sentimiento sagrado de respeto reverente que todo hijo tiene por la madre y que constituye la base de todas las virtudes humanas, como el principal fundamento de una esmerada educación.

La inocencia es una delicada flor que al contacto del fango pierde sus tintes y fragancia!

El desamparo y el peligro en que se encuentra el hijo siempre que se halla en poder de un padre depravado, que le maltrata atrocemente ó que le abandona, ha inducido al legislador para poner un pronto remedio á estos males, y autorizar al Juez para proceder de oficio ó á petición de cualquiera consanguíneo de el menor, á la declaratoria de su emancipación; aunque indebidamente quedó excluida la 5ª causa que habla de la deshonestidad de la madre; pues en la causa 4ª no es necesario el pedimento, una vez que recayó la resolución judicial.

§ 5º

Efectos de la emancipación.

Por la emancipación adquiere el hijo la facultad de obrar libremente y en completa independencia del padre, y por ella tiene un de-

[6] Art. 37 — Código Penal.

recho exclusivo sobre los bienes que posea y adquiera, concluyendo el de usufructo que concedía la ley al padre sobre los bienes del hijo.

Pero, aunque la emancipación acarrea aquellos efectos, no les exige de los cuidados recíprocos en todas las circunstancias de la vida en que necesiten de sus auxilios, y principalmente del deber que tiene el hijo de velar por la condición del padre en el estado de ancianidad ó demencia, ni tampoco priva al menor de sus privilegios, ni le libra de la guarda de un curador como á los demás menores.

Entre los romanos y españoles los efectos de la emancipación se referían solamente á las relaciones entre el padre y el hijo nacidas de la patria potestad; pero en los demás actos de la vida el emancipado era considerado según su edad, de modo que hasta el cumplimiento de veinticinco años no alcanzaba la plenitud de sus derechos, ni su completa libertad de acción.

El Código actual de Italia y varios otros de Europa, proveen de curador al menor emancipado, concediendo el desempeño de tal cargo al padre ó á la madre, y en su defecto á la persona que designe un consejo de familia.

El francés autoriza al menor el ejercicio de varias facultades de pequeña importancia, pero para las operaciones superiores ya sea en la celebración de contratos, enajenación de bienes raíces, otorgamiento de obligaciones ó juicios sobre bienes inmuebles, exige la intervención de un curador como en los casos comunes, á excepción del ejercicio del comercio en que le reputa mayor de edad. Pero el Código prusiano le prohíbe también el derecho de hipotecar los inmuebles, y el austriaco limita los efectos de la emancipación á la administración del producto líquido de las rentas de los bienes del menor, las cuales puede obligar. El portugués y el del cantón de Vaud no imponen restricción alguna á los emancipados, concediéndoles los mismos derechos y facultades que á los mayores de edad.

La ley de Partida daba al padre en la emancipación voluntaria, el derecho de reservarse la mitad del usufructo de los bienes adventicios del hijo que tenía al tiempo de la emancipación, la cual debía restituir antes de la mayor edad siempre que éste contrajese matrimonio, según se deducía de una ley de Toro, y lo expresan sus comentadores.

Teniendo como gracia la ley española la emancipación que el padre hacía del hijo, premiaba con aquella reserva esta gracia; pero en atención á las necesidades que creaba el hijo con su matrimonio, imponía al padre la devolución de la mitad del usufructo reservada.

Otro de los principales efectos de la emancipación, de cualquiera naturaleza que sea, es su irrevocabilidad. (7)

La ley española consagraba este mismo principio, sin atender á que hubiesen cesado las causas de la emancipación; pero cuando el hijo era ingrato con su padre deshonorándole de palabra ú obra, volvía éste al poder de su padre.

En Servia, cuando una hija pierde su marido durante la menor

[7] Art. 266 — Código Civil.

edad, entra nuevamente á la potestad paterna.

Según el Código napoleónico, el menor emancipado, cuyos contratos y obligaciones hubieren sido reducidos por los tribunales á causa de lesión, puede ser privado del beneficio de la emancipación, dejándole en tutela hasta la mayor edad.

Entre nosotros, una vez efectuada la emancipación no puede revocarse, aun en el caso que el menor sea ingrato con su padre, de la misma manera que sucede en Chile, en atención al beneficio que reporta el hijo y aun la sociedad de los nuevos derechos concedidos á éste, que constituyen un nuevo nucleo de familia, ó una nueva fuerza de producción.

Pero esta regla tan general, queda restringida, según lo hemos visto atrás, por el indulto que restablece la potestad paterna de aquel que la había perdido, en virtud de una pena, en cuyo caso la emancipación judicial queda sin efecto para volver á entrar el hijo en la patria potestad.

La variedad y trascendencia de los derechos y deberes que nacen de la emancipación, los cuales se refieren en muchos casos á los intereses de los demás miembros de la sociedad, exigen la autenticidad y publicidad de aquel acto en los registros del estado civil.

Las leyes españolas ni la francesa decían nada á este respecto, ni comprenden hoy este caso.

Nuestro Código, aunque de acuerdo con el chileno, establece que el estado civil es la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles, en sus disposiciones posteriores no se refiere al registro que el nuevo estado de la emancipación dá al menor.

El Código mexicano es mas prolijo y exacto en este punto, mandando: que en caso de emancipación por matrimonio no se forme acta separada, expresando solamente al margen de los actos de nacimiento de los cónyuges, quedar emancipado el menor en virtud del matrimonio, que se celebró en tal fecha: que en la emancipación voluntaria se inserte á la letra el acta del Juez que autorizó la emancipación; y se anote el acta de nacimiento expresando al margen de ella quedar emancipado el menor, citando la fecha de la emancipación y el número y foja del acta relativa.

Si en la oficina en que se registró la emancipación no existe el acta de nacimiento del emancipado, el Juez del registro remitirá copia del acta de emancipación al del lugar en que se registró el nacimiento, para que haga la anotación correspondiente.

La omisión del registro de emancipación no quita á ésta sus efectos legales; pero sujeta al responsable á una multa de veinticinco pesos.

Disposiciones analógas á éstas debieron haberse comprendido en el salvadoreño.

TITULO 12.

De los hijos naturales.

CAPÍTULO I.

Origen y fundamento del reconocimiento.

SUMARIO.

Qué se entiende por hijo natural — Clases de hijos naturales — El reconocimiento es el único medio de constituir la filiación natural.

§ 1º

Qué se entiende por hijo natural.

Hay hijos que se encuentran fuera de los límites de la esfera marcada á la familia, á los cuales no rigen las disposiciones dictadas para ésta, porque nacidos de una relación natural y no de matrimonio que es el fundamento de aquella, deben someterse á especiales disposiciones: fruto de uniones reprobadas por la moral, estos hijos son la perpetua víctima de la falta de sus padres y sufren moralmente todas las consecuencias que solo debieran recaer sobre los autores de la omisión de un precepto social. Pero aunque privados de todas las ventajas que brinda el orden de la vida doméstica, tienen derecho á aspirar á todas las utilidades que se derivan del estado civil, y á que el Estado les garantice estos derechos estableciendo el reconocimiento de los padres á los hijos naturales, ya que no pueden obligar á estos á reparar su falta por medio de un matrimonio subsiguiente, para derivar de aquel acto el mas indispensable de los derechos del hombre, que es el de la subsistencia y educación, por no poder concurrir los hijos naturales con los legítimos en el mismo grado á la sucesión.

Aunque los derechos que la ley concede á los hijos naturales no son tan extensivos como los de los hijos legítimos, los principios generales del derecho respecto á las relaciones entre padres é hijos legítimos deben aplicarse igualmente á los naturales.

Hijo natural es el concebido fuera de matrimonio, esto es, el hijo de dos personas que no están vinculadas por una unión legítima.

Todas las legislaciones hacen distinción entre los hijos naturales llamados ilegítimos simplemente, y los de dañado y punible ayuntamiento: siendo los primeros los hijos de aquellas personas que por ser libres al tiempo de ayuntarse podían casarse, y los segundos los tenidos por personas imposibilitadas de casarse al tiempo de la concepción, y que por lo mismo llevan el carácter de adulterinos, incestuosos ó sacrílegos.

El derecho romano solo reputaba hijo natural al nacido de concubina que fuese única y sola, y habitase en calidad de tal en la misma casa del padre, siendo ambos libres ó solteros y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio: pues el de virgen ó viuda honesta que no podían ser concubinas, se llamaba bastardo, y mancer el habido en mujer pública. Igual disposición se encontraba en las leyes de Partidas, con la diferencia de no ser esencial el que la concubina habitase en la misma casa del padre.

Las leyes de Toro y de la Novísima Recopilación denominaban hijo natural, al habido fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción ó al del nacimiento, con tal que el padre le hubiera reconocido por su hijo.

El derecho canónico, el que resultase por tal de la indagación judicial de la paternidad y maternidad.

El Código francés declara hijos naturales á los nacidos fuera de matrimonio, aunque sean incestuosos ó adulterinos, que el padre haya reconocido legalmente ó legitimado por subsiguiente matrimonio, cuya maternidad sea comprobada.

El chileno y el nicaragüense, á diferencia de lo dispuesto en el Código napoleónico, solo califican como hijos naturales, á los que, no siendo de dañado ayuntamiento, fueren reconocidos por sus padres con las formalidades prescritas por la ley.

Pero nuestro Código, siguiendo al francés, aunque no en términos tan explícitos, llama como tales á los nacidos fuera de matrimonio que sean reconocidos por sus padres.

El Código Mejicano define al hijo natural, siguiendo la opinión de Maximiliano: el concebido fuera de matrimonio en tiempo en que el padre y la madre pudieron casarse aunque con dispensa. La razón en que funda esta última diferencia es: "que los hijos nacidos de tío y sobrina, ó de cuñado y cuñada, deben considerarse naturales y no incestuosos, porque el incesto es la unión criminal de dos personas á quien la ley prohíbe absolutamente casarse. Si nó se concediera la legitimación á los hijos nacidos de tío y sobrina, y de cuñado y cuñada antes del matrimonio, resultaría, si se casaran después con dispensa los progenitores, que los hijos primogénitos estarían en casa de sus padres sin ser reconocidos, vivirían bajo el mismo techo que sus hermanos, hijos de un mismo padre y madre, comerían en la misma mesa, y sin embargo no participarían de los mismos derechos ni llevarían el mismo apellido; es decir, en el mismo hogar los hijos legítimos irían creciendo al lado de los incestuosos."

§ 2º

Clases de hijos naturales.

Hemos visto ya que los hijos naturales pueden originarse de una simple relación natural ó de la unión de dos personas que aunque la ley

no sanciona, tampoco la reprueba, ó ya sea de dañado y punible ayuntamiento, por carcerar los padres de libertad y estar sujetos á vínculos ó restricciones que han vedado su unión.

También se distinguen ó subdividen, en hijos de paternidad cierta y en hijos de paternidad incierta. Estas diferencias introducidas por varias legislaciones, quedan explicadas en lo que hemos expuesto en el párrafo anterior, donde se vé que algunas veces no puede haber lugar á dudas respecto á la paternidad de un hijo natural, y que las legislaciones modernas, cuando hay oscuridad en el origen, la han hecho cesar por medio de actos tan explícitos y auténticos como el reconocimiento.

Estando admitido el reconocimiento por parte del padre y la indagación de la maternidad, respecto de los hijos naturales, según el Código francés, y prohibida la indagación de la paternidad, un publicista moderno se expresa en estos términos: "Este principio, formulado por el Código francés y adoptado por muchos otros países, ha sido inspirado por una falsa consideración del escándalo que muchas veces resultaría de semejantes procesos, y por la esperanza de que ejercería una influencia favorable en las costumbres, haciendo á las mujeres mas cuidadosas de su honor; pero esta prohibición es una violación flagrante de un principio de justicia hácia la madre, como también hácia el hijo, porque desliga al padre de la obligación natural de proveer á la subsistencia y educación de aquel, y á la alimentación de la madre, durante el tiempo en que se encuentra imposibilitada de procurársela por sí misma. Es indudable que las mujeres *que corpore questum faciunt*, y los hijos que tengan, no pueden intentar un proceso de este género, á consecuencia de la imposibilidad de la prueba y de la falta de toda presunción moral en favor de la madre. Pero toda mujer que no se ha colocado en una situación degradante, debe ser admitida á hacer reconocer su hijo. Así, pues, este derecho existe en todas las demás legislaciones de Europa y los Estados-Únidos, á excepción de la Louisiana; y la justicia, como la moral pública, exigen que sea de nuevo garantido por las legislaciones que lo han abolido. La ley puede tomar algunas medidas que impidan vergonzosas especulaciones, prescribiendo, por ejemplo, á imitación de la Iglesia de 1834, que la madre nunca perciba parte alguna de la cantidad á cuyo pago puede verse condenado el padre; pero el principio debe ser respetado." El autor rechaza el principio sentado por el Código francés, reputándolo contrario á la moral y á la justicia.

Pero hemos visto, que el reconocimiento hace innecesarias tales investigaciones, aun respecto de la madre que siempre es cierta, evitando de esta manera los escándalos, las vergüenzas y las zozobras que llevaban siempre al seno del hogar los juicios que trataban de escudriñar los misterios de la naturaleza y el origen de un hijo de oscura procedencia, por medio de indicios, congeturas y asertos talvez de personas sin pudor y sin lealtad, instigadas casi siempre por las mujeres mas desvergonzadas que, en su deseo de especulación, hacían públicos sus desórdenes para buscar un padre á sus hijos que, contando con mayores recursos, pudiese alimentarlos. Y esto en oposición á la conducta observada por algunas madres mas pudorosas que, no queriendo sacrificar sus senti-

mientos mas dulces y tiernos en aras de la publicidad, renunciaban voluntariamente aquel derecho.

La legislación de muchas naciones, aun en Europa mismo, no se ha uniformado á este respecto: la investigación de la paternidad es permitida en Inglaterra, Alemania, Austria, Suiza, y en el estado de Louisiana; y se prohíbe en Holanda, Servia, Haití, Bolivia, Polonia y otros países.

§ 3º

El reconocimiento es el único medio de constituir la filiación natural.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio, podrán ser reconocidos por sus padres, y tendrán la calidad legal de hijos naturales. (1)

En vista de esta disposición hay que hacer varias aclaraciones: que la filiación natural solo se funda en el reconocimiento del padre: que la madre no necesita hacer este reconocimiento, porque la maternidad siempre es cierta, en razón de que el parto y la identidad del hijo son hechos notorios ó que por lo menos pueden ser comprobados: que el reconocimiento del padre se refiere á toda clase de hijos habidos fuera de matrimonio, aun á los espurios, con la diferencia de que estos no podrán pedir que su padre les reconozca sinó con el solo objeto de exigir alimentos; y que el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre que reconoce. (2)

Aunque no hay lugar á la indagación de la paternidad, por estar establecido el reconocimiento como único medio de declararla, para evitar de este modo el escándalo de los juicios y las incertidumbres de los fallos en este punto. Aunque tampoco se somete á prueba la maternidad por considerarse ésta notoria y siempre cierta, al extremo de no ser necesario el reconocimiento materno para los hijos naturales, y con el fin de evitar los mismos inconvenientes que llevan consigo esta clase de juicios; la ley ha querido salvar los derechos de todas aquellas personas á quienes perjudique el reconocimiento de los hijos naturales, ya sea impugnando el que verifique el padre, ó ya la maternidad reconocida en una mujer respecto del que se dice su hijo natural, dando de esta manera lugar á los juicios que ha tratado de evitar, para salvar, como se ha dicho, un derecho de terceros.

Hemos visto también que el reconocimiento determinaba la filiación natural según la legislación española mas reciente. Refiriéndose Goyena á este punto decía: “El reconocimiento puede hacerse por incidencia y en cualesquiera términos, con tal que de ellos aparezca suficientemente la intención de hacerlo: basta pues, la simple indicación de *hijo natural suyo* que haga el testador en la persona del legatario, para que sea tenido por hijo natural.”

(1) Art. 267 — Código Civil.

(2) „ 268 — „ „

El Código francés establece el reconocimiento del hijo natural, pero sin que se pueda referir ni aprovechar á los hijos incestuosos ó adulterinos, cuyo reconocimiento solo exige en otra parte, como acto previo, para legitimarle por subsiguiente matrimonio.

El chileno, excluye á los de dañado ayuntamiento y permite el reconocimiento del padre y de la madre como medio de fijar la filiación natural. A este respecto decía el presidente Montt al cuerpo legislativo : “ Se ha sujetado á formalidades análogas el reconocimiento voluntario de los hijos habidos fuera de matrimonio, que toman en este caso la denominación legal de hijos naturales, y adquieren importantes derechos.

En cuanto á los ilegítimos que no obtienen este reconocimiento espontáneo de su padre ó madre, no se les otorga otro derecho que el de pedir alimentos, sin que para obtenerlo se les admita otra prueba que la confesión del padre; condición dura á primera vista, pero justificada por la experiencia de todos los países sin exceptuar el nuestro. Mas severos han sido todavía el Código francés y otros modernos, pues han prohibido absolutamente la indagación de paternidad. Ni se ha vedado sinó en raros casos la investigación de la maternidad por los medios ordinarios, aunque para igualar en esta parte al padre y la madre no faltarían razones gravísimas que un ilustre jurisperito, el presidente de la comisión redactora del Código civil español, ha hecho valer con mucha verdad, sensatez y filosofía.”

Aunque la redacción de nuestro Código en este punto no tenga toda la claridad debida y aparezca de muy extensa comprensión la facultad consignada en ella, debe entenderse que el padre solamente tiene la de reconocer al hijo nacido fuera de matrimonio, cuando éste no es de dañado ayuntamiento, porque de otra manera el reconocimiento se convertiría en la sanción del escándalo y de un acto reprobado por las leyes y por la conciencia pública, dando lugar á todos los inconvenientes que acarrearía á la estabilidad y orden del hogar la introducción de nuevos miembros que no deben pertenecer á la familia. El hijo espurio al exigir el reconocimiento de su padre no obtiene otro derecho que el de alimentos, derecho fundado en la naturaleza y á que es acreedor todo hombre por reprobado que sea su origen, por referirse él á la existencia, de tal manera que el reconocimiento en este caso no es un acto inmoral y ofensivo á la sociedad, por derivarse de ese cariño entrañable que la naturaleza ha puesto en el corazón de todos los hombres hácia los seres á quienes dan la existencia,

CAPITULO II.

Naturaleza del reconocimiento.

SUMARIO.

Quiénes pueden reconocer — Condiciones del reconocimiento — Sus efectos — Impugnación del reconocimiento.

§ 1º

Quiénes pueden reconocer.

Según el derecho romano no era necesario el reconocimiento del hijo natural porque nacía en la casa del padre; lo mismo sucedía con el derecho primitivo español, por tratarse de hijos de barragana conocida aunque no habitase la casa del padre.

Las leyes de Toro establecieron el reconocimiento del padre para que un hijo se tuviese como natural.

Demol en su tratado de la paternidad, dice: que en el proyecto primitivo del Código francés se sentaba, que todo reconocimiento del padre no confesado por la madre fuese de ningún efecto; aunque quedó establecido que solo lo tuviese respecto del primero: que tanto el padre como la madre pueden reconocer al hijo natural; y que el reconocimiento hecho por uno de los cónyuges durante el matrimonio, de un hijo tenido antes de éste en otra persona, no perjudique los derechos del otro cónyuge, ni de los hijos legítimos de este enlace, habiéndolos; pero si no los hay, producirá sus efectos el reconocimiento después de disuelto el matrimonio.

El Código chileno establece el reconocimiento de ambos padres ó de cualquiera de ellos, con resultados legales solo respecto del que lo haya verificado.

El nuestro solo dá al padre esta facultad, por no ser necesaria á la madre en quien la naturaleza marca la maternidad; orillando de esta manera todas las cuestiones que se originaban del derecho anterior, unas veces por la duda de la paternidad, fundada en simples apariencias, otras porque se hacía depender aquel acto en el padre de la simple voluntad de la madre, de sus caprichos ó intereses que muchas veces estaban encontrados con los de aquel; y privando otras al hijo natural de los cuidados y derechos que se originan de la maternidad, por la simple omisión de una formalidad legal que la madre ha estado imposibilitada de cumplir.

Pero siendo el reconocimiento un acto libre y voluntario del padre (3) solo puede ejecutarlo por sí mismo cuando tiene la capacidad legal para ello: así es que siendo menor, hijo de familia ó estando sus-

(3) Art. 268 — Código Civil.

penas sus facultades civiles, no puede por sí mismo hacer el reconocimiento de un hijo natural.

Merlin, Toulier y otros comentadores franceses, calificando solo como un acto voluntario el reconocimiento del padre, y no el de la madre, por estar permitida según la ley francesa la investigación de la maternidad, opinan que la incapacidad de la madre no obsta para la declaratoria de la maternidad.

También en esta parte, nuestro Código ha evitado el desacuerdo de opiniones, porque al establecer el reconocimiento del padre, en vista de disposiciones posteriores, debe entenderse la capacidad legal en él para contraer las obligaciones que se originen del reconocimiento.

§ 2º

Condiciones del reconocimiento.

El reconocimiento deberá hacerse por instrumento público entre vivos, ó por acto testamentario, y el padre no será obligado á expresar la persona en quien hubo el hijo natural.

El hijo de familia y el menor no habilitado de edad, necesitan para hacer el reconocimiento por instrumento público, de la autorización de su padre, ó madre, ó curador, ó la del Juez en subsidio. (4)

Como se vé, las condiciones esenciales de que se reviste este acto son la espontaneidad y la autenticidad, porque él impone obligaciones al padre que originadas solamente de la naturaleza carecían de la sanción positiva, debiendo por consiguiente ser este acto libre y voluntario, por no referirse al orden regular establecido con anterioridad en la familia: debe ser auténtico porque él afecta los derechos de tercero, y porque con su publicidad y las nuevas formalidades que reviste, aleja los juicios de filiación y las contradicciones á que siempre se hallan sujetos los registros de nacimiento y la prueba testifical.

En estos inconvenientes incurrió la ley española que, exigiendo el reconocimiento, no demandaba su autenticidad, y por consiguiente se hacían necesarias muchas veces las vías judiciales para comprobar aquel hecho.

El Código francés funda el reconocimiento en el acta de nacimiento anotada en el registro del estado civil, ó por medio de una acta auténtica á cuyo margen se hará mención de la de nacimiento, sin que baste la posesión de estado comprobado judicialmente.

En Méjico se consigna el reconocimiento del padre ó madre en el acta de nacimiento del hijo natural, con expresión de serlo, y el nombre del progenitor que le reconozca. Cuando un Juez decide sobre el reconocimiento de un hijo, lo avisa al oficial del registro civil para que asiente un acta en que hará mención de la del nacimiento si la hay, y en ésta la anotación de la nueva. Si el reconocimiento se hace después de haber sido registrado el nacimiento, se forma acta separada en la que se observan los siguientes requisitos: 1º Si el hijo es mayor de edad se expresará en el acta su consentimiento para ser reconocido: 2º

(4) Art. 269 — Código Civil.

Si el hijo es menor de edad pero mayor de catorce años, se expresará su consentimiento y el de su tutor; 3º Si el hijo es menor de catorce años, se expresará solo el consentimiento del tutor. Estas disposiciones están en armonía con la de casi todos los Estados de la Federación.

El del Perú expresa: que á falta del reconocimiento del hijo natural en el acto de extenderse la partida de registro, no impide á su padre hacerlo después al margen de la misma partida ó por otro de los medios designados en un artículo anterior.

El reconocimiento hecho en testamento lleva el mismo carácter de autenticidad, porque éste consta en instrumento público, y porque la ley se la dá cuando va en otra forma, como el testamento marítimo y militar.

El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado ó repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, según el título de los legitimados por matrimonio posterior á la concepción. (5)

Según los principios en que se ha inspirado nuestra legislación, el reconocimiento del hijo natural crea las relaciones de paternidad y de filiación natural, impone obligaciones al padre y dá derechos al hijo que se convierten en recíprocos, como sucede en todos los contratos consensuales, á diferencia del reconocimiento del hijo ilegítimo, simple declaración de un hecho de filiación; por eso es que se hace preciso la notificación y aceptación de parte del hijo, quien también puede repudiarlo, por ser para él, de la misma manera que lo es para el padre, un acto voluntario.

El Código francés no hace necesaria la aceptación del hijo, por no intervenir su acuerdo en el reconocimiento, y no obstante sus rechazos ó sus protestas, quedándole solamente el derecho de impugnación, según la opinión de los comentadores, que dan á aquel acto la fuerza de una simple declaración del hecho de filiación, porque el Código no es explícito á este respecto.

El de Chile salva estos inconvenientes exigiendo la notificación y la aceptación ó la repudiación de parte del hijo.

La comisión redactora del Código civil de Méjico, al explicar los motivos en que funda la autenticidad del reconocimiento y aceptación, se expresa en estos términos: "que en ellos procuró asegurar la legalidad del acto, ya exigiendo expresa declaración del que reconoce, ya la literal inserción del acta judicial ó de la cláusula del testamento, y en fin, en su caso, el consentimiento del hijo si es mayor, el suyo y el de su tutor si pasa de catorce años y no llega á veintuno, ó simplemente el del tutor si aquel es impuber." Esta condición es necesaria porque el reconocimiento al paso que dá derechos impone deberes, y es por lo mismo preciso que el hijo acepte el nuevo estado por sí ó por medio del que le represente conforme á la ley."

§ 3º

Sus efectos.

Los hijos naturales no tienen respecto del padre que los ha recono-

(5) „ 270 — Código Civil.

cido con las solemnidades legales, otros derechos que los que expresamente les conceden las leyes. (6)

Estando el hijo natural fuera de las reglas establecidas para la familia, que es el principal fundamento de la sociedad, si la ley le concede algún derecho debe ser simplemente aquel que se consigna de una manera expresa en sus disposiciones. El primordial es el de la subsistencia, esto es, el de alimentos y educación, indispensable en todos los casos, porque se funda en la naturaleza aquella obligación que tiene el padre de conservar la existencia del hijo, de dirigirle por el camino de la moral y de la virtud y de corregirle cuando se extravíe: á este derecho siguen otros, como el de herencia en todo caso de la madre, cuando ésta carece de sucesores legítimos, y del padre en asignaciones determinadas, como se verá al tratarse de la sucesión intestada.

Según el Código francés, los derechos de los hijos naturales que nunca son iguales á los de los legítimos, se determinan en el título de las sucesiones.

Por la ley española los hijos naturales no tenían los mismos derechos respecto á la herencia del padre que la de la madre, nunca eran herederos forzosos del padre por testamento, pero sí lo eran en algunos casos abintestato, y faltando hijos legítimos lo eran siempre de la madre; tenían derecho á que se les dieran alimentos y educación por ambos y aun por los abuelos y ascendientes de ambas líneas.

El chileno consigna iguales disposiciones que el nuestro.

La filiación natural no puede surtir sus efectos sinó desde la fecha en que se cumplen las condiciones que la ley impone para su goce: la de la escritura de reconocimiento y la del testamento, son los puntos de partida entre nosotros de donde se originan los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad natural; y el nacimiento, los que dá la maternidad.

Los comentadores del Código francés originan siempre los derechos de la paternidad, del nacimiento, por considerar el reconocimiento como una simple declaración del hecho de la filiación natural, incurriendo de esta manera en el absurdo de dar un efecto retroactivo á un acto que es voluntario en el padre, y como tampoco exige aquel Código la aceptación del hijo, recayendo algunas veces el reconocimiento en favor de un hijo natural ya difunto, hacen extensivos aquellos derechos á sus descendientes.

§ 4º

Impugnación del reconocimiento.

El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés en ello.

[6] Art. 271 — Código Civil.

En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan:

1ª La primera de las que se señalan para impugnar la legitimación en el artículo 216.

2ª No haberse otorgado el reconocimiento en la forma prescrita en el artículo 269, inciso 1º (7)

Como el reconocimiento se refiere á un hecho cierto, que es la existencia de un hijo nacido de una relación puramente natural, este hecho es controvertible al tratarse del reconocimiento, de la misma manera que lo es en la legitimación, pues, si atendiendo á las reglas establecidas por el derecho para determinar la gestación, resulta que un hijo que se supone legítimo no lo es por haber nacido antes ó después del término señalado, ó por impedimento físico del padre, en razón de ausencia, enfermedad ú otro motivo, debe entenderse lo mismo del que se llama hijo natural y trata de reconocerse.

Si el reconocimiento no se ha hecho por instrumento público ó acto testamentario, puede impugnarse, en razón de carecer de validez aquel acto por no haber llenado las prescripciones legales.

Según las leyes españolas, podía contradecirse todo reconocimiento por aquellas personas que tenían interés en ello: facultad que también la tenía el hijo como principal interesado, y la madre respecto del reconocimiento del pretendido padre, con el fin de evitar las especulaciones de algún aventurero que pretendiese hacerse pasar por padre del hijo de una mujer opulenta. De la misma manera todo reconocimiento hecho contra verdad podía combatirse por cualquier interesado.

El Código francés dá el derecho de impugnación á todos los que tengan interés en ello, en el reconocimiento por parte del padre ó de la madre y en todas las reclamaciones hechas por el hijo.

La legislación chilena señalaba además como causales para la impugnación, la imposibilidad de que sea madre la que se tiene por tal, y que el hijo sea adulterino ó concebido en dañado ayuntamiento: pero éstas no han sido consignadas en nuestro Código, en atención á que el reconocimiento de la madre no es indispensable, ni tampoco un impedimento el origen viciado del hijo para el reconocimiento en ciertos casos.

[7] Art. 272 — Código Civil.

TITULO 13.

De los derechos y obligaciones entre padres é hijos naturales.

SUMARIO.

Paternidad natural — Obligaciones de los hijos naturales — Obligaciones de los padres naturales — Obligaciones y derechos del padre y madre respecto á los hijos naturales.

§ 1º

Paternidad natural.

La paternidad natural, según nuestra legislación, no reviste al padre de todas aquellas facultades y derechos inherentes á la patria potestad: ella solamente dá la guarda legítima del hijo, y por consiguiente la administración de sus bienes en este caso, y la representación de su persona en conformidad de las reglas prescritas á los tutores y curadores; imponiéndole por otra parte las obligaciones de alimentar y educar al hijo y la facultad de corrección y castigo: disposiciones que todas tienden á favorecer al hijo natural, fruto inocente de ajena culpa, y de ninguna manera á gravarle con las obligaciones impuestas á la filiación legítima, por no gozar aquel de su amplitud de derechos. Así es que la moderna legislación niega al padre el usufructo de los bienes de los hijos naturales, aunque pretenda algunas veces concederle la patria potestad, que el derecho antiguo le negaba.

Tampoco la ley española concedía la patria potestad al padre, imponiéndole solamente la obligación de alimentar y educar al hijo.

El Código francés nada dispone á este respecto, y solo es explícito al tratarse de correcciones, educación y permiso al hijo natural para contraer matrimonio: de lo que debe deducirse lógicamente, no obstante la opinión de algunos de sus comentadores, que el padre natural carece de las atribuciones inherentes á la patria potestad, en Francia.

Con mucha sabiduría, pues, el derecho moderno ha contrapesado y equilibrado las funciones que corresponden al padre natural, con las exigencias de la naturaleza, de la razón y de la humanidad, en oposición á las preocupaciones sociales y á las reglas dictadas por la sana moral.

La naturaleza tiene sus derechos y prerogativas que parecen contrarios á los intereses y al orden social, que reclama en tiempo á la sociedad, así como á su vez ésta arranca á la naturaleza sus derechos primordiales.

Sometida á Maximiliano la decisión sobre este punto por la comisión encargada de formular el proyecto del Código Civil de Méjico, opinaba que se: concediera al padre la patria potestad, pero con algunas

restricciones, por parecerle que era preciso reconocer que el derecho de autoridad de parte del padre y de la madre sobre los hijos naturales, implica el derecho de educarlos, y la educación misma implica el derecho de custodia y de corrección. Los derechos de autoridad, de custodia, de corrección y educación, implican por vía de consecuencia la administración y usufructo de sus bienes. Sin embargo, como podía suceder que esto diese lugar á convertir el reconocimiento del padre, si se le atribuyese la potestad sin restricción, en una especulación que resultaría de que no lo haga si no cuando el hijo esté ya en la edad de trabajar ó producir algo por sí mismo, dejando entre tanto y durante la infancia abandonada á la madre, la que se verá así privada de su hijo, y al mismo tiempo de los sacrificios que haya hecho para criarlo y educarlo; opinaba por negar toda potestad al que no reconozca á su hijo natural antes de que cumpla los siete años; y que por otra parte el padre tuviese la facultad de nombrar tutor testamentario, excluyen á los abuelos de la patria potestad, pero no á la madre porque tiene un derecho natural sobre sus hijos y ha cooperado tanto como el padre ó talvez más, á su educación.”

§ 2º

Obligaciones de los hijos naturales.

Las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres, expresadas en los artículos 218 y 219, se extienden al hijo natural con respecto al padre y madre; pero estará especialmente sometido al padre. (1)

Natural es que los cuidados que corresponden al padre en la educación y crianza del hijo, sean correspondidos con el respeto y obediencia indispensables para llenar aquellos altos fines, y que estos presten á su padre todos los servicios compatibles con las obligaciones que la ley á su vez les impone, y que aun después de la emancipación cuiden del padre en su ancianidad, demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare de sus auxilios; porque tales respetos y servicios están fundados en la naturaleza antes que en la ley, y sin ellos el padre no podría á la vez cumplir su noble misión: derecho que dá al padre la paternidad y que no solamente corresponde á él sinó también á la madre, según lo expresan algunas legislaciones, porque también ella se halla obligada á educar á sus hijos, y esta obligación implica esencialmente aquel derecho; aunque el orden de la familia y de la sociedad exige que corresponda esencialmente al padre por ser el primer encargado de la dirección y educación del hijo, no obstante que los cuidados del hijo en la infancia tocan inmediatamente á la madre.

La disposición de nuestro Código sobre esta materia, se encuentra en completa armonía con las consignadas en la legislación chilena.

(1) Art. 273 — Código Civil.

§ 3º

Obligaciones de los padres naturales.

Una de las primordiales obligaciones que la naturaleza impone al padre y que la ley no ha querido desatender, es la del cuidado personal y la educación de los hijos, aunque estos no se deriven de una conjunción legítima.

La sociedad no tendría estabilidad, ni la humanidad llenaría su misión si alguno de sus miembros fuesen abandonados á una muerte segura ó á los azares de una vida incierta; porque en el conjunto de la sociedad todos los seres son indispensables para llenar su fin, aunque ellos no nazcan del orden regular establecido para estabilidad de ésta.

Así es que el padre y madre son obligados á cuidar personalmente de los hijos naturales, en los mismos términos que los sería el padre ó madre legítimos, según el artículo 221. (2)

Toca, pues, de consuno á los padres, ó al sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos naturales.

Lo dispuesto en los artículos 222, 223, 224, 225 y 230 respecto de cónyuges divorciados, se aplica á los padres naturales.

Pero la persona casada no podrá tener un hijo natural en su casa, sin el consentimiento de su mujer ó marido. (3)

A la madre toca por lo mismo el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquier edad ó sexo que sea, cuando por su depravación haya de temerse que se perviertan.

En estos casos, ó en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno y otro sexo al padre.

También toca á éste el cuidado de los hijos varones desde que han cumplido cinco años; salvo que el Juez prefiera confiarlos á la madre, por inhabilidad ó depravación del padre.

Esta facultad corresponde de la misma manera al Juez, en caso de inhabilidad física ó moral de ambos padres, para confiar el cuidado personal de los hijos á otra persona apta para ello.

Debiendo procederse en todas estas resoluciones breve y sumariamente, con audiencia de los parientes.

A los padres naturales de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no se les prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el Juez juzgare conveniente.

Como uno de los principales deberes del padre, al tratarse de la primera educación del hijo, es el de dirigirles por el camino de la mo-

(2) Art. 274 — Código Civil.

(3) „ 275 — „ „

ral y de la virtud, como atrás hemos dicho, y el Estado tiene derecho de cuidar que esto se realice, debemos entrar aquí, aunque incidentalmente y conformándonos á las opiniones de un publicista moderno, en la cuestión de la educación nacional, de la facultad que tenga el Estado de imponer á los padres la educación determinada que deben darle á sus hijos: facultad que no sería razonable porque ataca la libertad de aquellos en la dirección moral é intelectual de sus hijos, porque restringe el derecho de vocación en éstos, y porque la misión de educarlos no corresponde al Estado si no solamente la facultad inspectiva. La educación nacional envuelve el peligro de que se convierta en medio á propósito para establecer y consolidar el espotismo, como sucedía en las sociedades antiguas, donde ella también debilitaba profundamente los sentimientos de afecto y veneración que los hijos deben profesar á sus padres.

§ 4º

Obligaciones y derechos del padre y madre respecto á los hijos naturales.

Incumben al padre y madre del hijo natural los gastos de su crianza y educación.

Se incluirán en ésta, por lo menos, la enseñanza primaria, y el aprendizaje de una profesión ú oficio.

El Juez reglará en caso necesario, en lo que cada uno de los padres, según sus facultades y circunstancias, deba contribuir para la crianza y educación del hijo.

El inciso 3º del artículo 226 es aplicable á los bienes de los hijos naturales.

Son igualmente aplicables á los padres é hijos naturales las disposiciones de los artículos 227, 228 y 231 hasta el 239 inclusive. (4)

Natural es que ambos padres soporten las cargas y cuidados consiguientes á la crianza y educación de sus hijos, proveyendo no solo á los medios de su existencia física sinó también á la parte moral, tratando siquiera de inculcarles aquellos conocimientos y nociones de moral indispensables á la primera instrucción para que todo hombre se haga útil y apreciable en la sociedad: y que procuren por otra parte enseñarles una profesión ú oficio que garantice su futura existencia. Pero si el hijo tuviese bienes propios justo es que estos se inviertan, en parte, en el establecimiento del hijo y aun en su crianza y educación, si los padres no tuviesen lo suficiente para hacerlo.

Lo mismo que, muerto uno de ellos, correspondan solo al sobreviviente el gasto, educación y crianza de los hijos naturales.

Cualquiera resolución del Juez que recaiga sobre esta materia, puede ser revocada ó modificada siempre que cesen las causas que la motivaron, y en todo caso en que sobrevengan justos motivos.

(4) Art. 276 — Código Civil.

Siempre se presume la autorización del padre ó de la persona encargada de la sustentación del hijo natural, en todas las suministros que se hagan á éste en ausencia y en caso de necesidad, destinadas á los alimentos: pero si el hijo fuese de mala conducta ó hubiese desertado de la casa paterna, la responsabilidad de sus padres ó guardadores solo se entiende comprensiva al valor de los alimentos puramente indispensables á la subsistencia física del hijo.

Para que aquellos pudiesen sacarlos del poder de otra persona que los estuviere alimentando y criando á causa del abandono que hubiesen hecho del hijo, tienen que pagar los costos de crianza y educación, tasados por el Juez: pero mientras esté el hijo ajeno huérfano en poder de otra persona que le críe y eduque y le dedique al aprendizaje de un oficio ó profesión, debe aquel servir á ésta en el oficio ó encargo que le destine, sin retribución alguna.

Como al padre natural corresponde, lo mismo que á la madre ó á la persona encargada de la educación de los hijos naturales, el derecho de corregirlos y castigarlos moderadamente, mientras no hayan sido habilitados de edad ó cumplido veintiun años, si no bastasen aquellos medios; podrán imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional, en virtud de orden de arresto del Juez, demandada por el padre.

También les corresponde el derecho de elegir el estado ó profesión futura del hijo y de dirigir su educación del modo que crean mas conveniente para él, sin poderle obligar á casarse contra su voluntad; pero una vez que éste cumpla diez y ocho años puede elegir una carrera honesta mas de su gusto que la indicada por sus padres.

Pierden los padres el derecho á que se refiere el párrafo anterior sobre los hijos abandonados á una casa de expósitos, ó separados de su lado por su mala conducta.

Según las leyes españolas los padres y abuelos naturales deben alimentos y educación á los hijos, y estos tienen obligación de dar alimentos á aquellos en su caso, siendo extensiva la primera á todos los hijos que la ley 11 de Toro calificaba hijos naturales, con tal que se hallen reconocidos en debida forma, según la opinión del glosador Gregorio López; y puede el padre á falta de descendencia legítima instituir heredero á su hijo natural, y la madre en igual circunstancia debe hacerlo aunque tenga descendientes legítimos.

El Código francés, aunque no les repute herederos una vez reconocidos legalmente, les asigna una porción determinada en la cuota de los bienes del padre difunto.

La ley chilena les concede alimentos de sus padres, con exclusión de los abuelos, y aun ser herederos abintestato en casos determinados, de la misma manera que el nuestro.

TÍTULO 14.

De los hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente.

SUMARIO.

Qué se entiende por hijo ilegítimo — Modo de acreditar la paternidad ilegítima — Modo de acreditar la maternidad ilegítima — Efectos de la justificación de ambas.

§ 1º

Qué se entiende por hijo ilegítimo.

Hijo ilegítimo, en el sentido lato de la palabra: es el concebido fuera de matrimonio; pero como en esta definición se comprenden también los naturales, debe concretarse á los simplemente ilegítimos, esto es, los nacidos de una relación ilegítima como los incestuosos, adulterinos y sacrílegos, á los cuales daban el nombre de espurios las leyes españolas, con la diferencia de comprender bajo esta denominación á los nacidos de mujer soltera y viuda y de padre incierto y no conocido, por haber tenido la mujer ayuntamiento con muchos.

La denominación de hijos naturales es muy antigua: ella aparece en los escritos del juriconsulto Paulo y la empleó Constantino en el Código de *naturalibus liberis*, mandado á observar mas tarde por el emperador Zenón y restablecido posteriormente por Justiniano.

Las leyes de Partidas y después las de Toro establecen la diferencia que hay entre los hijos naturales y los nacidos de un comercio incestuoso, adulterino ó sacrílego, referente el primero al nacido de personas que no podían contraer matrimonio entre sí, por hallarse ligadas con vínculo de parentesco; el segundo al hijo del concúbito ó acceso de un hombre con una mujer que se halla casada con otro; y el tercero, el habido de personas que al tiempo de la concepción estaban ligadas, á lo menos una, con profesión religiosa ó con orden sacro, esto es, el hijo de fraile ó monja profesa y el de clérigo ordenado *in sacris*.

También al hablar del hijo espurio las leyes españolas le dividían en bastardo y fornesino, cuya distinción es muy defectuosa.

La legislación francesa y sus comentadores solo se refieren á los hijos naturales y á los incestuosos y adulterinos.

La nuestra, bajo la denominación de hijos ilegítimos ó espurios, comprende especialmente todos aquellos que nacen de dañado ayuntamiento y que por no poder ser reconocidos no llevan el carácter de naturales, á semejanza de lo que establece la ley francesa; incluyendo además á los hijos nacidos de la mujer robada una vez que se pruebe que el fruto del raptó es del raptor, el cual no puede denominarse natural por falta de reconocimiento, pues esta clase de filiación la constituye siempre un acto voluntario, y como decía Portalís, la pena del raptó será la indagación de la paternidad.

§ 2º

Modo de acreditar la paternidad ilegítima.

Para establecer la filiación ilegítima, nuestro Código hace una excepción de la regla general que prohíbe la indagación de la paternidad.

El reconocimiento en este caso puede ser voluntario ó forzado.

Si el padre reconoce al hijo expresamente, ó por escritos ú otros actos judiciales, ó le dá á conocer como hijo suyo á sus herederos en testamento, queda establecida la filiación ilegítima por reconocimiento voluntario. Pero si lo confesare ó se le probare en demanda que el hijo le entable al efecto, el reconocimiento será forzado.

En este último caso, podrá entablar la demanda á nombre de un impuber, cualquiera persona que probare que cuida actualmente de su crianza.

Los menores de veintiun años serán asistidos en esta demanda por su tutor ó curador general ó por un curador especial. (1)

Como el reconocimiento del hijo ilegítimo tiene por objeto establecer la obligación en el padre de alimentarle, porque la existencia del hombre es superior á toda otra consideración social, la ley ha querido facilitar su demanda autorizando á cualquiera persona encargada de la crianza del hijo, con asistencia de un curador siempre que fuere menor de edad, siguiendo en este caso los principios generales del derecho para legitimar la representación.

Por parte del hijo espurio habrá derecho á que el supuesto padre sea citado ante el Juez á declarar bajo juramento si cree serlo; expresándose en la citación el objeto de ella. (2)

Si el demandado no compareciere pudiendo, y se hubiere repetido una vez la citación, expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, si aun no hubiere comparecido en el término señalado en la segunda citación. (3)

Constando la rebeldía conforme á la ley, ésta ha querido para favorecer mas el establecimiento de la filiación ilegítima que tiende á la dación de alimentos, que se tenga por reconocida la paternidad.

Pero si aquel comparece y confesare que se cree padre, lo mismo que en el caso anterior, se mirará como reconocida la paternidad, y será obligado á suministrarle alimentos al hijo en la proporción que le corresponda, según el artículo 276; pero solo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia.

Si el demandado negare ser el padre, podrá el hijo probar que lo reconoció por algunos de los hechos siguientes :

1º Por escritos ú otros actos judiciales :

(1) Art. 278 — Código Civil.

(2) " 279 — " "

(3) " 280 — " "

2º Dándole á conocer como hijo suyo á sus herederos, declarándolo estos judicialmente. (4)

No es admisible la indagación ó presunción de paternidad por otros medios que los expresados en los artículos anteriores. (5)

Si por rebeldía, por confesión judicial, ó por prueba del menor basada en escritos ú otros actos judiciales, ó en la confesión extrajudicial del padre hecha á los herederos que conste en la declaración de estos, apareciere la paternidad ilegítima, debe obligarse al padre á dar al hijo los alimentos necesarios para su existencia; porque el reconocimiento hecho en la forma que se expresa en el artículo 281 no confiere al hijo espurio en ningún caso la calidad de natural, ni otros derechos respecto de su padre que el de pedirle alimentos. (6)

Si por cualesquiera medios fehacientes se probare el rapto, y hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor, será condenado éste á suministrar al hijo no solamente los alimentos necesarios para su precisa subsistencia si no, en cuanto fuere posible, los que competan al rango social de la madre.

El hecho de seducir á una menor, haciéndola dejar la casa de la persona á cuyo cuidado está, es rapto, aunque no se emplee la fuerza.

La acción que por este artículo se concede, espira en diez años desde la fecha en que pudo intentarse. (7)

Esta determinación viene á establecer una excepción del principio sentado: no solamente la confesión ó la prueba basada en documentos bastan para fijar la filiación ilegítima, también el rapto y la presunción de concepción en el tiempo que estuvo la robada en poder del raptor, motiva la declaratoria de la paternidad ilegítima.

Pero debe entenderse que ha de preceder prueba sobre ella, porque como se ha dicho, la pena del rapto es la indagación de la paternidad, y la intención de castigarlo no sería causa suficiente para darle estado civil á un hijo de padre desconocido; sin que baste calificarse como un hecho evidente la paternidad por serlo el rapto, ó establecer aquella declaratoria como una consecuencia necesaria y pena de él, en razón de coincidir la época del rapto con la de la concepción y tiempo que estuvo la mujer en poder del raptor; según lo proponía el Tribunado francés.

El Código napoleónico que prohíbe la indagación de la paternidad, establece: que en caso de rapto, cuando la época en que se hubiere realizado corresponda proximately á la de la concepción, podrá ser el raptor declarado padre del niño á instancia de los interesados.

El italiano y holandés consignan iguales disposiciones.

El portugués admite la acción para la declaratoria de la paternidad ilegítima, en los casos siguientes:

1º Si existe escrito del padre declarando expresamente la paternidad:

2º Si el hijo ha sido reputado y tratado como tal por los padres, por su familia y por los extraños; y

(4) Art. 281 — Código Civil.

(5) " 282 — " "

(6) " 283 — " "

(7) " 284 — " "

3º En caso de estupro violento ó raptó que coincida con la fecha del nacimiento. Prohibiendo, casi en términos generales, intentar la acción después de la muerte de los padres.

Los Códigos suizos, en algunos cantones prohíben la acción de la paternidad; pero en la mayor parte de ellos la admiten, no produciendo en algunos casos mas efectos que el de una simple indemnización.

En España, según los intérpretes del derecho, se admite la investigación de la paternidad, y conforme al Código Penal la acción para ello, determinando sus efectos en los casos de raptó, estupro ó violación.

La ley inglesa faculta á la madre del hijo natural para intentar la acción contra el padre presunto, en el plazo de un año contado desde el parto ó desde el regreso del padre en caso de hallarse éste ausente del país, quien debe pasar una pensión al hijo hasta los trece años; y cuyas cuestiones se ventilan ante los jueces de paz.

En los Estados-Unidos se resuelven ante el jurado ordinario, que puede condenar al padre á pasar una pensión al hijo hasta la edad de diez años.

Los comentadores franceses, al tratarse del raptó, se han dividido en opiniones; sosteniendo algunos como Loéré, que éste debe ser ejecutado con violencia; otros, como Demol, que debe comprenderse también el ocasionado por seducción; y en fin hay otros como Zachariæ, que admiten esta opinión, pero que exigen el cambio del texto para expresar mejor el verdadero espíritu de la ley.

La nuestra, estando redactada en términos claros y precisos, no dá lugar á estas cuestiones, pues ella se refiere al raptó en general, señalando la menor edad en la mujer en caso de seducción.

Ella no solamente obliga al padre á suministrar al hijo los alimentos necesarios para su precisa subsistencia, en el presente caso, sinó también, en cuanto fuere posible, los que competan al rango social de la madre.

Establece la menor edad en caso de seducción, porque no interviniendo la fuerza, se supone ser aquel un acto voluntario de la mujer en su completo estado de libertad civil, que no puede acarrear ninguna clase de responsabilidades al raptor.

Pero como esta acción es personal y debe señalarse algún término para que espire, dejando de ser una constante amenaza contra el padre y los intereses de la familia, se han determinado diez años para su prescripción.

§ 3º

Modo de acreditar la maternidad ilegítima.

Como la madre tiene también la obligación de alimentar al hijo espurio, si ella negare serlo, será admitido al demandante á probarlo con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo.

La partida de nacimiento ó bautismo no servirá de prueba para establecer la maternidad. (8)

Aunque la maternidad es siempre cierta y notorio el parto y la identidad del hijo, como la madre guiada por un sentimiento inhumano ó por exceso de depravación, y talvez algunas veces impelida por el pudor natural que trata de encubrir una falta, niega al hijo espurio; para proveer á la subsistencia de éste, la ley le ha revestido del derecho de indagar la maternidad por medio de pruebas fehacientes sobre el hecho del parto, y su identidad.

En esta prueba no quedan excluidos los testigos, porque si lo estuviesen quedaría pendiente la futura existencia del hijo de la voluntad ó los caprichos de la madre, que teniendo intención de dejar este hecho en el misterio no lo revelaría en documentos ni por ninguna otra clase de medios. Si la paternidad ilegítima queda á merced de la confesión del varón y de sus propias revelaciones, por no ser necesarias y en atención á otras consideraciones de un orden superior, la ley no ha querido violar los preceptos de la naturaleza hasta el extremo de arrancar un hijo de los cuidados de la madre, único ser que por él debe interesarse y de quien depende inmediatamente. Las consideraciones que versan sobre el peligro de la admisión de testigos en los juicios de filiación, que con sus revelaciones inmorales derraman el escándalo en la sociedad y la difamación en la familia, deben posponerse á la naturaleza, por ser ellas de un orden puramente social. Estos inconvenientes pudieran evitarse, dándole el carácter de secreto á este juicio, á lo menos en la estación de las pruebas.

El Código francés establece, que el hijo que reclame á su madre, deberá probar que es precisamente la misma criatura que aquella dió á luz, y que esta prueba no se haga por medio de testigos si no en el caso en que ya haya un principio de prueba escrita. Esta misma disposición se consigna en los Códigos holandés, portugués, prusiano é italiano; pero ella deja en pié el inconveniente que hemos señalado y que nuestro Código trató de evitar, y principalmente cuando niegan la acción á los hijos adulterinos ó incestuosos para la indagación de la paternidad ó de la maternidad. El Código chileno reviste estos juicios del carácter de verbales, y secretos cuando el Juez lo creyere conveniente; negando la acción contra la mujer.

La simple partida de nacimiento ó de bautismo, no siendo mas que una referencia, no constituye una prueba fehaciente de la maternidad, y en un hecho trascendental como éste no debe admitirse como tal; por eso es que nuestra ley solo la acepta como una presunción de que debe partirse para probarla, por no tratarse aquí del orden regular de las familias.

El hecho del parto no bastaría por sí solo para fijar la filiación, sinó se comprobase al mismo tiempo la identidad del hijo nacido de él, con la del reclamante.

[8] Art. 286 — Código Civil.

§ 4º

Efectos de la justificación de ambas.

El principal efecto que produce la fijación de la filiación ilegítima, es la obligación de dar alimentos al hijo espurio por parte del padre y de la madre.

El hijo espurio no podrá pedir que su padre le reconozca, si no con el solo objeto de exigir alimentos. (9)

El hijo espurio tendrá derecho á que su madre le asista con los alimentos necesarios, si no pudiese obtener del padre la porción que éste deba suministrarle. (10)

El padre como ser mas fuerte y de mayores aptitudes es el primer obligado á alimentar al hijo, y en su defecto la madre. La ley no podía relevarle de esta obligación por ninguna clase de consideraciones sociales, como hemos dicho, porque ella propiamente no perturba el orden de la familia y de la sociedad, al tratarse solamente de proveer á la existencia del ser á quien se dá la vida, cumpliendo de esta manera con un sagrado deber que tiende á la perpetuidad del genero humano.

El segundo efecto que se origina de la filiación ilegítima es el cuidado de los hijos, sin el cual la existencia se hace imposible.

A la madre toca el cuidar personalmente de los hijos espurios sin distinción de edad ni de sexo, y á ella deben estos obedecer, respetar y servir en los términos de los artículos 218 y 219; sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos en los casos del artículo 222, ó en el de que, por ser mas conveniente á la mejor educación de los hijos, prefiera el Juez sacarlos del poder de la madre y confiarlos á otra persona ó personas competentes.

Pero la persona casada no podrá tener á un hijo espurio en su casa sin el consentimiento de su mujer ó marido. (11)

Los cuidados de la madre, mas indispensables que los del padre en la tierna edad, aunque el hijo esté especialmente sometido al padre, deben ser recompensados por el hijo con su respeto y obediencia y con sus desinteresados servicios, lo mismo que con sus cuidados en la ancianidad de la madre, ó demencia y en todas las circunstancias de la vida que los necesite, excepto cuando por su depravación se ha de temer que se perviertan, ó cuando el Juez prefiera confiarlo á otra persona. También cuando exceda de cinco años si hubiere padre reconocido; pero, ninguno de ellos, siendo casado podrá tener á un hijo espurio en su casa sin consentimiento del otro cónyuge, porque el disentimiento acarrearía el desorden y los sinsabores al hogar.

El deber de dar alimentos, como basado en la naturaleza, es recí-

(9) Art. 277 — Código Civil.
(10) " 285 — " "
(11) " 288 — " "

proco entre los padres y los hijos espurios: así es que pueden demandarlos los padres de los hijos; y la madre pierde este derecho cuando los ha abandonado en la infancia, por no debérselos, en razón de faltar la reciprocidad en este caso y merecer esta pena por su falta; por eso es que nuestro Código sienta: que el padre que conforme al artículo 281, inciso 1º haya reconocido al hijo espurio, ó que le haya alimentado voluntariamente, puede demandarle alimentos en su caso.

La madre puede también demandar alimentos de sus hijos espurios, á menos que estos hayan sido abandonados por ella en su infancia. (12)

Por la anterior disposición se ve, que también el padre pierde los alimentos cuando no confiesa serlo, y la declaratoria de paternidad forzada en razón de prueba rendida por el hijo; pues en este caso el padre deja de ser acreedor á la reciprocidad y cuidados del hijo.

A los padres no puede privárseles en ningún caso del derecho de visitar con libertad y frecuencia á los hijos espurios que no se encuentran en su poder, ni de corregirles moderadamente, ni de dirigir su educación ó elegir su estado; ni tampoco de la obligación de pagar los alimentos que otra persona les haya suministrado.

En toda resolución que tenga que dictar el Juez tratándose de hijos espurios, debe proceder breve y sumariamente, oyendo á los parientes de estos.

Así es que, las disposiciones de los artículos 225, 230 y 231 hasta el 239 inclusive, son aplicables á los padres ó hijos espurios en su caso. (13)

Según las leyes españolas, no solamente el padre y la madre tenían la obligación de criar y alimentar á los hijos espurios, sinó también los ascendientes de parte de madre en su caso y lugar, pero no los de parte del padre si no querían, porque la madre siempre es cierta y no así el padre: estos eran incapaces de suceder por testamento ó abintestato al padre directa ó indirectamente, haya ó no haya hijos legítimos; lo mismo que á la madre que tuviere descendientes legítimos, en cuyo caso solo podía asignarles la quinta parte de sus bienes; pero si no tenía hijos ó descendientes legítimos ó naturales, aunque hubiera ascendencia legítima, eran los espurios sus herederos forzosos ex testamento y abintestato; salvo el caso de ser sacrílegos ó adúlterinos.

La ley francesa sólo concede alimentos á los hijos adúlterinos ó incestuosos, de la misma manera que el Código chileno y el nuestro.

[12] Art. 287 — Código Civil.

[13] „ 289 — „ „

TÍTULO 15.

De la maternidad disputada.

SUMARIO.

Maternidad — Hechos que deben probarse en la impugnación — Personas que pueden impugnar —
Términos en que debe establecerse la acción.

§ 1°

Maternidad.

Ninguno de los Códigos anteriores había hecho un tratado especial sobre esta materia: nuestro Código siguiendo el método del chileno, y en atención á su importancia, la dedica un título especial; y de ella vamos á ocuparnos.

Maternidad es el hecho de ser una mujer verdadera madre del hijo que pasa por suyo.

La maternidad puede ser impugnada lo mismo que la paternidad, probándose falso parto ó suplantación del pretendido hijo al verdadero; así como en la paternidad, la no existencia de la cohabitación.

Nada hay que pueda traer mas perniciosas consecuencias, desórdenes y perturbaciones al seno de la familia que la suplantación de un hijo. En el matrimonio se usurpa un nombre que no pertenece al pretendido hijo, un cariño de que no debe gozar, y á veces títulos, honores y propiedades que no le corresponden, privando así á los verdaderos hijos de cuanto la ley les garantiza después del matrimonio, que confiere casi siempre obligaciones en contra de los parientes de la madre; ó se les priva de derechos asignados por la ley, llamando á compartir bienes á quien no puede tenerlos de ninguna otra manera.

La ley, pues, no ha podido pasar en silencio una falta de aquella naturaleza, ni ha debido someterla á los principios generales del derecho, por las consecuencias civiles que puede producir. Por eso es que nuestro Código dicta reglas especiales para rechazar ó impugnar la maternidad, porque también son distintos los móviles que impulsaron al legislador á prohibir la indagación de la paternidad y á permitir la de la maternidad.

La madre siempre es cierta: la filiación que se origina de ella descansa en el parto y en la identidad del reclamante con el producto de aquel: estos son hechos fijos y notorios, á ellos pues debe referirse la prueba de la impugnación.

Toda consideración que descansa en el sagrado de los misterios de la naturaleza, en el escándalo que tales investigaciones acarrea, cesa cuando se trata de dar al hijo los derechos que se derivan de la ma-

ternidad, ó negárselos, cuando ella por depravación ó por un sórdido interés falsea la filiación que se origina de ella misma.

En la impugnación no queda excluida la prueba testifical, porque si la ley ha tomado precauciones para evitar la vejación y la difamación que destruye el honor de una mujer, al tratarse de la indagación de la paternidad, razones que interesan á la justicia particular y la pública honestidad exigen que una vez verificado el parto se identifique su producto con el del reclamante, y esta prueba no puede hacerse de otra manera que por medio de testigos.

§ 2º

Hechos que deben probarse en la impugnación.

La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnado probándose falso parto ó suplantación del pretendido hijo al verdadero. (1)

En dos hechos puede estribar la falsa maternidad: en el parto y en la suplantación del hijo.

Como del nacimiento se originan varios derechos, con miras interesadas puede fingirse un parto que no ha existido ó suplantarse un hijo á otro; en este caso á los interesados corresponde impugnar la maternidad, justificando la falsedad del parto ó la suplantación del hijo.

Para aclarar esta materia ocurriremos á ejemplos, como han hecho otros comentadores. Una mujer estéril ó su familia, deseando apropiarse del rico patrimonio de un marido ó de la asignación de una cuota de un hombre con quien aquella ha tenido relaciones, fingen un parto, poniendo un hijo que no corresponde á la madre.

O á la inversa: un marido poseedor de bienes transmisibles á un tercero á falta de primogénito varón, ó cualquier otra persona, con el fin de apropiarse aquellos ó de obtener un derecho hereditario, suplanta el primero á la hija fruto del parto de su esposa con un varón de procedencia ajena; ó la segunda, á un hijo legítimo con cualquiera otro que no lo sea. En ambos casos ha habido falsedad en el parto ó suplantación de un hijo que no corresponde á la madre, dando el derecho de impugnación y realizándose el hecho de la maternidad disputada.

• § 3º

Personas que pueden impugnar.

Tienen el derecho de impugnar la maternidad :

1º El marido de la supuesta madre, y la misma madre supuesta

(1) Art. 290 inciso 1º — Código Civil.

para desconocer la legitimidad del hijo :

2º Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle á él ó á sus descendientes legítimos los derechos de familia en la suya: y

3º La verdadera madre, aunque ilegítima, para los efectos legales que determina este Código. (2)

También se concede esta acción á toda otra persona á quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria ó abintestato de los supuestos padre ó madre. (3)

Notorio es el interés que un padre ó madre legítimos tienen en la certeza de la legitimidad del hijo y por consiguiente en la fijación de la maternidad; lo mismo que sus sucesores. Lo es también el de la madre ilegítima por los derechos que adquiere su hijo, ya sea natural ó espurio; por lo mismo es muy extraña la omisión de nuestro Código en el presente título, al no comprender á los padres ilegítimos en la impugnación de la maternidad, cuando está obligado á dar alimentos á sus hijos y aun parte de sus bienes á los naturales en algunos casos; pudiendo fingirse un parto por la mujer con quien ha tenido una relación natural, ó suplantársele un hijo.

A ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto ó de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, ó para exigirle alimentos, ó para suceder en sus bienes por causa de muerte. (4)

Natural es que la ley castigue á los autores del fraude con la exclusión de todo derecho en los bienes que han tratado de sustraer del poder de sus legítimos dueños, y aun del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo á quien suplantaron. Este abandono y la mira interesada que revela el fraude, les hace indignos de la potestad patria y de los derechos que de ella se siguen.

§ 4º

Términos en que debe establecerse la acción.

El derecho de impugnar la maternidad, como acción que se refiere á un hecho ya establecido y que amenaza el de otras personas, debe ser prescriptible en plazo determinado. Así es que el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta para desconocer la legitimidad del hijo, no podrán impugnar la maternidad después de transcurridos diez años, contados desde la fecha del parto.

Con todo, en el caso de salir inopinadamente á luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir ó revivir la

(2) Art. 290, números 1º, 2º y 3º — Código Civil.

(3) „ 292, inciso 1º — Código Civil.

(4) „ 293 — „ „

acción anterior por un bienio, contado desde la revelación justificada del hecho. (5)

Siendo ésta una acción personal, derivada de un perfecto derecho en los padres legítimos, espira á los diez años, y se proroga por dos ó más cuando después de aquel término aparece á luz algún hecho incompatible con la maternidad, debiendo justificarse éste; porque entonces se hace notoria la falta de la maternidad.

Las demás personas perjudicadas actualmente en sus derechos á la sucesión de los supuestos padre ó madre tienen el derecho de impugnar la maternidad en el término de sesenta días, contados desde aquel en que hubiesen sabido el fallecimiento de los dichos padre ó madre, si están presentes, ó desde su regreso en ausencia. (6)

El derecho de estos es secundario y por lo mismo prescribe en menos tiempo, él tiende solo á perseguir un interés pecuniario, mientras que el de aquellos se encamina á establecer un hecho de filiación.

La prescriptibilidad de la acción que se refiere á impugnar la maternidad, se funda, en que solo entraña un interés privado, debiendo contenerse en límites fijos; á diferencia de lo que sucede en la reclamación de la legitimidad del hijo, cuya acción es imprescriptible, por interesar al orden público y á la estabilidad de las familias que se establezca el estado civil de las personas.

(5) Art. 291 — Código Civil.

(6) „ 292, inciso 2º — Código Civil.

TITULO 16.

De la habilitación de edad.

SUMARIO.

Qué se entiende por habilitación de edad — A quienes puede otorgarse — Condiciones de su otorgamiento — Efectos que produce.

§ 1º

Qué se entiende por habilitación de edad.

Con mucha razón se ha notado la falta de método observado en el Código, al colocar este título á continuación del anterior con el cual no tiene ninguna relación, debiendo aparecer mas propiamente á continuación del título 11 que trata de la emancipación, porque la habilitación de edad la suple en ciertos casos.

Lo comentaremos aquí, siguiendo el método establecido.

La habilitación de edad es un privilegio concedido á un menor para que pueda ejecutar todos los actos judiciales y extrajudiciales, y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiun años, excepto aquellos actos ú obligaciones de que la ley le declara incapaz. (1)

Por ella sale un menor de la potestad del padre, y de la autoridad del curador en los actos administrativos de sus bienes y en la representación judicial, quedando exceptuadas algunas obligaciones y actos en que la ley le declara expresamente incapaz.

Así es que, le está vedado la enagenación ó hipoteca de sus bienes raíces, y la aprobación de las cuentas de su curador, sin autorización judicial: el ser albacea, tutor ó curador: el casarse sin el consentimiento de sus padres ó ascendientes legítimos; ni hacerlo, siendo mujer, con el que fué su curador si la cuenta de la administración de éste no ha sido aprobada en forma legal.

Esta institución se debe al derecho romano de donde la han tomado otras legislaciones, aunque no ha sido adoptada generalmente por los Códigos modernos.

Según las leyes españolas, el menor casado podía administrar su hacienda y la de su mujer menor habiendo entrado á la edad de diez y ocho años; y el varón mayor de veinte años y la mujer mayor de diez y ocho podían obtener dispensa de edad para administrar sus bienes sin autoridad de curador, acreditando idoneidad; y aunque eran libres para los actos y contratos relativos á la administración, no podían ena-

[1] Art. 294 -- Código Civil.

genar en ningún caso los inmuebles sin decreto judicial, ni presentarse en juicio sin curador *ad-litem*; conservando siempre el privilegio de restitución.

Y con el nombre de *gracias al sacar*, el rey resolvía todas las instancias sobre dispensas de edad para administrar los bienes, según se deja ver en la Novísima Recopilación.

En Holanda, la emancipación puede concederse á los menores de diez y ocho años por una declaración ante el *juri* del cantón; y á los veinte años declararse mayor por sentencia del alta corte, confirmada por el rey.

En Cerdeña, un consejo de familia habilita al menor de diez y ocho años que se encuentra en curatela, para la administración de sus bienes; pues los que están bajo de la patria potestad, solo pueden salir de ella por la emancipación.

En varias de las repúblicas de la América del Sur existen en esta materia disposiciones análogas á las de la ley española, haciéndose por el juez la habilitación.

En Venezuela, la corte superior emancipa á los casados de diez y ocho años y á los solteros de veinte, sin que se verifique *ipso jure* por el matrimonio.

Según nuestro Código, los varones casados que han cumplido diez y ocho años obtienen habilitación de edad por el ministerio de la ley.

En los demás casos la habilitación de edad es otorgada por el Juez de 1ª Instancia respectivo, á petición del menor. (2)

§ 2º

A quienes puede otorgarse.

Cuando la emancipación es judicial y no se efectúa por ministerio de la ley, solo se otorga á los solteros menores de diez y ocho años y que no lleguen á veintiuno, y los cuales no sean hijos de familia, aunque se encuentren bajo la guarda de un curador.

La mujer que vive bajo la potestad marital, aunque separada de bienes; los hijos de familia, y los menores de diez y ocho años, aunque estén emancipados, no pueden obtener la habilitación de edad. (3)

Las razones en que se fundan estas disposiciones son notorias: el menor que ha cumplido diez y ocho años, que se encuentra en el desarrollo completo de su razón y con la aptitud necesaria para administrar sus propios bienes, no estando bajo la potestad de un padre que le emancipe con tal fin, tiene que ocurrir al medio judicial de la habilitación de edad para obtener su completa personalidad civil, y poder llenar la misión social que á cada individuo corresponde; pero si el menor en esta misma edad es varón y casado, la ley le habilita *ipso jure*,

[2] Art. 295 — Código Civil.

[3] „ 296 — „ „

por ser indispensable á la fundación y mantenimiento de la familia, al incremento de la propiedad y á los intereses sociales en general, la emancipación del jefe de ella de toda clase de potestad ó autoridad privada.

A la inversa, los hijos de familia solteros y la mujer casada, estando bajo la potestad de otra persona y no habiendo razones de un orden superior que exijan su emancipación, no podrán obtener la habilitación de edad, de la misma manera que los menores de diez y ocho años, por falta de aptitud y del desarrollo indispensables para manejarse por sí mismos.

§ 3º

Condiciones de su otorgamiento.

Siendo de bastante trascendencia la habilitación de edad, porque ella pone fin á la patria potestad en algunos casos, como la emancipación, si es legal; y en otros á la curaduría del menor, si es judicial, la ley revisa de algunas formalidades este paso, y exige algunas condiciones al reclamante.

La primera, como se ha visto, es que haya cumplido la edad de diez y ocho años: la segunda, que tenga honradez é idoneidad; y la tercera, que el Juez proceda sumariamente con audiencia del curador del menor ó de un especial nombrado para este caso, y de sus parientes. (4)

La capacidad y la honradez que deben justificarse en la prueba, son garantías indispensables que la ley otorga á los bienes del menor para afianzar su estabilidad; y la opinión de sus parientes é intervención de un curador, necesarios para darle validez al acto de habilitación.

Nuestra ley de procedimientos no exige otra cosa en estos juicios, que el acompañamiento de la partida de nacimiento á la solicitud, un traslado de tres días al curador, la audiencia de los parientes del menor, un término de ocho días de prueba y la resolución dentro de los tres días siguientes.

La ley chilena de 13 de Agosto de 1859, á mas de requerir la edad de veintiun años en el solicitante, como el Código Civil, exige que el Juez cite á los parientes del menor por el término de treinta días, y eligiendo cinco de ellos les pedirá informe sobre el objeto de la acción: estos con la concurrencia del curador y defensor de menores, informarán sobre la aptitud del menor para la administración de sus bienes, tomando en cuenta su moralidad, conocimiento y buen juicio: este informe se extenderá en un acta suscrita por el Juez, los informantes y el escribano; no habiendo en la audiencia persona que informe en sentido contrario, se concederá la habilitación al menor. Si el informe es con

[4] Arts. 297 — Código Civil y 757 Pr.

trario se le niega : en caso de discordancia prevalece el juicio de los ascendientes, y si estos no están conformes entre sí, el Juez resuelve lo que le parezca mas conveniente. Caso de negativa, conoce de la reclamación, verbal y sumariamente, la corte de apelaciones.

§ 4°

Efectos que produce.

La habilitación de edad, cuando es legal, pone fin hasta á la patria potestad, como hemos dicho; y la judicial á la curaduría del menor; aunque ella no se extiende á los derechos políticos. (5)

Pero aunque el menor en este caso asuma por completo su personalidad, y aunque la ley ya no le conceda el odioso privilegio de restitución *integrum*, como la española, mas perjudicial que favorable á los intereses del menor, ella vela constantemente por los mas valiosos bienes del menor, en pró de su estabilidad, exigiendo que no pueda enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial y sin que se verifique en pública subasta; ni que apruebe las cuentas de sus guardadores sin la misma intervención del Juez.

Estos requisitos y la publicidad son garantías bastantes para evitar los errores del menor y los perjuicios que pudieran originársele de sus cálculos desacertados, alejando ellos por otra parte el temor que los extraños podrían abrigar al negociar con él.

Así es que prescribe : que el menor habilitado de edad no podrá enajenar ó hipotecar sus bienes raíces, ni aprobar las cuentas de su tutor ó curador, sin previa autorización judicial; ni se concederá esta autorización sin conocimiento de causa.

La enajenación de dichos bienes raíces, autorizada por el Juez, se hará en pública subasta. (6)

Al referirse la ley en este caso á que el Juez proceda con conocimiento de causa, debe entenderse la necesidad de la prueba de las causas en que se funda la solicitud, esto es, la utilidad y necesidad que tenga el menor de vender ó gravar los bienes inmuebles, de la misma manera que se ha establecido para proceder á verificarlo el tutor ó curador, padre, madre ó marido para la venta de los bienes raíces del pupilo, hijos ó mujer, para gravarlos con hipotecas ó servidumbres.

[5] Arts. 298 y 299 — Código Civil.

[6] „ 300 — „ „

TITULO 17.

De las pruebas del estado civil.

CAPITULO I.

Disposiciones preliminares.

SUMARIO.

Antecedentes y naturaleza actual del registro — Autoridades encargadas de llevarlo — Requisitos que se observan en él — Responsabilidades.

§ 1º

Antecedentes y naturaleza actual del registro.

Nuestro Código en esta parte sigue un método superior al del francés que consigna esta materia á continuación de la pérdida de los derechos civiles, á diferencia del nuestro que se ocupa, primero de la persona, base de la familia, y en seguida de la familia, base de la sociedad.

El presente título establece los medios de probar el estado de la persona en la familia y en la sociedad, por derivarse de él múltiples y variados derechos que corresponde á la ley afianzar.

Muy moderna es la institución del registro civil: sus actas estaban limitadas en casi todos los países de Europa y América á los libros parroquiales, en que se consignaban los acontecimientos mas importantes de la vida del hombre, el nacimiento, el matrimonio y la muerte, sin hacer referencia á otros hechos que varían el estado civil de las personas, como la legitimación, adopción, emancipación, interdicción, &c.

La necesidad de distinguir y conservar la memoria de las familias, desde tiempos remotos había obligado á todos los pueblos civilizados á establecer registros públicos en que se anotaba el nacimiento, el matrimonio y la muerte de los ciudadanos; sin que haya una sola época histórica en que se haya desatendido esta exigencia del interés público, aunque no siempre se hubiera tenido en mira la clasificación de los diversos estados de la persona en el orden civil.

La organización de la familia, los múltiples derechos y deberes que de ella nacen y las relaciones entre sus individuos, carecían propiamente de las garantías que para actos menos solemnes é importantes habían establecido ya las leyes modernas. El individuo y la sociedad estaban, pues, interesados en que se operara una reforma á este respecto.

Fué la Francia la primera que, con el espíritu innovador que la comunicaran las ideas dominantes en su época revolucionaria, estableció el registro del estado civil, que han adoptado muchas naciones modernas

partícipes del cambio producido por la revolución francesa en la condición actual de los pueblos de Europa y América.

Ya se hacía preciso una nueva forma en los registros del estado civil, tan imperfectos y tan incompletos, principalmente los parroquiales, que tendían mas á llenar fines puramente religiosos, que á asegurar los importantes actos de la condición social y las relaciones civiles del ciudadano; creciendo de punto esta necesidad en aquellos países donde la Iglesia ha sido separada del Estado, como sucede entre nosotros.

Nuestro Código define el estado civil, como la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles. (1)

§ 2º

Autoridades encargadas de llevarlo.

El alcalde municipal de cada población y su secretario estarán encargados de llevar el registro del estado civil de las personas.

Para este registro se formarán tres libros, uno de nacimientos, otro de matrimonios y el tercero de defunciones.

Estos libros serán costeados por los fondos municipales de la respectiva población. (2)

Si los acontecimientos mas importantes en la vida del hombre son el nacimiento, el matrimonio y la muerte, porque el primero establece la filiación de la persona, su origen, sus derechos en la familia y el principio de su edad; el segundo su estado social, la legitimidad de los hijos y los derechos que se derivan de ella; y el tercero la trasmisión hereditaria, el fin del poder patrio y marital, y de la capacidad de adquirir; hay otros actos no menos importantes que influyen en el estado civil de las personas, como son las interdicciones, el reconocimiento de los hijos naturales y su legitimación, la emancipación y habilitación de edad, que debieran consignarse en las actas del registro civil, como lo ha hecho España y posteriormente Méjico.

Por eso es que creemos hasta la vez imperfecta la determinación de nuestro Código que, en atención á la libertad de cultos establecida en el país, ha creado el registro civil, siguiendo las prescripciones del Código francés y el chileno que la limitan á los tres actos indicados.

Siendo la autoridad civil la única que puede resolver sobre la existencia ó alteración del estado civil de las personas, natural es que á ella corresponda la conservación de estos registros, porque ella también es la encargada de proteger el estado de las personas y los derechos que de él se derivan, como decía Portalís en la discusión del proyecto del Código napoleónico.

En Roma según el Digesto, los registros del estado civil estaban

(1) Art. 301 — Código Civil.

(2) " 302 — " "

confiados á escribanos especiales bajo la inspección de los pretores; pero extinguido el imperio, tales registros quedaron á cargo de la Iglesia para hacer constar el bautismo, el matrimonio y la sepultura dada á sus adeptos.

Tan exclusivo objeto y tan imperfecto sistema reclamaban del Estado una pronta reforma, que se operó desde el siglo XVI en Francia, según el testimonio de Saint Joseph, quien asegura que el derecho de llevar los registros del estado civil nunca ha sido disputado al poder político; pues Francisco I^o usó de él en su ordenanza de Blois en 1579; Luis XIV en la ordenanza de 1667, y en fin Luis XV en la célebre declaración del canciller d'Aguesseau del 9 de Abril de 1736, que exigía dos originales de los registros, uno para la parroquia, y otro para la notaría de la prefectura. La asamblea constituyente, al quitar al clero los registros del estado civil, redujo las principales disposiciones de la ordenanza de 1736 en la ley de 27 de Setiembre de 1792, la cual sirvió de base á los artículos 34 á 101 del Código Napoleón.

Actualmente están á cargo de oficiales del estado civil estos registros en Francia, como en Bélgica, Holanda, Italia, Grecia, Inglaterra, Venezuela, Centro-América, Perú, Portugal, Méjico donde las actas son relativas al nacimiento, reconocimiento de hijos, tutela, emancipación, matrimonio y muerte de todos los mejicanos y extranjeros residentes; y en España donde hay tres clases de registros, el de la Dirección general, el de los jueces municipales, y el de los agentes diplomáticos y consulares en territorio extranjero, en los cuales no solo se consigna el nacimiento, matrimonio y defunciones, sinó también la adopción, legitimación de los hijos, interdicciones y todos los actos que fijan ó alteran el estado civil de las personas.

Según nuestro Código, también los agentes diplomáticos y consulares de la República en el extranjero llevarán un registro de los nacimientos, matrimonios y defunciones de salvadoreños residentes ó transeuntes en los países en que aquellos estén acreditados; y cada año remitirán al Ministerio de Relaciones Exteriores, copia certificada de las partidas que consten en sus libros. (3)

En algunos países como sucede en Chile, creyéndose que los párrocos no podían reemplazarse ventajosamente con otra clase de empleados del orden civil, se han dejado los registros á cargo de aquellos, sin renunciar la atribución que tiene el Estado de reglamentarlos é inspeccionarlos; y en otros se ha adoptado un sistema mixto, en que los párrocos y la autoridad civil llevan sus registros respectivos.

§ 3^o

Requisitos que se observarán en él.

Cada una de las partidas de los libros será firmada por el alcalde y su secretario. Si el alcalde no supiere firmar lo hará otra persona en

(3) Art. 308 — Código Civil.

nombre de él. Las partidas se extenderán en lenguaje claro, sin abreviaturas ni números, unas en pos de otras sin dejar blanco entre ellas; y sin que la autoridad pueda cobrar ningún derecho de registro, sino es un peso por cada certificación que extienda, la cual llevará también la autorización del alcalde y el secretario. (4)

Y en atención á la importancia de estas actas en las cuales consta el estado civil de las personas, del cual se derivan varios de sus derechos que tienen necesidad muchas veces de justificar; toda persona tiene el deber de leer ó enterarse de las partidas de registro que le interesen, y de pedir las certificaciones que le convengan. (5)

Con el fin de darle publicidad á estos actos que pueden afectar en algunos casos los derechos de tercero, y estando la sociedad generalmente interesada en su conocimiento, porque de ellos depende la organización de la familia y las relaciones de sus individuos; todo alcalde está obligado á pasar al Gobernador del Departamento el día último de cada mes, un estado que indique el número de matrimonios, y el de los nacidos y muertos con separación de sexos, que haya registrado dentro de un mes. El Gobernador, con presencia de estos estados, formará otro en los primeros quince días de cada año para remitirlo al Gobierno, que comprenda á los nacidos y muertos y los matrimonios habidos durante el año transcurrido en cada una de las poblaciones del Departamento.

En el Ministerio de Gobernación se formará el estado general que abrace toda la República y se publicará en el periódico oficial. (6)

En Francia, Méjico y España hay leyes especiales que de una manera detallada reglamentan las operaciones del registro, lo que dá á estos mayor importancia y exactitud, por ser difícil y aun impropio que en un Código se consignen estos detalles.

§ 4º

Responsabilidades.

Todos los encargados de llevar los libros de registro civil, serán responsables de los daños y perjuicios que se sigan á los interesados por la omisión de alguna de las partidas que haya debido consignarse ó por no asentarla en la forma debida. (7)

Natural es que haya una persona responsable á los perjuicios que se irroguen por la omisión de las partidas del estado civil, por los múltiples derechos y deberes que de él nacen, y ninguno otro puede ser culpable de estas omisiones si no es la autoridad encargada de la custodia del registro.

En Francia el Fiscal del tribunal de 1ª instancia vigila el estado de

[4] Arts. 303, 304 y 305 — Código Civil.

[5] " 306 — " "

[6] " 307 — " "

[7] " 309 — " "

los registros que se hallan depositados en la escribanía, formando en caso necesario expediente verbal sumario para denunciar las faltas ó delitos cometidos por los oficiales del estado civil y pedir contra ellos las multas correspondientes; sin perjuicio de la indemnización de daños irrogados á las partes por la alteración, falsedad ó informal inscripción de las actas del estado civil; y las responsabilidades consiguientes.

El Reglamento de Méjico castiga con multas y hasta con destitución á los jueces del estado civil por las infracciones que cometan.

De esta sanción penal carece el Código chileno, porque no existiendo mas que los registros parroquiales, el Estado no ha podido garantizarlos con ella, y por consiguiente aquellos actos que constituyen el estado civil, que modifican la situación del individuo y que al mismo tiempo que le garantizan le imponen restricciones, han quedado fuera del amparo de la ley.

CAPITULO II.

Del registro de nacimiento.

SUMARIO.

Personas encargadas de poner en conocimiento de la autoridad el nacimiento de un hijo — Requisitos que deben observarse en el registro.

§ 1º

Personas encargadas de dar aviso á la autoridad.

Todo padre legítimo de un recién nacido está obligado á poner en conocimiento del alcalde municipal del lugar, á mas tardar dentro de los quince días siguientes al nacimiento:

- 1º El nombre y sexo del recién nacido:
- 2º El día en que se verificó el nacimiento:
- 3º Los nombres y apellidos del padre y de la madre.

Á falta del padre tendrá la misma obligación la madre, y á falta de ésta, los parientes del recién nacido que vivan en la misma casa. (8)

Todas las legislaciones han tenido el cuidado de hacer constar el momento del nacimiento de las personas, señalando un término fijo para su declaratoria, y aun exigiendo la presentación del recién nacido á la autoridad encargada del registro del estado civil, para hacer constar en él tan importante y trascendental suceso, y para evitar las suplantaciones, porque siendo el nacimiento el acto que determina la existencia del hombre y el principio de la capacidad jurídica, se hace preciso fijar el momento en que se verifica, para determinar las relaciones jurídicas del recién nacido con la sociedad á cuyo seno ingresa.

[8] Art. 310 — Código Civil.

Siendo, pues, éste un acto tan importante, nos parece muy diminuto nuestro Código en esta parte, al dejar á cargo de solo los padres y parientes del recién nacido la denuncia de este hecho, sin admitir á otra clase de personas ó apoderados que en imposibilidad de aquellos pudieran hacerlo; como lo establecen los reglamentos del registro civil de Francia, España y Méjico, principalmente al tratarse de expósitos, cuyas actas se autorizan también con la firma de las partes ó apoderados.

Si el recién nacido fuere hijo ilegítimo corresponde á la madre, y en su falta á los parientes que vivan en la misma casa el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo anterior, pudiendo entonces omitirse el nombre del padre. (9)

Aunque esta disposición está viciada con los mismos defectos, ella llena un fin altamente honesto, encubriendo el nombre del padre natural que hasta la vez no lo es propiamente, porque no ha precedido el requisito del reconocimiento, y cuyo nombre en este caso no es indispensable en el registro.

§ 2º

Requisitos del registro.

La partida de nacimiento se extenderá inmediatamente en el libro respectivo. (10)

Cuando se trata de inscribir el nacimiento de dos niños gemelos, se extenderá una inscripción para cada uno, indicando la hora en que nacieron ó expresando que no fué conocida. (11)

Siendo indispensable para la prueba del estado civil de cada persona el registro del nacimiento, la ley ha querido que se haga separadamente y con la brevedad que el caso requiere, para que no se omita tan importante requisito.

Y como de la muerte de aquellas se originan otros derechos, la ley que vela por los intereses del hombre desde que nace hasta que muere, ha querido que la muerte del recién nacido no exima de la obligación de registrar el nacimiento, como debe registrarse también la defunción. (12)

CAPITULO III.

Del registro de matrimonios.

Las partidas de matrimonio se asentarán en el libro respectivo, y comprenderán :

-
- (9) Art. 311 — Código Civil.
(10) " 312 — " "
(11) " 314 — " "
(12) " 313 — " "

1° El nombre y apellido, edad, profesión ú oficio de cada uno de los cónyuges :

2° Los nombres y apellidos de sus padres si fueren legítimos, ó de su madre ilegítima:

3° Los nombres y apellidos del funcionario que autorizó el matrimonio y de los testigos que lo presenciaron ;

4° El día en que fué celebrado el matrimonio.

Los cónyuges comunicarán estos datos al alcalde del lugar dentro de los ocho primeros días siguientes al matrimonio. (13)

En el registro civil francés se consignan las actas de matrimonio, que contienen los nombres, apellidos, profesiones, edad, lugar del nacimiento y domicilio de los esposos; si son ó no mayores de edad; los nombres, apellidos, profesión y domicilio de los padres; el consentimiento de estos, de los abuelos ó el de la familia en el caso en que sea necesario; las peticiones del consejo de los padres si las hubiere; los edictos en los diversos domicilios; las oposiciones si las hubiere, su levantamiento ó mención de no haber oposición; la declaración de los contrayentes de tomarse mutuamente por esposos, y la declaración de su unión por el oficial público; los nombres, apellido, edad, profesión y domicilio de los testigos y su declaración si son parientes ó afines de las partes y el grado de parentesco.

Casi iguales disposiciones se consignan en el Código y Reglamento de registro civil mejicano.

CAPITULO IV.

Del registro de defunciones.

Las partidas de defunciones deberán contener :

1° El nombre y apellido, edad, sexo, estado y domicilio del muerto :

2° El nombre y apellido del cónyuge si era casado : el día y hora en que hubiere acaecido la muerte, y si ésta ha sido natural ó violenta ;

3° El nombre y apellido de los padres legítimos del muerto, ó de la madre ilegítima. (14)

Goyena dice : que la ley que vela sobre nosotros desde el momento de nuestro nacimiento, nos acompaña hasta la muerte y nos protege aun en la tumba. Por la muerte entra á representarnos otro en nuestros derechos y obligaciones ; conviene pues fijar con toda certeza y autenticidad este hecho importante.

La ley del registro civil francés prescribe: que el acta de defunción se redactará por el oficial del estado civil, previa declaración de dos testigos, que serán si es posible los dos parientes mas próximos ó vecinos, ó cuando una persona haya muerto en casa ajena, el dueño de ésta y un pariente ú otro que no lo sea; conteniendo los nombres, apellido,

(13) Art. 315 — Código Civil.

(14) „ 316 — „ „

edad, profesión y domicilio de la persona que haya fallecido; los nombres y apellido del cónyuge supérstite ó premortuo si el fallecido era casado ó viudo; los nombres y demás condiciones referidas de los declarantes, y si son parientes su grado de parentesco; y si es posible los nombres, apellidos, profesión y domicilio de los padres del fallecido y el lugar de su nacimiento.

El registro mejicano establece: que los jueces de registro civil lleven un libro de boletas de inhumaciones que tengan sus respectivos talones. En las boletas, además de las generales de la persona cuyo cadaver ha de inhumarse, se asentará el cementerio en donde se ha de verificar la inhumación, la clase de sepultura y el precio de ella, dejando en el talón una copia de la boleta que firmará la persona que la saque, y si no supiere firmar lo hará el Juez á presencia del interesado.

Los datos expresados en el artículo anterior, serán comunicados al alcalde por las mismas personas y en el mismo término señalado en el artículo 310. Tiene igual obligación el jefe de familia en cuya casa se verifique el fallecimiento de una persona extraña. (15)

Todo el que encuentre un cadaver fuera de habitación ó en una casa sin habitantes, deberá participarlo al alcalde municipal dentro de veinticuatro horas á mas tardar, y este funcionario se informará de los datos que ha de contener la partida de defunción y la asentará en el libro respectivo en el término de ocho días. (16)

En caso de muerte de una persona en hoteles, mesones, casa de huéspedes, colegios, cuarteles ó cárceles, darán cuenta al alcalde para que asiente la partida de defunción, el que gobierna la casa ó establecimiento, el jefe del cuerpo acuartelado ó el alcaide de la carcel. (17)

Iguales disposiciones se consignan en la ley de registro civil francesa, con la diferencia de que cuando el fallecimiento tiene lugar en hospitales ó en establecimientos públicos, el oficial del estado civil se trasladará al lugar para asegurarse de su certeza, levantando allí el acta de defunción con las declaraciones que reciba y los demás datos que recoja. para remitirla al último domicilio de la persona fallecida con el fin de que se inscriba en sus registros.

Pero cuando haya señales ó indicios de muerte violenta ó sospechosa, no se hace la inhumación sinó después que un oficial de policía asistido de un doctor en medicina ó cirujía, haya formado expediente acerca del estado del cadaver y de las circunstancias á ello relativas, consignando el nombre, apellido, edad, profesión, nacionalidad y domicilio del muerto.

Respecto de los que murieren en campaña ó en algún combate en el territorio de la República, es obligación del que tenga el mando de la fuerza, si estuviere al servicio del país, dar noticia al alcalde del lugar de las muertes ocurridas en ella, para que este funcionario asiente las partidas correspondientes.

En cuanto á las muertes que acaecieren en fuerzas militares que

[15] Art. 317 — Código Civil.

[16] " 318 — " "

[17] " 319 — " "

operen fuera de la República, y de personas domiciliadas en ésta, el jefe dará la noticia respectiva al Comandante general de la República, para que éste ordene el asiento de las partidas de defunción en los lugares del último domicilio de los muertos. (18)

La ley francesa con mayores detalles se ocupa también de esta materia y aun de los matrimonios que contraigan los militares en actual servicio, encargando el registro á los jefes de cada cuerpo. También ordena que se levanten actas de defunciones á los capitanes de buques, cuando ocurran en alta mar, asentándose á continuación á la vista de la tripulación, y dejando dos copias de ella en el primer puerto á que arriben, para que el oficial del estado civil de la inscripción marítima remita otra copia al del domicilio de la persona fallecida.

CAPITULO V.

Disposiciones generales.

SUMARIO.

Pruebas del estado civil — Prueba supletoria — Impugnación de la prueba — Legítimos contradic-
tores — Efectos del fallo sobre el estado — Sanción penal.

§ 1º

Pruebas del estado civil.

Ocupándonos de las personas en la posesión legal que ocupan en la familia y en la sociedad, la cual constituye lo que propiamente se llama el estado civil, lo habíamos definido como la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles, porque de ella nacen las relaciones de derecho de las cuales se originan estos.

El desarrollo actual de la teoría sobre el registro civil reconoce propiamente como primer término el Código napoleónico, del cual la han tomado todas las legislaciones modernas; pues aunque las leyes romanas establecían el estado de familia junto con el político y social que reconocían en el hombre, no habían fundado los registros indispensables para su comprobación.

Nuestro Código, siguiendo el ejemplo del chileno, ha sujetado al registro el nacimiento, el matrimonio y la defunción, olvidando otros actos importantes que establecen y modifican el estado civil, como ya lo hemos expresado al tratar sobre estos actos simplemente y ocuparnos exclusivamente de su prueba.

El estado civil de casado ó viudo, y de padre ó hijo legítimo podrá

[18] Art. 320 — Código Civil.

probarse por las respectivas partidas de matrimonio, de nacimiento, y de muerte.

El estado civil de padre ó madre ó hijo natural deberá probarse por el instrumento que al efecto haya otorgado el padre, según lo dicho en el título de los hijos naturales.

El estado civil de padre ó madre ó hijo espurio deberá probarse conforme á lo dispuesto en el título 14 de este libro.

La edad y la muerte podrán probarse por las respectivas partidas de nacimiento y de muerte. (19)

Establecido el registro para la comprobación del estado civil, solo las certificaciones de sus partidas pueden calificarse como documentos auténticos para este objeto; pero hay casos en que no basta una sola partida para la comprobación del estado: así es que al tratar de probar una persona que es casada, le basta la partida de matrimonio; pero para hacerlo sobre su viudez, necesita á mas de ésta, de la de muerte del otro cónyuge.

El estado de padre legítimo se comprueba con la partida de nacimiento del hijo y la de matrimonio de él; y el de hijo legítimo también con ambas, pues con solo la de nacimiento apenas se justificaría la edad, no habiendo en ella mas que una referencia de la legitimidad del padre.

Pero no bastan estas partidas del registro para probar el estado del hijo natural ó del padre ó madre natural, porque originándose esta filiación de un acto voluntario de ambos, que debe constar en instrumento público, éste es el único título de su justificación.

Lo mismo que el de padres ó hijos espurios, que depende de la confesión de aquellos ó de la prueba rendida, y por consiguiente de la resolución que recaiga á este respecto.

Se presumirá la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, estando en la forma debida. (20)

§ 2º

Prueba supletoria.

La falta de los referidos documentos podrá suplirse en caso necesario por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil. (21)

La ley no ha querido sujetar á las eventualidades de la omisión, alteración ó pérdida de los registros todos los derechos que emanan del estado civil de las personas, ni tampoco salvar de las obligaciones que ella misma impone al hombre en el estado de familia; por esto es

[19] Art. 321 — Código Civil.

[20] " 322 — " "

[21] " 325 — " "

que establece tres modos de suplir aquella prueba, en falta de los documentos del registro: la presentación de otros documentos auténticos: las declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos relativos al estado civil; y la posesión notoria de éste.

Si en una escritura pública confiesa una persona que es padre legítimo de otra, este documento bastaría para justificar la legitimidad del hijo, no obstante el derecho de impugnación. Si otra persona justifica con testigos que han presenciado su matrimonio, por falta de registro debe entenderse comprobado su estado de casado. Si otra justifica que aquella á quien designa como padre natural le ha tratado siempre como tal, debe tenerse también como justificada su filiación natural.

La posesión notoria del estado civil se probará con un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, ó la pérdida ó extravío del libro ó registro en que debiera encontrarse. (22)

Varios son los casos de posesión notoria del estado civil y las circunstancias que deben acompañarle, los cuales pudiéramos presentar; pero por vía de ejemplo consignaremos aquí los dos que trae nuestro Código.

La posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese caracter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general. (23)

La posesión notoria del estado del hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese caracter á sus deudos y amigos; y en que estos y el vecindario de su domicilio en general le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres. (24)

Pero no basta que los testigos se refieran á todos estos actos que evidencian la posesión del estado civil de una persona, sinó que ellos deben haberse repetido por un término dado, para que se tengan como indicio concluyente del hecho que se averigua.

Así es que, para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de él, deberá haber durado diez años continuos, por lo menos. (25)

Hay casos en que no puede suplirse la prueba con documentos ni testigos y que se hace preciso fijar la edad de la persona para la ejecución de actos ó el ejercicio de cargos que requieren una determinada, entonces el Juez con el dictamen de facultativos ó de personas idóneas, les fijará una edad media entre la mayor y la menor que parecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físico del individuo. (26)

[22] Art. 329 — Código Civil.

[23] " 326 " "

[24] " 327 " "

[25] " 328 " "

[26] " 330 " "

El Código francés, al tratarse de asiento de nacimiento con nombres falsos ó de hijos de padres desconocidos, admite la prueba de filiación por medio de testigos, pero sin exigir que sean conocidos, y solo en el caso de que haya un principio de prueba documental, ó cuando las presunciones ó indicios que resulten de hechos que desde luego constan, son por sí bastante graves para determinar la admisión. Aceptando como tal principio de prueba escrita los títulos de familia, los libros y papeles particulares de los padres, los actos públicos ó privados de los contendientes ó de los que tuvieren interés en la cuestión.

El nuestro ha tomado mayores precauciones sobre este punto al exigir documentos auténticos ó la prueba de testigos presenciales de actos que hacen presumir el estado de la persona por un dilatado término, evitando de esta manera el fraude y la facilidad de indebidas especulaciones; al mismo tiempo que no obstaculiza la prueba testifical exigiendo un principio de prueba escrita, y dejando por otra parte todavía el recurso de la posesión notoria del estado civil, para garantizar por completo los derechos de la persona.

§ 3º

Impugnación de la prueba.

Podrán rechazarse los documentos que acrediten el estado civil aun cuando conste su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona á que el documento se refiere y la persona á quien se pretenda aplicar. (27)

La impugnación puede referirse á tres circunstancias que vicien el documento, por su forma, por la falsedad de la relación en el contenido, ó por no ser la misma persona aquella que pretenda aprovecharlo, con la referida en el documento.

Si la partida no está extendida en la forma que la ley prescribe, no tiene ninguna fuerza legal.

Según el derecho francés las actas del estado civil pueden rectificarse; pero aquí no se trata de este punto, si no de la oposición á las que se presenten ya como prueba.

Siendo estas actas una simple relación hecha por las personas que la solicitan, sin una comprobación evidente del hecho relacionado, la ley no ha querido darles mas que un valor relativo y que ellas constituyan la prueba del estado civil mientras no sean impugnadas.

Si se comprueba que la persona que pretende utilizar el documento no es la misma á que éste se refiere, el documento queda rechazado, porque él no garantiza la veracidad de su relato en ninguna de sus partes, así es que haciéndose constar la falsedad de la declaración en el punto de que se trata ésta no tiene ninguna fuerza. (28)

[27] Art. 323 — Código Civil.

[28] „ 324 „ „

Porque si la partida ha sido falsificada, sentada en el libro sin declaración de ninguna persona, ó consignada en distinta forma de la prescrita por ley, no merece ninguna fé; si la persona á quien ella se refiere no es la misma que la que quiere aprovecharse del documento, tampoco tiene fuerza legal; y menos la tiene si se justifica la falsedad de la relación consignada en el registro.

Así: si una partida de matrimonio no está en la forma legal, se ha alterado ó falsificado; si las personas á que ella se refiere no son las mismas que ostentan el documento, ó es falso que se haya celebrado tal enlace, el registro puede impugnarse dejando de tener la fuerza probatoria que la ley le había concedido.

§ 4º

Legítimos contradictores.

La ley solo reconoce como legítimo contradictor en las cuestiones del estado civil á las personas á quienes éste se refiere de una manera inmediata, y á sus herederos como legítimos representantes del legítimo contradictor que ha fallecido antes de la sentencia.

Por esto es que el legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, ó el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad es la madre contra el hijo, ó el hijo contra la madre.

Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. (29)

Lo mismo debe decirse respecto á la impugnación del estado de casado, que corresponde á los mismos cónyuges, ó á sus descendientes cuando se trate de la filiación ó de los derechos que se originan de aquel.

El fallo pronunciado á favor ó en contra de cualquiera de los herederos que representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia, aprovecha ó perjudica á los coherederos que citados no comparecieron. (30)

Esta disposición obedece á las reglas generales de procedimientos que hacen partícipes de la fuerza de los fallos á los juzgados en rebeldía; y aunque á éstos no puede serles imputable el hecho de filiación ó de estado á que se refiere la sentencia, como herederos ó representantes de los derechos de las partes legítimas, deben aprovechar los beneficios ó sufrir los perjuicios que se desprenden del fallo.

La ley francesa y sus comentadores, al tratarse de la filiación de hijos legítimos, se conforma á esta misma doctrina; aunque Demol creó que los parientes mas lejanos no pueden ser representados por los mas próximos, desde que aquellos no sacan de estos sus derechos de fami-

[29] Art. 333 — Código Civil.

[30] " 334 — " "

lia, y por consiguiente los fallos no debieran afectar á los que no han sido citados al juicio.

§ 5º

Efectos del fallo sobre el estado.

El fallo judicial que declara verdadera ó falsa la legitimidad del hijo, no solo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todas, relativamente á los efectos que dicha legitimidad acarrea.

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera ó falsa una maternidad que se impugna. (31)

Ninguna importancia tendría la sentencia que recae sobre la filiación legítima del hijo, sino estuviere regida por las reglas generales de estabilidad ó invariabilidad que caracterizan la cosa juzgada, y sino fuesen generales sus efectos.

Pero por lo mismo, para que llene estas condiciones es preciso que haya pasado en autoridad de cosa juzgada y que se pronuncie contra legítimo contradictor. (32)

Ni en atención á la importancia de la materia, ni á lo que prescribe el derecho antiguo, ni el Chileno que ha servido de constante norma al nuestro, ha querido éste falsear la fuerza que la ley dá á la cosa juzgada permitiendo la anulación de la sentencia por la prueba de impugnación, para no dejar insegura la paternidad ó legitimidad del hijo.

Pero como el estado civil de las personas es un derecho que puede calificarse de sagrado y que reviste los caracteres de imprescriptible é inalienable, tampoco la ley ha querido, por otra parte, exponer estos derechos á la prescriptibilidad del fallo pronunciado con sola intervención ó audiencia de personas extrañas.

Por eso establece, que ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otra persona que se haya pronunciado, podrá oponerse á quien se presente como el verdadero padre ó madre del que pasa por hijo de otros, ó como verdadero hijo del padre ó madre que le desconoce.

Lo cual se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 282. (33)

Esta disposición es clara: así se ve que por ella el verdadero padre y el verdadero hijo tienen derecho en todo tiempo de establecer la acción de filiación ó estado, salvo el caso que se trate de hijos ilegítimos á quienes no es admisible la indagación de paternidad por otros medios que los establecidos en los artículos 280 y 281, que dejamos ya explicados.

Algunos comentadores franceses, entre ellos Dalloz, dando demasiada importancia á la cosa juzgada niegan aquel derecho, alegando que ninguna persona puede tener dos padres, por ser imposible legal y físi-

(31) Art. 331 — Código Civil.

(32) " 332 — " "

(33) " 336 — " "

camente, por consiguiente un hijo no puede reclamar otra filiación que la que le ha dado la sentencia anterior; sin notar que la misma imposibilidad física de la existencia de dos padres, da derecho al verdadero para restablecer la filiación, destruyendo la que falsamente se ha fijado.

§ 6º

Sanción penal.

Muy expuestos quedarían los derechos que se originan del estado civil si la ley no tomara las precauciones debidas para no dejarlos sujetos á una prueba eventual, obligando por medio de una pena á todas las personas encargadas para hacer la declaración correspondiente ante la autoridad encargada del registro civil, con el fin de que se sienten en las actas las partidas respectivas.

Por eso prescribe, que toda persona que debiendo dar aviso para que se verifique alguna de las inscripciones prevenidas en este título, no lo hiciere, dentro de los plazos que respectivamente se determinan, incurrirá en una multa que no bajará de cinco pesos ni excederá de veinticinco, aplicables gubernativamente por el Alcalde respectivo. (34)

[34] Art. 335 — Código Civil.

TITULO 18.

De los alimentos que se deben por ley á ciertas personas.

SUMARIO.

Qué se entiende por alimentos — A quiénes se deben — Hasta dónde llega esta obligación — Orden de las personas obligadas — Forma en que se piden — Efecto de este derecho — Tiempo en que cesa la obligación — Procedimientos.

§ 1º

Qué se entiende por alimentos.

El derecho designa con el nombre de alimentos la asistencia que se dá á alguna persona para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud.

La ley natural, antes que la positiva, que se funda en la equidad, en el interés público que reclama la conservación de las familias y en los piadosos afectos que reinan en ésta, establece la obligación de alimentar á varias personas cuando éstas se hallan en la infancia, en la impotencia ó en la indigencia por carecer de medios para subsistir.

Esta obligación que nace de las relaciones de familia, debe tratarse en este punto como lo hace nuestro Código, á diferencia del francés, por no derivarse ella exclusivamente del matrimonio, en cuyo título la consigna éste.

La obligación de dar alimentos á los consanguíneos la han reconocido todos los pueblos civilizados: en el derecho Griego y en el Romano se consigna, aunque no de una manera imperativa que constituya un derecho perfecto, como se vé en los Códigos modernos, porque siempre se ha tenido como un impulso de piedad nacido de la sangre.

Siendo los alimentos necesarios á la vida, ellos se relacionan no solamente con las necesidades físicas, si no también con los hábitos sociales de la persona que los recibe.

La obligación de dar alimentos es solidaria para las personas que los deben, según algunos comentadores franceses, como Toullier, y para otros es divisible, como Dumoulin, esto es, que cada persona de las encargadas de suministrarlos están obligadas á darlos en el todo ó proporcionalmente.

Esta diversidad de opiniones proviene de la falta de claridad en el Código francés en este punto.

El nuestro ha obviado todas estas dificultades, siendo mas explícito y equitativo al consignar, que cuando dos ó mas personas son obligadas á dar alimentos por un mismo título, los deberá cada uno á proporción de sus facultades, á menos que alguna ó algunas de dichas per-

sonas carezcan de bienes, que entorces la obligación recaerá en las que los tengan. (1)

Respecto de las personas que deban recibirlos, el derecho es personal, intrasmisible ó irrenunciable, porque él solo tiende á la existencia personal que es de necesidad suprema ante la naturaleza y ante la ley social.

Por eso el Código establece : que el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse ó cederse de modo alguno, ni renunciarse. (2)

Los alimentos se dividen en congruos y necesarios, división que equivale á la que hacía la legislación española en civiles y naturales; pues son necesarios los que dan lo bastante para sustentar la vida, y congruos los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente á su posición social.

Los alimentos, sean congruos ó necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintin años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión ú oficio. (3)

Estas diferencias provienen, de que la naturaleza no exige mas que la existencia, á la cual es indispensable la comida, bebida, vestido y habitación, lo mismo que lo que fuere necesario para recobrar la salud; pero la ley positiva ha querido que estos alimentos correspondan también á los hábitos de la vida social del que los recibe, como lo interpretaba el primer Cónsul en la discusión del Código francés.

Nuestra legislación, previendo la existencia futura del menor alimentado, comprende en los deberes del alimentante, el de darle en todo caso á aquel la enseñanza primaria y alguna profesión ú oficio, que no solamente asegure después su existencia, sinó también la cultura indispensable á todo hombre en la sociedad moderna. Pero con la limitación favorable y siempre fundada en la equidad, de que los alimentos no se presten sino en la proporción en que los necesite el alimentario, cuando sus propios recursos no basten para ello.

Por eso sienta el Código, que los alimentos congruos ó necesarios no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente á su posición social ó para sustentar la vida. (4)

La ley francesa deja á los tribunales la facultad de señalar la cuota alimenticia, y en caso de no poderla pagar la persona obligada, á que ésta reciba á la otra en su casa para alimentarla y sostenerla, con conocimiento de causa.

§ 2º

A quienes se deben.

Aunque la obligación de dar alimentos se funda en la piedad, que es el sentimiento mas noble del corazón humano, se ha hecho preciso su

(1) Art. 343 — Código Civil.

(2) " 352 — " "

(3) " 339 — " "

[4] " 348 — " "

reglamentación para que no ceda en detrimento de unos y en ventaja exclusiva de otros.

La ley, tomando por norma la sangre, esto es la naturaleza y los deberes que ella impone y tratando de fomentar la existencia de la familia, solo ha sido preceptiva respecto á ciertos parientes y personas, cuyos cuidados y atenciones son mas imperiosos, estrechando esta obligación en un círculo mas limitado que el de la parentela, sin cortar por otra parte los impulsos de la generosidad en una esfera mas extensa, en la cual la ley positiva no ha querido penetrar.

Por ésta solo se deben alimentos :

1º Al cónyuge :

2º A los descendientes legítimos :

3º A los ascendientes legítimos :

4º A los hijos naturales y á su posteridad legítima :

5º A los padres naturales :

6º A los hijos espurios y á su posteridad legítima, según el título 14 de este libro :

7º A los padres espurios, según el artículo 287 :

8º A los hermanos legítimos :

9º A los hermanos ilegítimos uterinos :

10º Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida ó revocada ;

11º Al ex-religioso que por su exclaustación no haya sido restituido en los bienes que en virtud de su muerte civil pasaron á otras manos.

La acción del exclaustado se dirigirá contra aquellos á quienes pasaron los bienes que, sin la confesión religiosa, le hubieran pertenecido, y la acción del donante contra el donatario.

No se deben alimentos á las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue. (5)

Por lo expuesto se vé, que al tratarse de alimentos la ley no reconoce límites en la ascendencia y descendencia legítima, y que la línea colateral solo llega hasta los hermanos : que en la natural é ilegítima sube solamente á los padres, y es ilimitada en su descendencia legítima, comprendiendo también al hermano ilegítimo materno.

De aquí se deduce el principio general reconocido por todas las legislaciones : de que la obligación de dar alimentos es recíproca entre los ascendientes y descendientes.

También lo es entre los esposos, porque la primera obligación que éstos contraen al celebrar el matrimonio es la de socorrerse y asistirse, suministrando el marido á la mujer lo necesario para la subsistencia, y la mujer al marido si éste carece de bienes.

Justo es socorrer á los parientes necesitados, decían las leyes romanas en el Código de Justiniano, y este principio de la legislación antigua ha servido de base á la moderna para reglar sus disposiciones, siempre que se trata de alimentos.

La manutención de los hijos es la segunda carga de la sociedad

[5] Art. 337 — Código Civil.

conyugal, éstos tienen derecho de ser socorridos por sus padres en lo que sea necesario para su crianza y educación y para que se les dé una profesión ú oficio con arreglo á sus circunstancias. Un padre de brillante posición y de alto estado social debe á su hijo una educación esmerada: un artesano ú un menestral cumple con aquella obligación procurando al hijo el aprendizaje de un oficio que asegure su futura existencia.

Así es que los padres están obligados á alimentar á sus hijos, ya sean legítimos, naturales ú espurios, cuando ha mediado reconocimiento para los últimos, requisito que la ley ha creído indispensable, según las razones que antes hemos emitido; no obstante la expresión de Portalís, de que la ley positiva ha colocado la obligación de alimentar á los hijos entre las obligaciones que la naturaleza, antes que toda ley civil é independiente de ella, impone á todos los padres.

Así como los padres deben alimentos á los hijos y demás descendientes legítimos, también éstos á su vez los deben á los padres y demás ascendientes legítimos, con excepción del padre natural y espurio del cual no pasa esta obligación, porque el reconocimiento de éstos es el único título que la autoriza.

La ley romana fundaba esta obligación en la piedad paternal, que no debía en ningún caso denegarse al hijo, ni la piedad filial de éste al padre.

Este mismo principio reconocían las leyes españolas, calificando como una deuda natural aquella que imponían al padre de criar á los hijos, dándoles y haciendo por ellos todo lo que les era menester según sus facultades, siendo la crianza uno de los mayores bienes que un hombre puede hacer á otro; debiendo ser compensados estos cuidados y solícito cariño, con la obligación que las mismas leyes le imponían al hijo, de cuidar á la vez de sus padres si éstos venían á pobreza durante su vida, en cualquier estado en que se encontrasen.

También nuestra ley concede, siguiendo las prescripciones del derecho romano y del español, á los hermanos legítimos el derecho de pedir alimentos á sus hermanos, el cual hace extensivo al hermano uterino ilegítimo, en razón de ser siempre conocida la madre y ligarles un vínculo natural mas fuerte que todo mandato, y que en esta vez la ley escrita no ha querido desconocer.

Sobre este último punto opinan autores muy respetables, interpretando la declaración de Justiniano en su Novela 89, que el hermano uterino también tiene derecho de pedir alimentos á su hermano de la misma manera que el natural lo hace con el legítimo.

El Doctor Alonso Diaz de Montalvo, glosando una ley del Fuero Real, sostiene esta misma opinión.

Nuestro Código, pues, siguiendo tan respetables dictámenes y guiado por un espíritu de equidad superior, concede al hermano materno ilegítimo el derecho de ser alimentado por el hermano.

Siguiendo el mismo principio de equidad y guiada siempre por la opinión de algunos jurisconsultos españoles, y saliendo de la esfera de la familia, nuestra ley hace extensiva la obligación de dar alimentos al donatario que ha recibido una donación cuantiosa, siempre que su bene-

factor venga á pobreza ó se encuentre en indigencia; lo mismo que al ex-religioso que habiendo sido exclaustado no se le han restituido los bienes que perdió por la muerte civil y los que le hubieran pertenecido fuera de ella; imponiendo esta obligación á la persona á cuyo poder hubieren pasado los bienes.

Sobre este punto repetiremos lo que atrás hemos dicho, de que estas disposiciones no se conforman á las peculiaridades y exigencias sociales del país, donde no habiendo conventos ni existiendo monjes exclaustados, no debieron adoptarse prescripciones legales que no tienen ninguna aplicación.

Cuando la ley niega expresamente los alimentos á una de las personas relacionadas en este párrafo, pierde ésta el derecho de exigirlos.

§ 3º

Hasta dónde llega esta obligación.

Se deben alimentos congruos á las personas designadas en los tres primeros y los dos últimos números del artículo 337, menos en los casos en que la ley los limite expresamente á lo necesario para la subsistencia.

Se deben asimismo alimentos congruos en el caso del artículo 284.

A las personas comprendidas en los números 4º hasta el 9º inclusive de dicho artículo 337 se deben alimentos necesarios. (6)

La obligación de alimentar, fundada en la naturaleza, no puede prescindir de la escala establecida por ésta en el afecto ó la gratitud que une á los miembros de una familia ó á las personas de quienes se han recibido beneficios.

En el círculo trazado dentro de la familia y dentro de los benefactores, hay personas á quienes nos ligan lazos mas estrechos y afectos mas intensos, las cuales reclaman por nuestra parte mayores cuidados y beneficios.

El cónyuge, los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos, el hijo de la mujer robada, la persona de quien se ha recibido una donación cuantiosa y el ex-religioso cuyos bienes han venido á nuestro poder; son acreedores á los alimentos indispensables, no solo para la manutención, si no para subsistir modestamente de un modo correspondiente á su posición social.

Pero los hijos y padres naturales, los hijos y padres espurios, y la posteridad legítima de éstos y aquellos hijos, y los hermanos legítimos é ilegítimos maternos; no tienen mas derecho que á los alimentos puramente indispensables para sustentar la vida. Aunque la excepción que se refiere á los hijos naturales y á su posteridad legítima, se limita á los varones mayores de veintiun años á quienes solo se deben alimentos necesarios, mas ella no comprende á las mujeres, según el artículo 762 del Pr.

[6] Art. 340 — Código Civil.

Quedando sujeto en todo caso este derecho á la necesidad positiva del alimentario, cuando sus propios recursos no le basten para ello, y sin que su incapacidad de ejercer el derecho de propiedad les prive de él.

Si los pueblos se deben mútua protecció n y auxilio, ateniéndose para la aplicació n de esta regla á lo que exijan los casos particulares que ocurran, y á la situació n especial de las naciones que tengan que cumplirle ó merecerla, de tal manera que cuando un pueblo se vea acosado por el hambre ó por otra calamidad, todos los demás que no estén en su situació n le deben protecció n y ayuda, porque la asistencia internacional en estos casos extremos, como dice Vattel, es tan esencialmente conforme á los sentimientos de la humanidad, que casi no hay nació n civilizada que falte por completo al cumplimiento de este deber; con mayor razón los parientes, dentro de la esfera de la familia, obligados por la naturaleza y por los estrechos lazos de la sangre ó de la gratitud, se deben los auxilios alimenticios que su propio bienestar y la necesidad del que los recibe, les obliga suministrar.

§ 4º

Orden de las personas obligadas.

El que para pedir alimentos reúne varios títulos de los enumerados en el artículo 337, solo podrá hacer uso de uno de ellos, prefiriendo en primer lugar el que tenga según los números 10 y 11.

En segundo, el que tenga según el número 1º

En tercero, el que le concede alguno de los números 2, 4 y 6.

En cuarto, el de los números 3, 5 y 7.

El de los números 8 y 9 no tendrá lugar si no á falta de todos los otros.

Entre varios ascendientes ó descendientes debe recurrirse á los de próximo grado.

Solo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse á otros. (7)

La obligació n que la ley impone á la persona que ha recibido una donació n cuantiosa de otra, ó los bienes de un fraile profeso, ha contraído en cierto modo una obligació n perfecta, superior á las otras relacionadas en el artículo 337, que se funda en una causa gratuita de mero derecho natural, por eso es que á estos títulos debe ocurrirse de preferencia cuando con otros asistan al alimentario, siempre que haya de reclamar alimentos.

En segundo término, antes que por otros, debe hacerlo como cónyuge, si le asiste este derecho.

En tercero, si es descendiente legítimo, hijo natural ó espurio, antes por éstos que por otro cualquiera.

En cuarto, si es ascendiente legítimo, padre natural ó espurio debe

[7] El título 342 — Código Civil.

usar de este derecho, antes que el hermano legítimo ó uterino que se encuentra en el último grado de la escala, que la ley marca de acuerdo con la razón y la naturaleza, para la preferencia en las acciones en que se reclaman alimentos.

Aquí debemos repetir lo que atrás hemos insinuado respecto á la solidaridad de la obligación alimenticia, que sostienen varios juriscultos y comentadores franceses, cuando en una de las líneas de la escala de prelación señalada se encuentren dos ó mas personas igualmente obligadas á dar alimentos por un mismo título.

Reconociéndose como un principio en esta clase de obligaciones imperfectas, que lo que se hace en favor de una persona no debe refluir en detrimento de otra, y que ellas se cumplen en proporción á las facultades del alimentante y en la medida de las necesidades del alimentario, nuestro Código ha sanjado todas las dificultades y resuelto en este punto las controversias suscitadas por los juriscultos, mandando que cada una de las personas obligadas suministre los alimentos á proporción de sus facultades, y que solo en el caso de que alguna ó algunas de ellas carezcan de bienes, entonces la obligación recaerá solamente en las que los tengan.

De esta manera ha convertido la ley en divisible aquella obligación, asignando á cada uno de los alimentantes cuotas proporcionales á sus facultades y á las exigencias de la condición del alimentario.

La solidaridad de ella, solo resulta según nuestra legislación, en el caso de imposibilidad de los co-deudores y aptitud de uno de ellos para suministrar los alimentos, quien debe hacerlo con toda la pensión alimenticia señalada, porque estando destinada esta á asegurar la subsistencia del que los recibe, debe ser completa.

En este punto está de acuerdo nuestro Código con la opinión de algunos comentadores franceses, como Toullier, aunque en principio sostiene la solidaridad de aquella obligación.

En concurrencia de alimentario de varios títulos, si el deudor no tuviere facultades para suministrar á todos ellos los alimentos correspondientes, deberá darlos de preferencia :

1º Al donante ó al exclaustro en los casos de los números 10 y 11 del artículo 337, en cuanto alcancen los bienes de la donación ó los del ex-religioso :

2º Al cónyuge y á los descendientes legítimos :

3º A los hijos naturales y á los espurios :

4º A los ascendientes legítimos, ó á los padres naturales ó espurios;

5º A los hermanos.

Los alimentarios excluidos en virtud de la preferencia establecida, ó que no hayan obtenido sino parte de la pensión debida, tienen expedidos los recursos del artículo 342, inciso 7º, por el todo ó por el resto de ella. (8)

Aquí ya no se trata de la acción con que el alimentario debe reclamar alimentos, si no de la preferencia que el deudor de ellos deba

(8) Art. 347 -- Código Civil.

dar á varias personas que los reclaman por diferentes títulos, cuando sus recursos no basten para suministrarlos á todos ellos, debiendo escogerlos en el mismo orden de la escala de prelaciones antes señalada, porque la ley no varía la fuerza de aquellos títulos en este caso.

Si nuestro Código al exigir á uno solo de los alimentantes la obligación de dar alimentos cuando los demás no pudiesen hacerlo, no les ha dejado el derecho de reclamar la porción de la cuota que á éstos correspondía, ha sido en virtud de que la obligación se convierte en solidaria en este caso, y de que ella solo existe en razón de la posibilidad del alimentante y de un deber natural que no reconoce medida; pero cuando un alimentario ha sido excluido por otros que tienen un título preferente, puede ocurrir á otro título, ó á los ascendientes ó descendientes de próximo grado cuando hubiese varios que deban suministrarlos.

Sobre el primer punto parece contradictoria aquí la ley é inoficiosa, porque este recurso escolla en la imposibilidad del alimentante, y careciendo de recursos no podría darlos por otro título.

§ 5º

Formas en que se piden.

Establecida la acción de alimentos ante el Juez de 1ª Instancia civil respectivo, después de traslado por tres días á la parte contraria, se abre á pruebas si es necesario por el término de ocho días y entre los tres siguientes se pronuncia la sentencia, de conformidad con las disposiciones del presente título.

El Juez reglará la cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y en la tasación se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas. (9)

Esta disposición está enteramente de acuerdo con los principios que hemos sentado, ella obedece al precepto de que la obligación alimenticia no debe exceder á las facultades del alimentante, ni ceder en detrimento de unos para favorecer á otros: así es que el deudor de ellos solo debe dar la parte proporcional á la cuota total señalada, correspondiéndole por otra parte el derecho de citar á juicio á sus co-deudores para que se regle la distribución conforme á las facultades de cada cual.

Los alimentos que se deben por la ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

También se conceden siempre que se reproduzcan las mismas circunstancias después de haber cesado. (10)

Reconociendo este deber como principal fundamento la naturaleza y en segundo lugar las necesidades del alimentario, natural es que se perpetúe mientras éstas existan, porque los afectos que nacen de aquella son inextinguibles.

(9) Art. 346 — Código Civil.

[10] " 350 — " "

Estas necesidades no las limita, pues, la edad ni el tiempo: la vejez tiene mas necesidad que la infancia, el matrimonio mas que el celibato, la debilidad mas que la fuerza, y la enfermedad mas que la buena salud; de ahí venía la doctrina que sentaba Portalís, de que había una necesidad absoluta y otra relativa respecto á alimentos, reglándose la absoluta por las exigencias indispensables de la vida, y la relativa por el estado y las circunstancias de la persona.

Estos principios del derecho moderno están conformes con lo que establecía el derecho antiguo; pero hay algunos Estados en que se ha pretendido establecer una limitación á la obligación alimenticia, fundándola en el tiempo.

El Código de Italia, el de Panamá y el de Méjico espresan: que los hermanos solo tienen obligación de dar alimentos á sus hermanos menores, mientras éstos llegan á la edad de diez y ocho años.

Esta prescripción es contraria á la naturaleza y á la equidad, aunque se trate de las personas que la ley coloca en el último peldaño de la escala alimenticia, y ella se funda en una suposición simplemente, la de que el hombre tiene á esta edad elementos propios de vida, no siendo justo gravar por mas tiempo á sus hermanos, cuyas relaciones no son tan íntimas ni tan sagradas como las de los consortes, ascendientes y descendientes.

El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba á él. (11)

Siendo ésta una deuda sagrada que reconoce por causa una necesidad suprema, la ley ha querido privilegiar su acción, negando las compensaciones con deudas de cualquiera naturaleza que sean, porque de otra manera este derecho sería ilusorio.

Y es tan reconocida su necesidad, que mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez obligar que se den provisoriamente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento razonable; sin perjuicio de la restitución si la persona á quien se demandan obtiene sentencia absolutoria.

Cesa este derecho á la restitución contra el que de buena fé y con algún fundamento razonable haya intentado la demanda. (12)

Los alimentos interinarios son indispensables á la existencia del reclamante, y por eso es que la ley hace una excepción en esta parte á los principios que reglan la forma de los juicios; aunque no la establece en la que se refiere á las adquisiciones de buena fé, evitando la restitución en este caso.

Como se ha visto, el procedimiento para reclamar alimentos es sumario y secreto cuando lo intenta un hijo ilegítimo, porque esta brevedad y sigilo los requiere su propia naturaleza; pero cuando se disputa la obligación de darlos, ó la cuota señalada, deben ventilarse estos puntos en juicio ordinario, sin que durante su curso se suspenda la prestación de alimentos.

(11) Art. 353 — Código Civil.

[12] „ 344 — „ „ 760 — Pr.

§ 6º

Efectos de este derecho.

Este derecho, como cualquiera otro, no nace de la sentencia; ella solo declara una obligación preexistente fundada en la naturaleza y en la necesidad, y la ley presume que esta necesidad existe desde que se demandan los alimentos, por eso declara que se deben desde la notificación de la demanda judicial, y se pagarán por mesadas anticipadas.

No se podrán pedir los correspondientes al tiempo anterior.

Tampoco se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado por haber fallecido. (13)

Pero la obligación de pasar mensualmente esta pensión alimenticia no comprende á los ascendientes obligados á dar alimentos á un descendiente necesitado, pues cumplen con admitirle y mantenerlo en su casa, fuera del caso de sevicia ó malos ejemplos.

Pero la persona casada no podrá tener á un hijo natural ó espurio en su casa, sin el consentimiento de su mujer ó marido. (14)

Así como no se puede obligar á un padre á introducir en su familia un gérmen de inmoralidad y depravación, y menos hacerlo contra la voluntad del otro cónyuge, cuya reprobación constante alterarí­a el orden del hogar, tampoco se puede obligar al hijo á ir contra su voluntad á participar del envilecimiento ajeno y á ponerse en manos de un hombre perdido.

La pensión alimenticia necesaria está exenta absolutamente de embargo: la congrua lo está en los términos expresados en el artículo 1560, número 1º (15)

Siendo los alimentos necesarios indispensables para asegurar la vida, como hemos dicho, no pueden arrebatársele al alimentario por medio de procedimientos judiciales como el embargo ó compensación, ni voluntarios como las transacciones ó transmisiones; pero aquel pudiera recaer en una parte de los congruos, con excepción de las dos terceras del sueldo de los militares y empleados en servicio público y de los proventos de los eclesiásticos, de los montepíos y todas las pensiones remuneratorias del Estado, y de las pensiones alimenticias congruas forzosas; porque éstas constituyen los alimentos del que las recibe, y porque su despojo redundaría en perjuicio de la causa pública y del decoro de los empleados nacionales.

No obstante lo dispuesto en los artículos 352 y 353, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse ó compensarse, y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse,

[13] Art. 349 — Código Civil.

[14] " 351 — " " "

[15] " 354 — " " "

prescribiendo este derecho á los tres años contados desde el día en que dejaron de pagarse aquellas pensiones. (16)

Constituyendo estas pensiones un derecho como cualquiera otro, una propiedad adquirida y que no sirve para llenar la ingente necesidad del alimentario, quedan sujetas como todos los derechos y toda clase de propiedad á las reglas generales que rigen ésta, así es que pueden renunciarse, cederse ó compensarse y aún venderse.

En el caso de dolo, para obtener alimentos, serán obligados solidariamente á la restitución y á la indemnización de perjuicios todos los que han tomado parte en el dolo. (17)

Justo es que se castigue á los infractores de la ley y que se les despoje de un derecho que no les ha pertenecido, haciéndoles reparar todo el perjuicio causado y teniendo como solidarios de esta falta á todos los que la hayan cometido.

La sentencia que ordene la prestación de alimentos podrá revocarse ó reformarse siempre que falten ó varíen las facultades y circunstancias del alimentante, ó las necesidades del alimentario; procediendo en este caso sumariamente. (18)

Estando limitado el deber alimenticio por la necesidad del que debe recibirlos y la posibilidad del que debe darlos, porque la vida es indispensable y todas aquellas comodidades relativas al estado y circunstancias de la persona, por una parte, y por otra, á ninguno puede obligarse á hacer lo que no es posible, porque el sacrificio de la propia existencia para salvar la de otro es un acto de abnegación que puede merecer elogio, pero no puede prescribirse por la ley, como lo dice Saint-Prix; pesando la necesidad y la posibilidad, debe revocarse la sentencia que ordene la dación de alimentos.

§ 7º

Tiempo en que cesa la obligación.

La obligación de dar alimentos cesa :

- 1º Por la muerte natural ó civil del alimentario :
- 2º Cuando el deudor se pone en estado de no poder darlos :
- 3º Cuando el alimentario pueda adquirir los suficientes según su clase, por su trabajo ó industria ó de otra manera :
- 4º Cuando por su indolencia, disipación ó vicios no se dedica á trabajar :
- 5º Por hacerse reo de injuria grave contra el deudor;
- 6º En los demás casos en que la ley lo determine expresamente. (19)

No existiendo la persona, debe cesar el derecho de alimentos, por ser personal; pero cuando se trata de la muerte civil es contradictorio nuestro Código, que en otra parte no identifica la incapacidad de recibir alimentos con la de ejercer el derecho de propiedad, que es la única ra-

[16] Art. 355 y 356 — Código Civil.

[17] " 345 — " —

[18] " 763 — " — Pr.

[19] " 357 — " —

zón en que puede fundarse la extinción de aquel derecho; aunque, no reconociendo otro caso de muerte civil que la profesión monástica, no debió hacerse mención de ella, siguiendo en este punto al Código chileno y otros anteriores, principalmente al francés, que aún ha abolido la muerte civil por ley de 31 de Marzo de 1854.

Si el alimentario puede adquirirlos ó el alimentante no puede darlos, natural es también que cese la obligación.

La ley chilena limita la obligación respecto de los varones que hayan cumplido veinticinco años, por creerlos siempre aptos para proveer á su propia subsistencia, salvo prueba en contrario de enfermedad ó impedimento físico.

Si por vicios, disipación ó indolencia se hace indigna de los alimentos una persona, deben negársele, para no fomentar la pereza y los vicios tan perjudiciales á la familia y á los intereses sociales. Siguiendo la tradición romana, debieran atenderse para esta negativa todos los actos de la vida ejecutados con intención dolosa que perjudican la honra, los bienes y el bienestar de una persona.

El Código mejicano solo autoriza en estos casos al Juez para disminuir la cantidad dedicada á los alimentos, por creer que los necesarios, destinados á la existencia, no pueden negarse en ningún caso.

La injuria grave es otra de las causas que por nuestro Código pierde el derecho de reclamar alimentos el acreedor de ellos.

La ley antigua castigaba la ingratitude y la ofensa grave con el desheredamiento, y confundiendo este derecho con el de alimentos les señalaba las mismas causas; pero el Código Napoleón, mejor inspirado en los fundamentos de que aquel se deriva, que es la naturaleza y una obligación moral, no autoriza la negación de alimentos por ingratitude ó injuria, á pesar de que en otra parte declara indigno de suceder al que ha entablado una acusación capital ó acción calumniosa contra el difunto.

El Código chileno, siguiendo un término medio, solo priva de los alimentos congruos al que se ha hecho culpable de injuria grave contra el deudor; pero si ésta es atroz, le priva hasta de los necesarios.

Los comentadores franceses no creen que pueda relevarse de la obligación de alimentar á ninguna persona por causa de injurias, porque esto sería hacerse reo de homicidio ante su propia conciencia, evadiendo un deber que antes que la ley lo impone la naturaleza.

Pero como es un acto de desnaturalización la injuria inferida al alimentante, que en cierta manera rompe los lazos que unen al deudor y al alimentario, no nos parece impropia la disposición de nuestro Código, mas cuando la calificación de la injuria queda encargada á la recititud del juicio de un Juez.

Si la ley expresamente hace cesar la obligación alimenticia, debe entenderse extinguido este derecho, por ser la misma ley la que lo determina.

§ 8º

Procedimientos.

Los procedimientos judiciales á que diere lugar la demanda de ali-

mentos debidos por la ley, serán sumarios, y ademas en los casos del título 14, secretos, sin perjuicio de la vía ordinaria conforme al Código de Procedimientos. (20)

Las disposiciones de este título no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento ó por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse á la voluntad del testador ó donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo. (21)

No debiéndose estas asignaciones por la ley, y no siendo forzosas sino voluntarias y gratuitas, ella las deja á la voluntad exclusiva de quien las hace, por no poderlas someter á las reglas que rigen los actos determinados por ella misma.

[20] Art. 358 — Código Civil.

[21] „ 359 — „ „



TÍTULO 19.

De las tutelas y curadurías en general.

CAPITULO I.

Definiciones y reglas generales.

SUMARIO.

Origen de la guarda — Reglas generales — Reglas especiales — Excepciones — Clases de tutelas y curatelas.

§ 1º

Origen de la guarda.

El nacimiento se ha reconocido como el origen de los derechos civiles del hombre: de ellos goza desde que comienza á existir, pero no siempre puede ejercerlos porque la falta de un completo desarrollo físico é intelectual se lo impide, y otras veces la prodigalidad ó la demencia, la ausencia ó la especie de idiotismo que se origina de la sordera y el mutismo.

La guarda fué establecida por el derecho romano, de donde la han tomado todas las legislaciones modernas, unas veces con el nombre de tutelas y curatelas, como lo hizo el derecho español y hoy el nuestro, y otras con el nombre genérico de tutelas, adoptado por el Código francés; porque la ley siempre vela por aquellos que no pudiendo gobernarse por sí mismos, necesitan de la dirección de otros que cuiden de su persona y administren sus intereses.

De ahí viene la opinión muy fundada, de no ser necesaria la división de la guarda en tutelas y curatelas, que no reconocen otro fundamento que la edad por tender al mismo fin, aunque el derecho español, impropriamente, aplicaba la tutela á un preferente cuidado personal del pupilo, y la curatela á los bienes del púber.

Nuestro Código, que no hace estas falsas distinciones, tampoco debió seguir la nomenclatura española ni la romana, en las cuales tenía una importancia especial la diferencia de impúberes y adultos, porque aquellas legislaciones negaban toda capacidad al primero y se la atribuían al segundo, á quien para ponerle á cubierto de errores y perjuicios le daban el derecho de restitución *in integrum*, mas perjudicial que favorable, como lo hemos dicho atrás.

Muy pocos, pues, son los Códigos modernos que adoptan esta división, por creerla infundada.

Entre nosotros, fijándose la ley en los límites de la patria potestad, á semejanza de lo dispuesto en el derecho español y á diferencia del romano que no los tenía, pero abreviando mucho su duración, ha señalado la edad de veintiun años para el fin de la curatela, y el de catorce en los varones y doce en las mujeres, para el de la tutela, haciéndolas de este modo menos onerosas y restrictivas, y dando al mismo tiempo mayor aliciente al estudio y á la industria en las primeras épocas de la vida.

Cambaceres opinaba que debía fijarse en diez años la edad del pupillaje, siguiendo en esta parte el derecho consuetudinario y no el ejemplo de los países en que regía el derecho escrito, porque esta edad es la mas proporcionada á la de veintiun años señalada hoy para la mayoría; pero atendiendo antes que todo á la naturaleza que marca invariablemente el desarrollo moral del hombre en todas las latitudes, los Códigos modernos no han hecho ninguna innovación en este punto.

§ 2º

Reglas generales.

Las tutelas y las curadurías ó curatelas son cargos impuestos á ciertas personas á favor de aquellos que no pueden dirigirse á sí mismos ó administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo la potestad del padre, madre ó marido que pueda darles la protección debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores ó curadores, y generalmente guardadores. (1)

La persona no solamente pertenece á la familia sino también á la sociedad á quien puede ser útil ó perjudicial, según los hábitos ó costumbres que adquiera y los bienes que acumule; importa, pues, que no se deje abandonada á sí misma á aquella que por sí no pueda dirigirse ni administrar sus intereses, elevando á cargo público el de guardador de estas mismas personas, y del cual no puedan retraerse sino median causas legales.

La tutela y las curadurías generales se extienden no solo á los bienes sino á la persona de los individuos sometidos á ellas. (2)

Generalmente no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene: solo podrá dársele curador adjunto en los casos que la ley designa. (3)

Ya se ha expresado que la guarda en cualquiera edad y bajo cualquiera denominación que se dé, no sería benéfica al menor, ni llenaría los altos fines personales y sociales que la ley se propone, sino fuera extensiva á los cuidados de la persona y de los intereses del menor: el descuido de cualquiera de ellos sería altamente perjudicial á la familia y á la sociedad.

(1) Art. 360 — Código Civil.

(2) " 362 — " "

(3) " 372 — " "

Así como no puede darse guardador al que se encuentra bajo la potestad de otra persona, tampoco lo necesita cuando lo tiene, y dársele en este caso sería á mas de inoficioso perjudicial, porque produciría la confusión en las funciones de la guarda, dificultando el cumplimiento de los deberes que á ellos impondría, lo cual no sucede en el caso de dar un curador adjunto al que ya lo tiene, por señalársele á éste una administración separada.

No se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto del Juez en alguno de los casos enumerados en el artículo 259. (4)

Los individuos sujetos á tutela ó curaduría se llaman pupilos. (5)

Para evitar variadas locuciones, el Código en este punto usa de la palabra pupilo para designar indistintamente á los púberes y á los impúberes, siempre que se encuentren bajo la guarda de un tutor ó curador; como se hace otras veces con la palabra genérica de *menor*.

Están sujetos á tutela los impúberes. (6)

Están sujetos á curaduría general los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad: los que por prodigalidad ó demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordo-mudos que no pueden darse á entender por escrito. (7)

Hemos señalado ya las edades respectivas del menor en la tutela y curatela; y como la ley equipara á éstos por su incapacidad, á toda persona que se encuentre en interdicción por prodigalidad, locura ó fatuidad, los sujeta á curatela por suponerlos siempre fuera de la impubertad, siendo como son en efecto mayores de edad, convertidos en menores por una ficción legal.

Las disposiciones de este título y de los dos siguientes están sujetas á las modificaciones y excepciones que se expresarán en los títulos especiales de la tutela y de cada especie de curaduría. (8)

§ 3.º

Reglas especiales.

La clasificación de tutelas, curadurías generales, curadurías de bienes, curadurías adjuntas, curadurías especiales ó *ad hoc*, no difieren en otra cosa que en la exacta determinación por medio de reglas precisas y claras.

Se ha procurado reducir á reglas generales los casos en que tienen cabida estas diferentes especies de guarda, extendiéndolos por paridad de razón aún á los hijos de familia y á la mujer casada en casos especiales en que se halle suspensa la patria potestad ó la potestad marital.

[4] Art. 370, inc. 1.º — Código Civil.
[5] " 368 — " "
[6] " 363 — " "
[7] " 364 — " "
[8] " 361 — " "

Curador especial es el que se nombra para un negocio particular. (9)

Se llaman curadores de bienes á los que se dan á los bienes del ausente, á la herencia yacente y á los derechos eventuales del que está por nacer. (10)

El curador de bienes se diferencia del curador general, en que el primero solo cuida de los bienes y no de la persona á quien pertenecen, mientras que el curador general cuida de la persona y bienes del menor.

La curaduría de bienes, aunque puede tener lugar para aquel que necesita de un cuidado personal, nuestro Código la aplica á los bienes de ciertas personas que estando presentes ó existiendo no necesitarían de curador, como el ausente, el que está por nacer, y la herencia yacente.

El derecho francés, separándose en esta parte del romano, no reconoce la curaduría de bienes, dejando la administración y posesión de ellos á determinadas personas, que señala al tratar de ausentes y sucesiones.

Se llaman curadores adjuntos á los que se dan en ciertos casos á las personas que están bajo potestad del padre, madre ó marido, ó bajo tutela ó curaduría general, para que ejerzan una administración separada. (11)

Aunque nuestro Código asienta como un principio general, que no se pueda dar tutor ni curador al que ya lo tiene, permite que se establezca un curador adjunto en los casos que la ley designa. (12)

Así es que, se dará curador adjunto al hijo cuando el padre ó la madre son privados de la administración de los bienes del hijo ó de una parte de ellos por dolo ó negligencia habitual. (13)

Si el tutor ó curador, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador, podrá el Juez acceder habiendo oído sobre ello á los parientes del pupilo y á un curador especial.

El Juez dividirá entonces la administración del modo que más conveniente le parezca. (14)

Vinnio y Gutierrez, han tratado extensa y acertadamente estas materias.

El Código francés solo establece un tutor sustituto nombrado por el consejo de familia, y cuyas funciones se reducen á obrar en favor de los intereses del menor, siempre que estén en oposición con los del tutor, y el cual no puede reemplazar en ningún caso á aquel, cuando deje la tutela por ausencia ó abandono.

Este pro-tutor lo reconocen también las legislaciones de Holanda, Italia, Portugal y Luisiana.

No se puede dar curador á la mujer casada, no divorciada ni separada de bienes, mientras los administre el marido.

Se dará curador á la mujer divorciada en los mismos casos en que, si fuese soltera, necesitaría de curador para la administración de lo suyo.

[9] Art. 367 — Código Civil.
[10] " 365 — " "
[11] " 366 — " "
(12) " 372 — " "
(13) " 370, inc. 2^a — Código Civil.
(14) " 373 — " "

La misma regla se aplicará á la mujer separada de bienes, respecto de aquellos á que se extienda la separación. (15)

La ley francesa suple con autorizaciones judiciales las restricciones que ella misma impone á la mujer casada y separada de bienes, en vez de darle un tutor.

Podrán colocarse bajo una misma tutela ó curaduría dos ó mas individuos, con tal que haya entre ellos indivisión de patrimonios.

Divididos los patrimonios, se considerarán tantas tutelas ó curadurías como patrimonios haya, aunque las ejerza una misma persona.

Una misma tutela ó curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos ó mas tutores ó curadores. (16)

Para la dirección de una persona y la administración de sus bienes, que es el fin de la tutela y curaduría, no hay inconveniente en que se encarguen á varios guardadores; ni existe contradicción con la prohibición general de no dar guardador al que ya lo tiene, porque ésto se refiere al nombramiento posterior, y no al que se hace simultaneamente de varios curadores ó tutores.

Varios menores cuyos bienes no estén divididos, pueden conservarse bajo la guarda de una sola persona; pero si el patrimonio de ellos se divide, habrá tantas tutelas ó curadurías cuantas divisiones se hayan hecho.

Esto se entiende respecto á los bienes, pues sino los tienen, no hay inconveniente en que la guarda de varios menores se encomiende á una sola persona y se tenga por una sola guarda.

§ 4º

Excepciones.

Si al que se halla bajo tutela ó curaduría se hiciere una donación, ó se dejare una herencia ó legado, con la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación, herencia ó legado se administren por una persona que el donante ó testador designa, se accederá á los deseos de éstos; á ménos que, oídos los parientes y un curador especial, apareciere que conviene mas al pupilo repudiar la donación, herencia ó legado, que aceptarlos en estos términos.

Si se acepta la donación, herencia ó legado, y el donante ó testador no hubiere designado la persona, ó la que ha sido designada no fuere idónea, hará el magistrado la designación. (17)

Este es un caso excepcional, aunque algunos comentadores del derecho, llaman curador adjunto á la persona designada por el testador ó donante y por el magistrado en su caso, por asignárseles una administración separada, aunque el nombramiento no se hace siempre en los mismos términos; por eso es que, aunque nosotros conceptuamos á éste como un curador *ad hoc*, tratamos de él en el presente párrafo.

[15] Art. 371 — Código Civil.

[16] " 369 — " "

(17) " 374 — " "

§ 5º

Clases de tutelas y curatelas.

Las tutelas ó curadurías pueden ser testamentarias, legítimas ó dativas.

Son testamentarias las que se constituyen por acto testamentario.

Legítimas, las que se confieren por la ley á los parientes ó cónyuge del pupilo.

Dativas, las que confiere el magistrado.

Sigue las reglas de la tutela testamentaria la que se confiere por acto entre vivos, según el artículo 383. (18)

Habiendo tratado en general de las definiciones y reglas de la tutela y de la curatela del menor, y en particular de la que se dá á determinadas personas que no lo son, por encontrarse en imposibilidad de administrar sus bienes; vamos ahora á ocuparnos de las diferentes clases de tutelas y curadurías de los menores, en atención al origen de éstas.

CAPITULO II.

De la tutela ó curaduría testamentaria.

SUMARIO.

Quienes pueden nombrar guardador por testamento — A quienes puede dársele—¿Podrán designarse dos ó mas guardadores? — Condiciones del nombramiento.

§ 1º

Quienes pueden nombrar guardador por testamento.

La ley deriva la facultad de nombrar guardador, de la que corresponde á ciertas personas para el cuidado y dirección de la persona é intereses del menor.

En los padres legítimos esta facultad nace de la patria potestad; y como ésta es un derecho, y la guarda es un cargo ó un deber propiamente, nuestro Código no permite que el padre ó la madre legítimos den curador por testamento al hijo, mientras exista uno de ellos que ejerza las funciones inherentes á la patria potestad.

El derecho romano y el español daban al padre el derecho de nombrar tutor testamentario al hijo, pero no curador, por atribuir al adulto cierta capacidad civil que las modernas legislaciones le niegan.

El Código francés que no reconoce otro nombre á la guarda que el

(18) Art. 375 — Código Civil.

de tutela, como hemos dicho, confiere la de los hijos menores y no emancipados, *ipso jure*, al cónyuge *supérstite*, aunque con la facultad al padre de nombrar á la madre que haya de ser tutora un asesor especial, sin cuyo dictamen no pueda realizar ningún acto relativo á la tutela.

En este punto el Código chileno parece contradictorio, porque reconociendo potestad patria en la madre, consiente que el padre dé guardador, en perjuicio de los derechos de la madre á la guarda de sus hijos; y el francés, que aunque desconoce la patria potestad de ésta, establece, por otra parte, que el hijo permanezca sometido á la autoridad de sus padres hasta su mayor edad ó emancipación; aunque no nulifica enteramente las funciones de la madre sometiendo al consejo de un asesor todos ó algunos actos determinados de la tutela.

Los códigos modernos en armonía con el nuestro, entre otros el portugués, el italiano y la ley del matrimonio civil español, realzando la autoridad paterna y reconociendo toda su extensión, han rechazado el sistema de padres tutores admitido por el Código francés, por no ser posible que se haga depender exclusivamente de la existencia del matrimonio la patria potestad, y admitir que por la muerte de la madre, ó á la inversa, se dé al padre, por ejemplo, la tutela, despojándole de su carácter de jefe de la familia, reduciéndole á la condición de un tutor ordinario, y sometiéndole á garantías que, aunque modificadas favorablemente, nunca deben exigirse de un padre sin grave perjuicio de los intereses morales de la familia.

Aquella disposición del Código francés no se justifica con la opinión de Cambacérés, de que no es prudente deferir indistintamente la plenitud de los derechos de la tutela á la madre sobreviviente, porque ella puede algunas veces ser muy joven ó inexperta para ejercer semejante cargo, el cual necesitaría de un consejo de familia; y la de Portalís, cuando aseguraba que el padre es el mejor juez de la capacidad de su mujer, y por consiguiente la nombrará siempre que esté convencido de sus aptitudes para administrar los intereses de sus hijos.

En confirmación de lo que hemos expuesto se vé, que el padre legítimo puede nombrar tutor por testamento á sus hijos sino les quedare madre viva. (19)

Puede asimismo nombrar curador por testamento á los menores adultos que no han obtenido habilitación para administrar sus bienes; y á los adultos de cualquiera edad que se hallan en estado de demencia, ó son sordo-mudos que no entienden ni se dan á entender por escrito. (20)

Como también es un principio de derecho, que solo se dá curador al que no esté habilitado de edad, no puede darlo el padre por testamento á los hijos que administran por sí mismos sus bienes; pero no se le impide que lo haga con sus hijos adultos, que no puedan ejercer la administración por encontrarse en actual estado de demencia; pues la curaduría de éste puede ser testamentaria, legítima ó dativa, lo mismo que la del sordo-mudo, que se encuentra en un estado de idiotismo semejante á la locura, por no poder ser entendido ni darse á entender.

(19) Art. 376 -- Código Civil.

(20) „ 377 — „ „

Sin embargo, cesa aquel derecho en el padre que ha sido privado de la patria potestad por decreto del Juez, según el artículo 264, ó que por mala administración haya sido removido judicialmente de la guarda del hijo. (21)

Hemos dicho que el nombramiento de curador testamentario se hace depender en los padres de la patria potestad, por eso es que aquellos no pueden dar guardador al hijo que ha sido emancipado judicialmente, ni cuando se les remueve de su guarda por mala administración, por suponerse que no tendrán el acierto debido en la designación de otro guardador aquellos que descuidan y menoscaban los intereses de sus hijos.

A falta del padre podrá ejercer los mismos derechos la madre, con tal que no haya estado divorciada por adulterio, ó que por su mala conducta no haya sido privada de la patria potestad ó del cuidado personal del hijo. (22)

Como esta disposición se refiere á la madre legítima, obran aquí las mismas razones enunciadas respecto del padre, que son las de patria potestad para el nombramiento de guardador, y la falta de ella para su prohibición lo mismo que la mala conducta que la hace sospechosa.

Los padres naturales y la madre espuria podrán ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes al padre legítimo. (23)

El derecho antiguo negaba estas facultades á los padres naturales ó ilegítimos.

La ley francesa parece también negárselas, aunque nada expone expresamente á este respecto; pero nuestra legislación que reconoce en los padres naturales y en la madre espuria la facultad de dirección y el deber de cuidados personales y alimento de los hijos, ha sido consecuente otorgándoles el derecho de darles guardador por testamento.

También los padres legítimos ó naturales y la madre espuria, no obstante lo dispuesto en los artículos 379 y 380, y cualquiera otra persona, podrán nombrar tutor ó curador por testamento ó por acto entre vivos, con tal que donen ó dejen al pupilo alguna parte de sus bienes, que no se le deba á título de legítima.

Esta curaduría se limitará á los bienes que se donan ó dejan al pupilo. (24)

Como ésta es una curaduría especial que depende de la generosidad del donante, se le permite su creación á cualquier extraño ó padre aunque carezca de la patria potestad ó haya sido removido de la guarda de sus hijos, por redundar en beneficio exclusivo del menor.

En defecto de padre ó madre podrán los abuelos nombrar tutor ó curador á sus nietos legítimos. (25)

Sobre este punto nada disponía el derecho romano, y el nuestro al facultar al abuelo legítimo para nombrar por testamento guardador á su nieto, ha atendido tal vez al deber que aquellos tienen de alimentarlo y de heredarlo en ciertos casos, atribuyéndole un interés marcado por su futura existencia.

(21) Art. 379 — Código Civil.

(22) " 380 — " "

(23) " 381 — " "

(24) " 383 — " "

(25) " 382 — " "

Los abuelos paternos y maternos según el antiguo derecho español, á semejanza de la madre, podían dar tutor á sus nietos legítimos ó naturales, instituyéndoles herederos; en cuyo caso tal nombramiento debía ser confirmado por el juez del lugar en que estaban los bienes; pero si solo les dejaba un legado no podía nombrarles tutor, porque la confirmación del nombrado en este caso, equivalía á una tutela dativa.

§ 2º

A quienes puede dárseles.

Se ha dicho que el padre puede dar tutor por testamento á sus hijos legítimos que no les quede madre, y curador á los menores adultos inhábiles para administrar sus bienes; y á los dementes ó sordo-mudos, en toda edad; lo mismo que los abuelos á los nietos legítimos.

Puede asimismo el padre legítimo nombrar curador, por testamento, para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer. (26)

Este curador no es dado al hijo propiamente, y cesa en sus funciones cuando este nace, es curador del vientre como dicen los jurisconsultos franceses; por consiguiente no hay contradicción entre este artículo y aquel en que, por respeto á los derechos y patria potestad de la madre, prohíbe dárselo al hijo que tiene madre legítima viva.

El Código francés manda: que si al morir el marido la mujer está en cinta, se nombrará por el consejo de familia al hijo póstumo un curador. Al nacer el hijo, será la madre su tutora, y el curador será de derecho el pro-tutor.

Las funciones de este curador se concretan á la vigilancia de la mujer para impedir la supresión ó suplantación del parto, y á la administración de los bienes hereditarios que hayan de adjudicarse efectuado el parto, porque si el hijo concebido, pero que aún no haya nacido, tiene los mismos derechos que si hubiera visto la luz, siempre que después nazca viable, no se puede confiar la administración de los bienes del difunto á la mujer, porque para ello no hay ningún derecho si el hijo no vive, que herede á su padre y se coloque bajo la tutela de la madre.

La administración, pues, del curador al vientre, tiene un carácter puramente provisional y debe limitarse á los casos de estricta y urgente necesidad, por eso es que se modificó la frase, de curador del hijo que haya de nacer, consignada en el proyecto primitivo del Código francés.

§ 3º

¿ Podrán designarse dos ó más guardadores ?

Las legislaciones antiguas y de acuerdo con ellas las modernas, con excepción de la francesa y la de Luisiana, permiten el nombramiento de varios tutores ó curadores, en atención á lo complicado de los negocios

(26) Art. 378 — Código Civil.

de algunas tutelas y á la división y distancias en que muchas veces se encuentran los bienes, sin que esta necesidad quede destruida por los inconvenientes que acarrea la administración de varias personas, porque tal confusión puede evitarse dividiendo la administración de la tutela.

Así es que según nuestro Código, podrán nombrarse por testamento dos ó mas tutores ó curadores que ejerzan simultáneamente la guarda; y el testador tendrá la facultad de dividir entre ellos la administración. (27)

El Código francés, previendo los inconvenientes que se originaban de la unidad de la administración de la tutela, en algunos casos, como cuando se trata del manejo de bienes que existen en las colonias ó en apartadas provincias, creó el tutor sustituto designado por un consejo de familia y no por el testador, en razón de no ser acertado el nombramiento que este hiciese en personas cuyas circunstancias talvez habrían variado al tiempo de ejercer sus funciones y cuyo cambio no pudo prever el testador, como dicen algunos de sus comentadores.

Si el testador nombra varios tutores ó curadores que ejerzan de consuno la tutela ó curaduría, y no dividiere entre ellos las funciones, podrá el Juez, oídos los parientes del pupilo, confiarlas á uno de los nombrados ó al número de ellos que estimare suficiente, y en este segundo caso, dividir las como mejor convenga para la seguridad de los intereses del pupilo. (28)

Como es permitido el nombramiento de varios guardadores, y la división de la administración, para facilitar la guarda la ley faculta al Juez que la confie á uno solo ó á varios dividiendo los cargos, en atención á la opinión emitida por los parientes del pupilo para la mejor administración de la guarda.

Si hubiere varios pupilos, y los dividiere el testador entre los tutores ó curadores nombrados, todos estos ejercerán de consuno la tutela ó curaduría mientras el patrimonio permanezca indiviso; y dividido el patrimonio, se dividirá entre ellos por el mismo hecho la guarda, y serán independientes entre sí.

Pero el cuidado de la persona de cada pupilo tocará exclusivamente á su respectivo tutor ó curador, aun durante la indivisión del patrimonio. (29)

Establecida la guarda para el cuidado personal de los menores y de sus bienes, cuando varios guardadores la ejerzan de consuno sobre varios pupilos que tengan un solo patrimonio, debe cuidar cada uno de ellos de la persona de cada pupilo, y todos ellos de los bienes; pero divididos estos, el cuidado personal que es preferente, debe seguirse haciendo particularmente por el guardador designado de antemano, y cada cuota de los bienes, por aquellos á cuya administración se encargue.

Podrán asimismo nombrarse por testamento varios tutores ó curadores que se sustituyan ó sucedan uno á otro; y establecida la sustitución ó sucesión para un caso particular, se aplicará á los demás en que

(27) Art. 384 — Código Civil.

(28) " 386 — " "

(29) " 385 — " "

falte el tutor ó curador; á menos que manifiestamente aparezca que el testador ha querido limitar la sustitución ó sucesión al caso ó casos designados. (30)

El testador también puede prever la falta del guardador designándole un sustituto, y cuando lo haga para un caso determinado, interpretando su voluntad, se aplicará la sustitución á los demás, para obtener de ella las mismas ventajas en la administración general de los bienes.

Ya expresamos la razón que el legislador francés tuvo para no admitir esta clase de sustitutos mientras no los designe el consejo de familia.

Si el testador nombra varios guardadores puede uno de ellos pedir que se divida la administración, y el Juez lo hará con audiencia de los parientes, procediendo sumariamente. (31)

§ 4º

Condiciones del nombramiento.

Las tutelas y curadurías testamentarias admiten condición suspensiva y resolutoria, y señalamiento de día cierto en que principien ó espiren; pero no las dativas. (32)

El derecho romano y el español aceptaban la condición y restricciones impuestas en la curaduría testamentaria, atendiendo al derecho natural que tiene el padre de velar por la condición futura de sus hijos y los medios mas apropiados para asegurarla: derecho de que carece el Juez ó la familia, por lo que tal vez el Código francés no se la dá al consejo de familia; pero tampoco es explícito en este punto respecto al padre.

Cuando nuestro Código permite que el padre nombre guardador de una manera condicional, confía en el amor y el cuidado que éste tiene por sus hijos; pero cuando se trata de personas extrañas, como el Juez, debe éste hacer el nombramiento en el sugeto mas apto y en la mejor forma posible, como se practica siempre en las curadurías dativas.

El nombramiento de tutor ó curador debe ser cierto é inequívoco; si fuere dudoso, no valdrá. (33)

Esta disposición es clara: si la designación que se hace de guardador en testamento no fuere de persona determinada ó diese lugar á dudas, tratándose de un cargo público como la tutela y curatela, en que se encomiendan los intereses mas caros de un menor y por consiguiente de la familia, no debe tener validez tal designación.

(30) Art. 387 — Código Civil.

(31) " 764 — " — Pr.

(32) " 388 — " "

(33) " 389 — " "

CAPITULO III.

De la tutela ó curaduría legítimas.

SUMARIO.

¿ Cuándo tiene lugar la guarda legítima? — Personas que deben ejercerla — Guarda legítima del hijo natural ó espurio — Reemplazo de la guarda.

§ 1º

¿ Cuándo tiene lugar la guarda legítima?

Curador legítimo es el que por la ley es llamado al ejercicio del cargo.

Tiene lugar la guarda legítima cuando falta ó espira la testamentaria.

Tiene lugar especialmente cuando viviendo el padre ó la madre es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por decreto del juez. (34)

De lo expuesto se deduce, que la guarda legítima, reservada exclusivamente á los parientes, solo tiene lugar cuando falta la testamentaria.

Así lo establecían las leyes romanas y las españolas, admitiendo éstas toda causa que motivase la no existencia de la guarda testamentaria, á diferencia de lo dispuesto en el Digesto, que solo reconocía la espiración de la guarda testamentaria por la muerte del guardador.

Todos los códigos modernos, á semejanza de los antiguos, aceptan la guarda legítima, con excepción del de Prusia, donde todas las tutelas son dativas, pero el Juez al nombrar el tutor debe hacerlo en favor de la persona designada por el padre, la madre ó el testador, y en su defecto primero á favor de la madre.

El francés la establece expresamente cuando dice, que si el cónyuge *superstite* no hubiere nombrado tutor al menor, la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno; á falta de éste al materno, y así subiendo en las líneas directas, de modo que siempre sea preferido el ascendiente paterno al materno del mismo grado.

Fundada la ley en las afecciones naturales que nacen de las relaciones de familia, ha creado esta guarda para garantizar mas la persona é intereses del menor, y valuando la intensidad de aquellos afectos por la mayor proximidad del parentesco. señala el orden en que deben servirle.

Tiene lugar principalmente esta guarda, cuando ya no existan los padres del menor y no hubiese tutor ó curador designado por estos en testamento; y especialmente, en caso de vivir aquellos, si el menor está emancipado ó suspensa la patria potestad por resolución judicial.

[34] Art. 390 — Código Civil.

•
§ 2º

Personas que deben ejercerla.

Los llamados á la tutela ó curaduría legítima son en general :

Primeramente el padre del pupilo :

En segundo lugar la madre :

En tercer lugar los demás ascendientes de uno y otro sexo ;

En cuarto lugar, los hermanos varones del pupilo, y los hermanos varones de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar á la tutela del padre ó de la madre, el Juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y á falta de ascendientes entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere mas apta y que mejores seguridades presentare; y podrá también si lo estimare conveniente, elegir mas de una y dividir entre ellas las funciones.

La disposición del inciso precedente es también aplicable á la curaduría, pero observándose en cuanto á la designación del curador lo prescrito en el artículo 463.

Los parentescos designados en este artículo se entienden legítimos. (35)

Establecido como principio de derecho, que la guarda legítima solo tiene lugar en falta de la testamentaria, algunos jurisconsultos opinan que habiendo designado los padres guardador al hijo en testamento, aunque espire esta guarda no tiene lugar la testamentaria, porque la primer designación es una exclusión expresa de los parientes del menor, hecha por quien tiene mas derecho para velar por la condición de éste.

Pero tal argumento carece de acierto, desde que se vé que la guarda legítima tiene solamente lugar cuando se ha extinguido la patria potestad, y que por consiguiente la voluntad del padre no debe intervenir en él, correspondiendo solo á la ley velar por el estado del menor; y por otra parte, no siendo la designación paterna una expresa reprobación de los cuidados de los parientes para el menor, no debe presumirse que se hayan extinguido el interés y la afección natural que tienen los parientes por el huérfano : así es que la ley fundada en estas condiciones favorables que la naturaleza ha puesto en el corazón de la familia, le otorga de preferencia el cuidado del huérfano.

El padre es el primer encargado y después la madre, de la curaduría legítima del menor. A primera vista parece contradictorio aquí el Código con aquella disposición, en que respetando los atributos de la patria potestad, no establece la curaduría de los padres legítimos del menor; pero esta disposición debe entenderse aplicable solamente á los menores emancipados voluntaria ó legalmente de la potestad de sus padres.

Al poner límites á la patria potestad para favorecer los intereses

(35) Art. 391 — Código Civil.

sociales, no ha querido la ley restituir la potestad ya extinguida cuando lo reclame así un interés particular del menor, quedando equiparados los padres en la relación de familia con el hijo emancipado, á los demás parientes del menor.

En Suecia, donde está á cargo del padre la administración de los bienes del hijo y su dirección personal, muerto aquel la madre se encarga de la persona y bienes de los hijos, debiendo aconsejarse de los parientes del padre ó en su defecto de un tutor.

Las leyes inglesas distinguen la tutela de la curatela : el padre es tutor cuando el hijo adquiere un inmueble, y da cuenta de las utilidades. Si el padre no ha nombrado tutor á su hijo menor de diez y seis años, desempeña la madre aquel cargo; pero al llegar á los catorce años puede nombrar curador el mismo pupilo.

En los Estados- Unidos la intervención judicial es indispensable en toda tutela : ella es permanente, ya se trate del nombramiento del tutor, de recibir sus cuentas ó de autorizar el acto mas sencillo de su administración; y por el contrario, no hay acto que no pueda efectuar estando autorizado. Aún durante la vida de los padres puede el Juez nombrar tutor al hijo que posea capital propio, designando aún personas extrañas de la familia, porque la tutela en este país no es gratuita, ni se considera como un derecho ó un deber de familia, sino como cargo retribuido.

A los padres suceden en la guarda los ascendientes del pupilo, y á estos los hermanos varones del mismo pupilo ó de los ascendientes de él, siguiéndose la línea del parentesco, buscando la mayor seguridad del menor en la intensidad de los afectos, que se encuentra en razón directa de la mayor proximidad del parentesco legítimo, sin distinción de sexo.

El derecho antiguo defería esta guarda á todos los parientes de la línea paterna, por considerar que en la materna no hay connación sino parentesco natural.

La ley francesa solo la da á los ascendientes del pupilo, como ya hemos expresado.

La nuestra, según se vé, comprende en los ascendientes hasta los tíos, y al hermano á quien le atribuye tanto interés por el pupilo como aquellos, pues regularmente las relaciones entre hermanos son tiernas é íntimas, porque naciendo en la cuna se fomentan con la unión constante y vida común de la infancia, prolongándose mas allá de esta época con los dulces é imperecederos recuerdos que dejan los primeros días de la vida.

Cuando no hay lugar á la tutela ó curatela de los padres, el Juez elige entre los ascendientes ó colaterales la persona mas propia para la guarda, y si se trata de curador, la que el menor designe siendo idónea, oyendo siempre el parecer de los parientes del pupilo; pero sin que pierda el derecho de nombrarlo de oficio cuando el designado no reúna las cualidades de ley.

En esta gradación el derecho antiguo daba la preferencia al grado mas próximo; el francés á la línea paterna, siempre que se encuentren en el mismo grado los parientes; el nuestro, como se ha visto, no hace diferencia en las líneas, y en igualdad de grados da la elección al Juez

para que designe la persona mas apta y que preste mas seguridades en el cargo; pero apartándose de la mente del Código francés que excluye á la mujer de la tutela, consiente en que la desempeñe la abuela, pero no las tias ni las hermanas, por no suponerles toda la ternura y cuidado necesarios para velar por los intereses del menor, ni el juicio indispensable que solo en la madre y la abuela suple el amor.

§ 3º

Guarda legítima del hijo natural ó espurio.

Es llamado á la guarda legítima del hijo natural el padre, y si éste falta, la madre. A la de los hijos espurios es llamada la madre. (36)

Consultado en este punto también el interés y el afecto, y obligado el padre y la madre natural á alimentar al hijo lo mismo que la madre espuria, la ley ha querido conferirles además la guarda de sus hijos, por ser las únicas personas que están en íntimo contacto con estos seres desgraciados á quienes la familia arroja de su seno.

§ 4º

Reemplazo de la guarda.

A semejanza del tutor sustituto creado por la legislación francesa y diferente al curador especial ó adjunto, nuestro Código permite el reemplazo del guardador legítimo que cese en su cargo, con otro legítimo que desempeñe las mismas funciones mientras dure el pupilaje; y así prescribe: que si continuando el pupilaje cesare en su cargo el guardador legítimo, será reemplazado por otro de la misma especie. (37)

Debiendo darse la guarda al que la necesita, como muchas veces la testamentaria la dá el padre bajo condición resolutoria ó á día cierto que se cumple durante el pupilaje, ó cesa un guardador legítimo en su cargo, debe reemplazarse al guardador con otro para que el menor no quede en desamparo, correspondiendo el cargo en esta vez al legítimo inmediato.

CAPITULO IV.

De la tutela ó curaduría dativa.

A falta de otra tutela ó curaduría, tiene lugar la dativa. (38)

Curaduría dativa es la que se da por el Juez.

Hemos dicho que la guarda es testamentaria, legítima ó dativa, prefiriéndose unas á otras en el mismo orden, de manera que la curaduría dativa es la última y solo tiene lugar á falta de la testamentaria y legítima.

Según se verá, en nuestro Código se han definido con precisión las

[36] Art. 392 — Código Civil.

[37] " 393 — " "

[38] " 394 — " "

diferentes especies de guarda, los impedimentos y excusas del ejercicio de este cargo, sus facultades administrativas, sus deberes, sus emolumentos, y sus responsabilidades.

El derecho romano y el español reconocían la guarda dativa, ya con un carácter perpetuo ó interino, como lo hace nuestro Código.

El francés y con él los de Portugal, Italia, Holanda y Luisiana solo otorgan la facultad de nombrar tutor, á falta del testamentario y legítimo, al consejo de familia; pero la mayor parte de las legislaciones modernas de Europa dejan esta atribución á los tribunales, y en varios cantones de Suiza á los ayuntamientos.

En Inglaterra compete al tribunal de la Cancillería el nombramiento de los tutores dativos, y al de la Tesorería el de los curadores *ad litem*.

Cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela ó de una curaduría, ó durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor ó curador seguir ejerciéndola, se dará por el magistrado un tutor ó curador interino, para mientras dure el retardo ó el impedimento.

Pero si hubiere otro tutor ó curador que pueda suplir la falta, ó si se tratare de nombrar un tutor ó curador que suceda al que actualmente desempeña la tutela ó curaduría, y puede éste continuar en ella algún tiempo, no tendrá lugar el nombramiento del interino. (39)

Expresado como queda, que la curaduría dativa es perpetua ó interina, añadiremos que la perpetua tiene lugar cuando no existiendo curador testamentario ó legítimo la confiere el Juez por todo aquel tiempo que hubieran durado las otras curadurías: así es, que el curador dativo dado á un menor se entiene que lo es hasta que éste llegue á la mayor edad, ó hasta que tengan lugar algunas de las causas que pongan término á toda curaduría. La interina es la que se dá por tiempo determinado, y tiene lugar en los casos expresados en el artículo anterior, que son el retardo del ejercicio de una curaduría perpetua ó el impedimento de ejercerla.

Pero no se dará curador interino al menor si hubiese otro que supla la falta, ó si se tratare de reemplazar porque haya de cesar en el cargo, pues en este caso, en vez de nombrársele interino debe obligársele á continuar para mientras se nombra guardador en propiedad.

Si el curador interino se designa para una tutela ó curaduría general, su guarda se regirá por las reglas generales de la tutela ó curaduría en general; pero si es para un asunto especial, debe someterse á las señaladas á la curaduría especial.

Según las antiguas leyes españolas, los parientes mas cercanos del pupilo pedían al Juez que le proveyera de tutor cuando no lo tenía y ellos no podían desempeñar el cargo; por su negligencia podían hacer esta petición los amigos del huérfano ó cualquier vecino del pueblo, y en falta de estos el Juez lo practicaba de oficio, designando el sugeto mas idóneo. Pero cuando se trataba de dar curador, el menor tenía el derecho de pedimento y designación.

El Magistrado para la elección del tutor ó curador dativo, deberá

oír á los parientes del pupilo, y podrá en caso necesario nombrar dos ó mas, y dividir entre ellos las funciones, como en el caso del artículo 386.

Si hubiere curador adjunto, podrá el Juez preferirle para la tutela ó curaduría dativa. (40)

El nombramiento de tutor ó curador dativo se hará por el Juez de 1ª Instancia del domicilio del menor á petición verbal de éste, de cualquiera de sus parientes ó de oficio, procediendo sumariamente y con audiencia de los parientes del pupilo. En caso de necesidad puede nombrar dos ó mas guardadores y dividir entre ellos las funciones de la guarda, como lo hemos expresado al tratar del tutor y curador testamentario. (41)

Siempre que el Juez tenga noticia que en territorio de su jurisdicción existe alguna persona que carezca de guardador, dispondrá que á la mayor brevedad se compruebe el hecho, y resultando cierto nombrará un tutor ó curador interino al desamparado, y citará por edictos con treinta días de plazo á todos los que se crean con derecho á la tutela ó curaduría legítima. Si ninguno se presenta con los comprobantes del caso, hará el Juez el nombramiento definitivo é irrevocable de tutor ó curador en la forma legal. Lo mismo practicará cuando un guardador testamentario ó legítimo cese por motivos justos en el ejercicio del cargo, y en los casos de interdicción.

Cuando se presenten diversas personas optando la guarda legítima, el Juez resolverá sumariamente, observando lo prescrito en los artículos 389, 475, 491, 497 y 502 del Código Civil, en sus respectivos casos. (42)

(40) Art.	396 —	Código Civil.
(41) "	765 y 766	" — Pr.
(42) "	768 —	" "

TITULO 20.

De las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela ó curaduría.

SUMARIO.

Diligencias previas al ejercicio de la guarda — Discernimiento de ella — Caución que debe rendir el guardador — Inventario de los bienes del pupilo.

§ 1º

Diligencias previas al ejercicio de la guarda.

Definida la guarda en general y señalado el origen de la tutela y curaduría que marca sus clases y les da un nombre especial, corresponde á nuestro propósito entrar en el examen de todas aquellas diligencias y requisitos que preceden al ejercicio de este cargo, para ocuparnos en seguida de los que tienen lugar durante él y á su terminación, siguiendo de esta manera el método adoptado por nuestro Código, que para mayor claridad trata hasta el fin de esta materia y en título separado, de las incapacidades, excusas y reglas comunes á ambas, que aunque pertenecen á la organización de la guarda y las ponen en primer término otros Códigos, ellas no afectan la naturaleza de la institución.

Siendo la guarda un cargo que nuestra ley eleva á la categoría de público, afianzándolo con la sanción de la autoridad por sus trascendentales efectos en el orden social, se hace preciso que al revestir de tal carácter al guardador, la autoridad use de una fórmula ostensible y precisa, que por sí sola constituya un título de la misión encomendada á aquel; y esta fórmula es el discernimiento.

Pero como debe quedar garantida la guarda sin ocurrir á las formas dispendiosas que acompañan siempre los cargos privados, que requieren una constante vigilancia, nuestra ley á semejanza del derecho antiguo, busca esta permanente seguridad en la fianza del guardador y en el inventario de los bienes que recibe por cuenta del pupilo.

La ley española exigía que el tutor ó curador para entrar al ejercicio de su cargo jurara ante el Juez ó el escribano comisionado, que guardaría bien y fielmente la persona y los bienes del huérfano, dando fianzas seguras y sancadas, y haciendo inventario solemne ante escribano público y testigos de todos los bienes y derechos del huérfano.

El Código francés no establece propiamente el discernimiento, porque solo concede á los padres ó ascendientes del pupilo y al consejo de familia el nombramiento de tutor; garantizando la guarda con las fun-

ciones que confiere al tutor sustituito para obrar en favor de los intereses del menor siempre que estén en oposición con los del tutor, con la vigilancia que debe ejercer el consejo de familia y su facultad de remover al tutor, con el inventario de los bienes del menor y venta de los muebles en pública subasta, con el señalamiento que hace el consejo de familia al tutor de la cantidad que puede gastar anualmente en la administración de la tutela y colocación del resto de los valores, y con las penas á que le sujeta por estas omisiones, deberes y otras restricciones que le impone.

§ 2º

Discernimiento de ella.

Como discernir es encargar un negocio á una persona por el Juez, el discernimiento puede definirse, como el nombramiento judicial hecho en alguna persona, por el cual se le habilita para alguna acción ó el desempeño de algún cargo ó negocio.

Nuestro Código, atendiendo á que toda tutela ó curaduría debe ser discernida, llama discernimiento al decreto judicial que autoriza al tutor ó curador para ejercer su cargo. (1)

Este decreto es esencial para la validez de los actos del guardador y para que su cometido revista el caracter de público, toda vez que la tutela y la curaduría deben ser discernidas, según el mandato de la ley.

Por eso es que, los actos del tutor ó curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento, son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo. (2)

Orijinándose el cargo de la autorización judicial, porque el nombramiento hecho por los padres, donante ó testador es una simple designación, como la de la ley, que necesita ser confirmada por el Juez.

Pero en atención á este nombramiento y á la importancia del cargo que ejerce el guardador, la ley ha querido dar un efecto retroactivo al decreto judicial, para convalidar los actos ejecutados por el guardador designado, con el fin de evitar al pupilo los perjuicios que se seguirían del retardo de sus operaciones.

Como por el derecho español correspondía al Juez del domicilio del huérfano darle tutor, y á falta de éste al del lugar de su nacimiento ó del de su padre, ó al de aquel en que estuvieren la mayor parte de sus bienes, prefiriéndose siempre á los primeros en este orden, tocaba el discernimiento del cargo al que hubiese hecho el nombramiento; aunque el glosador Gregorio López, fundado en ley expresa, afirmaba que era práctica constante el discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaría.

Entre nosotros lo hace el Juez de 1ª Instancia del domicilio del

(1) Art. 397 — Código Civil.

(2) „ 401 — „ „

menor á petición del tutor ó curador, del pupilo mismo ó de sus parientes; pero si el valor de los bienes que se ponen en guarda, no excede de quinientos pesos, aquella operación corresponde al Juez de Paz respectivo; dándose siempre certificación del decreto de discernimiento al tutor ó curador para que legitime su personería.

§ 3º

Caución que debe rendir el guardador.

Obedeciendo al intento de todos los legisladores antiguos y modernos, que han rodeado de la mayor suma de garantías la propiedad de aquellos que por inexperiencia ó incapacidad no pueden administrarla por sí mismos, encargándola á ajenos cuidados nuestra ley ha querido, que para discernir la tutela ó curaduría preceda el otorgamiento de la fianza ó caución á que el tutor ó curador esté obligado. (3)

Esta disposición se conforma, como hemos dicho, á la mente de todas las legislaciones, pues el derecho romano exigía la caución al guardador legítimo como garantía de estabilidad de los bienes del menor, y para que aquel siendo responsable en todo caso por estos valores, prestase mayor cuidado en su conservación y aumento; y si excluía de la obligación de caucionar á los tutores testamentarios y á los dativos, era en atención solamente al respeto que le merecía la voluntad del testador y la intervención judicial, por suponer que tales actos eran suficientemente deliberados.

La ley española consignaba disposiciones análogas, con la diferencia de que el tutor legítimo solo quedaba excluido de la fianza cuando era rico.

Teniendo en Francia una intervención tan directa el consejo de familia en los actos del tutor, extensiva hasta los gravámenes ó enagenaciones de los bienes del menor, como lo hemos expresado anteriormente, y reputándose una carga la tutela, no ha querido la ley agravarla con el aumento de una responsabilidad caucionada, porque los cuidados de la administración están confiados propiamente al amor y la interesada solicitud de la familia, y á la vigilante intervención de un tutor sustituto, como lo expresaba el tribuno Leroy en la discusión de aquel cuerpo de leyes.

Igual cosa sucede en Holanda, Italia, Portugal y la Louisiana.

En Alemania, Austria y Rusia un Colegio de tutores interviene en los actos mas importantes del guardador.

En Dinamarca y Noruega, administraciones generales se encargan de los cuidados de la tutela.

En Inglaterra, Suecia, Suiza, Illinois, y por el antiguo Código prusiano, el tutor aparece como un simple delegado de la autoridad.

Pero el nuestro, siguiendo un sistema distinto y dejando ente-

[3] Art. 398, inc. 1º — Código Civil.

ra libertad en el manejo de la guarda, se ha visto precisado á buscar su garantía en las cauciones que exige al guardador y en otras obligaciones que le impone.

Según el Código mejicano, el auto en que se discierne la tutela debe anotarse en el registro del estado civil, lo mismo que la partida del nacimiento del incapacitado con referencia á la fecha del anterior, el nombre del tutor y curador y la garantía dada en favor del menor, conformándose al Reglamento de 10 de Junio de 1871, como requisito previo al ejercicio de la tutela: la omisión de aquel registro no impide al tutor entrar en ejercicio de su cargo.

Pero no obstante las razones expuestas y el fundamento en que descansa nuestro Código para buscar en la fianza la seguridad de los bienes del menor, sin atender á la supuesta aprobación de la idoneidad del guardador dada por el Juez, testador ó donante; fiado en el mayor interés y cuidados que se suponen nacer de la mayor intimidad de los lazos de familia, ó atendiendo á la poca importancia de los bienes ó á su falta de administración, excluye de la obligación de prestar fianza, en calidad de tutor ó curador:

1º Al cónyuge y á los ascendientes y descendientes legítimos;

2º Los que se dan para un negocio particular sin administración de bienes.

Podrá también ser relevado de la fianza el guardador cuando el pupilo tuviese pocos bienes, ó cuando fuese persona de conocida probidad y de bastantes facultades para responder de ellos. (4)

En esta parte, imitando al derecho español, nuestra ley en términos generales introduce una excepción al principio sentado, atendiendo á la idoneidad y recursos del guardador para relevarle de la fianza; excepción que no debiera existir, porque ella vicia por su base el sistema adoptado y expone en aventuradas calificaciones derechos en que la causa pública está interesada. Si el guardador es solvente, debe aprovecharse esta mayor seguridad en pro de los intereses del menor.

La garantía de la fianza está establecida en casi todos los Códigos de la América Española: para los tutores testamentarios en algunas Repúblicas; pero según el nuestro, á falta de ella podrá prestarse hipoteca suficiente. (5)

La hipoteca no es mas que una sustitución de la garantía de la fianza que dá el mismo resultado que se ha propuesto la ley al exigir ésta.

En el Estado de Louisiana se reclama también la fianza, pero á falta de hipoteca.

El juramento que al guardador imponía la ley española, de cumplir fielmente con el cargo, se observa todavía en Alemania, Austria, en los Cantones de Vaud y Fribourg, en la Louisiana y varias Repúblicas del Sur, en América; pero nuestro Código á semejanza del chileno, lo ha abolido como inoficioso.

[4] Art. 399 — Código Civil

[5] „ 400 — „ „

§ 4º

Inventario de los bienes del pupilo.

Inventario es el instrumento en que se anotan con especificación los bienes de alguno, por muerte ó por razón de tutela ú otra causa. Es además un acto conservatorio, que tiene por objeto hacer constar los bienes de que se trata y evitar la mayor responsabilidad de aquel á quien pasan ó se confían en custodia.

Puede ser simple ó solemne. Simple es el que se hace privadamente ante escribano ó testigos, sin observar las solemnidades prescritas por derecho, reduciéndose á una simple nómina ó descripción circunstanciada de los bienes. Solemne, aquel en que interviene el Juez, escribano y testigos, y se observan las demás solemnidades prescritas en el Código de Procedimientos.

También se divide en judicial y extrajudicial. Judicial es el ordenado por el Juez de oficio ó á pedimento de partes. Extrajudicial, el que se hace sin decreto del Juez por los interesados en los bienes, pero con asistencia de escribano ó testigos y demás requisitos del inventario solemne.

El inventario es de esta manera la base de la administración y el cargo de la cuenta que debe presentar el guardador al terminar sus funciones.

Por eso es que la ley prohíbe que se le dé la administración de los bienes, sin que preceda inventario solemne. (6)

Esta disposición se conforma á lo que establecían el derecho romano y el español, que han adoptado también el francés y el chileno, fuentes de donde mana la nuestra.

El tutor ó curador es obligado á inventariar los bienes del pupilo dentro los noventa días subsiguientes al discernimiento, y antes de tomar parte alguna en la administración, sinó en cuanto fuere absolutamente necesario.

El Juez, según las circunstancias, podrá restringir ó ampliar este plazo.

Por la negligencia del guardador en proceder al inventario, y por toda falta grave que se le pueda imputar en él, podrá ser removido de la tutela ó curaduría como sospechoso, y será condenado al resarcimiento de toda pérdida ó daño que de ello hubiere resultado al pupilo, de la manera que se dispone en el artículo 447. (7)

Requisito indispensable para la buena administración del guardador y comprobante forzoso para la rendición de sus cuentas, es el inventario; por eso es que el Código previene, que dentro los noventa días subsiguientes al discernimiento lo formule el guardador, prohibiéndole mientras tanto todo acto administrativo que no sea absolutamente necesario.

[6] Art. 398, inc. 2º — Código Civil.

[7] " 402 — " "

Atendida la naturaleza del inventario que reviste la forma de solemne, y siendo indeterminada la cuantía de los bienes, se ha creído indispensable el término de tres meses para su formación, ampliable ó restringible por el Juez según las circunstancias.

El derecho antiguo establecía la necesidad del inventario antes del ejercicio de la guarda, pero sin señalar el plazo de su terminación. El francés apenas indica, que el tutor después de pedir que se levanten los sellos dentro de los diez días siguientes al de su nombramiento, procederá inmediatamente al inventario de los bienes del menor.

A esta disposición se conforman varios códigos europeos modernos y aún algunos de la América, como el de Louisiana; pero el de Cerdeña señala el término de un mes, prorogable por el consejo de familia.

Pero tales precauciones tomadas por la ley serían incifiosas si no estuviesen aseguradas por una sanción penal: así es que, la omisión del inventario y toda falta grave cometida en él, acarrea la remoción del guardador como sospechoso y el resarcimiento de toda pérdida ó daño que hubiere causado al pupilo, lo mismo que del lucro cesante, apreciados y jurados por el mismo pupilo, salvo que el Juez modere la cuantía.

En este último punto nuestro Código se conforma á los dictados del derecho romano, que condenaba al guardador al pago de daños y perjuicios, preciados por el pupilo en su mayor edad.

El español daba tal fuerza é importancia al inventario, que no consentía prueba en contrario á su contenido.

El francés no es expreso á este respecto. Sus comentadores, fundándose algunas veces en el derecho consuetudinario y en las prácticas de la Bretaña, creen que debe obligarse al guardador al resarcimiento de perjuicios computados por el juramento del pupilo, aunque sujetos en último término á la regulación del Juez; otros, sosteniendo opiniones contrarias y guiados por las prácticas de Poitou, destruyen aquellas opiniones, porque en ningún caso creen dispensado al tutor de hacer inventario.

Pero tales responsabilidades no pueden determinarse, como lo hace nuestra ley, por no fijarse la época precisa en que debe terminarse el inventario.

La pena de destitución es muy justa para quien no cumple con este deber, que sirve de base á la administración, de guía á sus operaciones y de título fehaciente de la cuenta que debe rendir el guardador: sobre este primer punto guardó silencio la legislación antigua, y el Código francés reserva la remoción para las infidelidades ó incapacidades del guardador en la gestión de los negocios de la guarda.

Así es que el testador no puede eximir al tutor ó curador de la obligación de hacer inventario, pero sí de la de prestar fianza. (8)

Aunque en términos generales ha sentado nuestro Código, que no se dará al guardador la administración de los bienes sin que preceda inventario, para ser mas claro ha querido ser aquí mas explícito, evitando de esta manera dudas y cuestiones respecto á la primordial ga-

(8) Art. 403 — Código Civil.

rantía de la consistencia de los bienes del pupilo, que es el título en que éstos constan con todos sus detalles, del cual no quiere dispensar al guardador como la prueba futura para su devolución, aunque perinita al testador, descansando en la confianza que le merece el guardador nombrado por él, relevarle de la fianza.

Porque el Código francés nada ha dicho á este respecto, creen algunos de sus comentadores, que el testador pudiera excluir de la obligación de hacer inventario al tutor designado por él, en atención á que siendo el dueño de los bienes cuya administración confía, puede aún legarlos al guardador, es todavía el árbitro supremo de sus intereses cuando nombra á aquel, y él pudiera tener en mira el fin de ocultar el estado de sus negocios; pero todas estas consideraciones se desvanecen ante el hecho de que la guarda solo es establecida en favor del menor y que los bienes de ella solo se confían temporalmente para que le sean entregados en una época determinada: si el guardador es obligado en todo caso á rendir cuentas, se contraría este fin omitiendo el inventario, que es la legítima y mas segura comprobación de ellos.

Para proceder á la facción del inventario se presentará el guardador ante el Juez de 1ª Instancia respectivo; pero si allí no hubiese Juez ni escribano, hará sus veces el Juez de Paz siempre que el capital, calculado aproximadamente, no exceda de quinientos pesos. (9)

Pero si el tutor ó curador probare que los bienes son tan exiguos que no excederán de mil pesos, podrá el Juez, oídos los parientes del pupilo, remitir la obligación de inventariar solemnemente dichos bienes y exigir solo un apunte privado, bajo las firmas del tutor ó curador y de tres de los mas cercanos parientes mayores de edad, ó de tres personas respetables á falta de éstos.

El Juez en este caso, después de oír á los parientes del menor, recibirá las pruebas que ofrezca el guardador dentro de ocho días, y concluidos resolverá dentro de los tres siguientes lo que fuere de justicia; pero esta resolución corresponderá al Juez de Paz en forma verbal, cuando los bienes que tratan de inventariarse no excedan de quinientos pesos. (10)

Se ha sentado como principio general, que el inventario de los bienes del pupilo que debe formular el guardador debe ser solemne, en atención á la importancia de este cargo, á su publicidad y á la mayor garantía para la estabilidad de aquellos intereses; pero como tales formas se llenan solamente para favorecer al menor, en caso de ser muy exiguos los bienes, redundarían antes en su daño por los gastos que demandan, que en su provecho, la ley permite que en esta ocasión el inventario revista el caracter de simple.

Así lo establece hoy el derecho español á semejanza de la antigua legislación francesa, lo mismo que el Código chileno, justificando esta práctica con razones de bastante peso el comentador español García Goyena.

El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles

[9] Art. 404 — Código Civil y 849 Pr.

[10] „ 405 — „ „ 773 „

de la persona cuya hacienda se inventaría, particularizándolos uno á uno ó señalando colectivamente los que consisten en número, peso ó medida, con expresión del precio, cantidad y calidad; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner á cubierto la responsabilidad del guardador.

Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere probante ó solo noticia, los libros de comercio ó de cuentas, y en general todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocida-mente de ningún valor ó utilidad ó que sea necesario destruir con algún fin moral. (11)

Montanus dice, que el inventario debe ser exacto, fiel y completo: que él debe contener todos los bienes y aún referir el nombre de los inmuebles, los títulos de propiedad, con descripciones completas. Toullier afirma, que aquel es un acto notario que comprende el detalle de todos los bienes de la sucesión, los muebles, efectos, mercaderías, dinero cantante, créditos, billetes, títulos y demás papeles que ha dejado el difunto; es en una palabra el cuadro de la sucesión. Y el Código de Procedimientos francés exige que se consignen los valores de los muebles.

Debe comprender el inventario aún las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si se encontraren entre las que lo son; y la responsabilidad del tutor ó curador se extenderá á las unas como á las otras. (12)

Para evitar perjuicios al menor y la pérdida de algunos bienes por la creencia de la simple afirmación de no pertenecerle, ha determinado el legislador mandar que se comprendan en el inventario todos aquellos bienes que se encuentren entre los del menor, aunque no le pertenezcan, dejándolos á cargo y bajo la responsabilidad del guardador, porque los derechos de tercero se salvan con el de reivindicación que en todo caso concede la ley al dueño legítimo.

Si después de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, ó por cualquier título acrecieren nuevos bienes á la hacienda inventariada, se hará un inventario solemne de ellos y se agregará al anterior.

Y si estos bienes estuviesen esparcidos en diversos distritos, se librarán á solicitud de parte exhortos á la autoridad competente para que los inventaríe. (13)

La ampliación de inventario se hace forzosa en este caso para evitarle al menor la pérdida que se seguiría de no incluir los nuevos bienes, sin que este requisito pueda evitarlo la circunstancia de estar ya concluido aquel, debiendo agregarse las nuevas actas á las anteriores, y es hasta entonces que debe considerarse terminada la operación.

La mera aserción que se haga en el inventario de pertenecer á determinadas personas los objetos que se enumeran, no hace prueba en cuanto al verdadero dominio de ellos. (14)

[11] Art. 406 — Código Civil y 855 Pr.

[12] " 408 — " " y 860 "

(13) " 407 — " " y 858 "

(14) " 409 -- " "

Esta simple referencia, no constituyendo una confesión judicial ni tampoco la aserción personal á que dá fuerza de prueba el documento público, no puede tenerla.

El Código de Procedimientos ha señalado ya la manera de salvar los derechos de tercero en este caso, autorizando al Juez que ordena la confección del inventario, para que decrete la entrega de los objetos reclamados, si á ella no se oponen los interesados después de un traslado de tres días, y si hubiese oposición después de llenados los trámites del juicio ordinario de hecho ó de derecho. Si el Juez de Paz conoce del asunto y el valor de los objetos reclamados no excede de doscientos pesos, á él corresponde conocer del incidente en terminación verbal. (15)

El Código romano y una ley de partidas daban tal fuerza al inventario que no permitían prueba en contrario equiparándolo al instrumento público; pero los intérpretes de ambos derechos, fundados en aquellas disposiciones en que se admite á la parte prueba contra su propia confesión hecha en juicio, con la cual tiene analogía la del inventario, opinaron que debía admitirse al tutor la que se refiere á un error de hecho, siempre que sea justificable.

Pero si el tutor ó curador alegare que por error se han relacionado en el inventario cosas que no existían, ó se ha exagerado el número, peso ó medida de las existentes, ó se les ha atribuido una materia ó calidad de que carecían, no le valdrá esta excepción; salvo que pruebe no haberse podido evitar el error con el debido cuidado de su parte, ó sin conocimientos ó experimentos científicos. (16)

Esta disposición obedece á las mismas consideraciones antes expresadas, pero como ella se refiere á errores muy notables, exige mayor fundamento en la prueba, como el no haber podido evitar aquellos, ó la carencia de conocimientos periciales ó científicos.

El tutor ó curador que alegare haber puesto á sabiendas en el inventario cosas que no le fueron entregadas realmente, no será oído aunque ofrezca probar que tuvo en ello algún fin provechoso al pupilo. (17)

Si el guardador ha consignado en el inventario objetos que no se le han entregado, á él mismo debe imputarse esta culpa, pues nunca es presumible que el depositario que tiene que responder de las cosas que se le dan en depósito haga aparecer algunas que no se le han confiado.

Los pasajes oscuros ó dudosos del inventario se interpretarán á favor del pupilo, á menos de prueba contraria. (18)

Esta no es mas que una consecuencia de los principios sentados: como el inventario se ha constituido á favor de los intereses del menor, en caso de duda deben salvarse estos.

El tutor ó curador que sucede á otro recibirá los bienes por el inventario anterior y anotará en él las diferencias.

[15] Art. 860 y 861 — Pr.
[16] " 410 — Código Civil.
[17] " 411 — " "
[18] " 412 — " "

Esta operación se hará con las mismas solemnidades que el anterior inventario, el cual pasará á ser así el inventario del sucesor. (19)

Aunque el Código francés nada dice á este respecto, Zachariae y otros expositores del mismo establecen esta doctrina que adoptó el Código chileno y á su semejanza el nuestro.

[19] Art. 413 — Código Civil.



TÍTULO 21.

De la administración de los tutores y curadores relativamente á los bienes,

CAPITULO I.

Representación y sus límites.

SUMARIO.

Qué actos comprende el ejercicio de la guarda y método que debió seguirse — Representación del pupilo — Casos especiales.

§ 1º

Qué actos comprende el ejercicio de la guarda y método que debió seguirse.

Habiéndonos ocupado ya de los actos previos al ejercicio de la guarda, cumple á nuestro propósito pasar á exponer y razonar todos aquellos que se refieren á la administración de ella, porque una vez otorgada la fianza, discernido el cargo é inventariado los bienes, entra á su ejercicio el guardador.

Corresponde á éste, el cuidado de la persona del pupilo, su representación, y la administración de sus bienes; y es siguiendo el orden de tales facultades que dividiremos el presente título.

Pero como el Código sigue un método distinto y comienza por tratar en este lugar una sola de las atribuciones que corresponde á la administración de la persona del pupilo, dejando para títulos posteriores el cuidado de su persona y su educación, nos vemos obligados á seguirle comenzando por la representación del menor.

El Código francés trata en este lugar de la administración de la tutela en general, y no simplemente de la de los bienes como lo hace el nuestro, sentando: que el tutor velará sobre la persona del menor y le representará en todos los negocios civiles: administrará sus bienes como buen padre de familia, y responderá de los daños y perjuicios que de su mala gestión pudiesen sobrevenir. Este mismo orden siguen sus comentadores exponiendo en primer lugar las reglas que se refieren al cuidado personal del menor, su educación y corrección, y posteriormente la representación de su persona que corresponde al tutor.

§ 2º

Representación del pupilo.

Toca al tutor ó curador representar al pupilo en todos los actos judiciales ó extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus

derechos ó imponerle obligaciones... Puede asimismo autorizarlo bajo su responsabilidad para dichos actos extrajudiciales en la forma prescrita en el artículo 138. (1)

Aunque la administración tutelar reviste solamente el carácter de un mandato, alejado como se encuentra el guardador en ella del ejercicio de todo acto de dominio, sobre él pesa hoy toda la responsabilidad de estos actos, ya sean ejecutados dentro de la esfera judicial ó fuera de ella, porque el derecho moderno no concede ninguna clase de capacidad civil al menor durante el ejercicio de la guarda, como la otorgaba el derecho romano á los púberes á quien el curador prestaba simplemente su asistencia en los actos y contratos que ejecutaba éste por sí mismo, de donde se derivaban beneficios perjudiciales al derecho de terceros siempre que el menor había sido dañado en aquellos.

Comprendiendo la representación pupilar todos los actos de la vida civil del menor, se hace preciso marcar los límites hasta donde aquella alcanza ya sea en los actos judiciales ó extrajudiciales que correspondan á la guarda y puedan menoscabar los derechos ó imponer obligaciones al menor, porque el derecho de representar al menor en los actos civiles es una de las funciones que corresponden á la administración de sus bienes, una vez que los actos en que el pupilo es representado por el tutor comprenden los contratos y los juicios que interesan á su estado y á su fortuna.

En todos los actos judiciales es indispensable la intervención directa del guardador; pero en los extrajudiciales puede faltar ésta siempre que bajo su propia responsabilidad autorice al pupilo por instrumento público para ejecutarlos.

Así es que en el ejercicio aquellos puede el guardador presentarse en juicio como actor ó demandado ya se trate de los bienes raíces ó de los muebles.

El Código francés no permite que el tutor entable demandas relativas á los derechos que sobre bienes inmuebles hubiera tenido el menor, ni consentir las propuestas en su perjuicio sin autorización del consejo de familia; tratando de esta manera de suplir, en los intereses de mayor importancia, la garantía de la fianza que no exige al guardado, con intervención del consejo de familia.

Nuestro Código, á semejanza del derecho romano y español, deja en plena libertad al guardador en el ejercicio de su cargo, basando la seguridad de los intereses que le encomienda, en la caución y hasta en la responsabilidad de la culpa leve.

Así es que, si en el testamento se nombrare una persona á quien el guardador haya de consultar en el ejercicio de su cargo, no por eso será éste obligado á someterse al dictámen del consultor, ni haciéndolo cesará su responsabilidad.

Si en el testamento se ordenare expresamente que el guardador proceda de acuerdo con el consultor, tampoco cesará la responsabilidad del primero por acceder á la opinión del segundo; pero habiendo discor-

[1] Art. 414 — Código Civil.

dia entre ellos no procederá el guardador si no con autorización del Juez, que deberá concederle con conocimiento de causa. (2)

No obstante la libertad de que goza el guardador en el ejercicio de la guarda, ésta solo le confiere el poder de ejecutar actos de pura administración y no aquellos que implican dominio, como sucede en todo mandato; para ejercer estos necesita de poder especial.

En consecuencia, necesita de previo decreto judicial para proceder á transacciones ó compromisos sobre derechos del pupilo que se valúen en mas de quinientos pesos y sobre sus bienes raíces; y en estos casos y en cualquiera otro en que no deba preceder decreto, la transacción ó el fallo del compromisario se someterán á la aprobación judicial, so pena de nulidad. (3)

En esta parte difiere nuestra ley de la romana, porque el Digesto permitía al tutor transigir por sí solo cuando se disputaban los intereses del menor, pero le prohibía que lo hiciese perdiendo por reputar este resultado como una donación, que implica un acto de dominio.

La facultad transigir supone la de ceder en parte un derecho, y la de comprometer, envuelve la renuncia de los trámites establecidos por la ley, cuyos actos solo pueden ser ejercidos por el interesado ó por el mandatario autorizado especialmente. Así es que en todo caso, ya sea que preceda la autorización judicial ó nó, la transacción ó el compromiso deben someterse á la aprobación del Juez para que puedan tener efecto legal.

El Código francés exige la autorización del consejo de familia en las transacciones que celebre el tutor con dictamen de tres letrados designados por el fiscal del tribunal de primera instancia; y para su validez, la confirmación del mismo tribunal, previo dictamen fiscal.

Análogas disposiciones consignan los de Italia, Prusia, Holanda y el del Cantón Vaud, donde la autorización es simplemente judicial.

Con mayor razón se prohíbe al tutor ó curador que, sin previo decreto judicial, enagene los bienes raíces del pupilo ó los grave con hipotecas ó servidumbres; no pudiendo el Juez autorizar estos actos, sino por causa de utilidad ó necesidad manifiesta. (4)

La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en el artículo precedente, se hará en pública subasta, conforme en el Código de Procedimientos se prescribe. (5)

Todas las legislaciones, reconociendo en la enagenación ó gravamen de los bienes, un acto de dominio, y que al tratarse de los inmuebles el daño sería superior si no hubiese una causa justa que justificase aquellos actos, ha prohibido al guardador enagenar los inmuebles del pupilo sin previa autorización. El derecho romano y el español hacían extensiva esta prohibición hasta á los muebles preciosos.

El primero requería para la enagenación de aquellos bienes la prueba de su necesidad y utilidad; y el segundo la de cualquiera de estos

(2) Art. 416 — Código Civil.

(3) " 424 — " "

(4) " 417 — " "

(5) " 418 -- " "

extremos, ó la necesidad de pagar las deudas del padre, dotar alguna hermana del huérfano ó para el casamiento de éste, ya sea para vender ó gravar los bienes indicados, y puede recaer la autorización judicial.

El Código francés, refiriéndose á los bienes raíces en estos actos exige la autorización del consejo de familia que reconoce por causa una necesidad absoluta ó una utilidad evidente, y la cual debe ser confirmada por el tribunal de primera instancia, con previo dictamen fiscal.

En el caso de necesidad, si el consejo de familia no concede su autorización sinó después de haber hecho constar en cuenta sumaria presentada por el tutor, que el dinero, muebles y rentas del menor no bastan á cubrir sus necesidades; indicando aquel en todo caso los bienes y muebles que hayan de venderse con preferencia, y todas las demás condiciones que considere oportunas.

Nuestro Código, como se ha visto, para la venta ó gravamen de los bienes inmuebles solamente, reclama la autorización judicial basada en la necesidad ó utilidad de aquellos actos, porque sin ser necesaria muchas veces la venta de algunos bienes del pupilo, hay utilidad en hacerlo ya porque ellos sean improductivos ó sea muy gravosa su administración.

Otro de los requisitos que exige para la venta de los inmuebles, á semejanza de la ley española y de la francesa y con el fin de obtener el mejor precio posible y evitar las coluciones, es la subasta, acto que garantiza más la venta y las condiciones favorables al menor, con la publicidad.

No obstante la disposición del artículo 417, si hubiere precedido decreto de ejecución ó embargo sobre los bienes raíces del pupilo, no será necesario nuevo decreto para su enagenación, tampoco será necesario decreto judicial para la constitución de una hipoteca ó servidumbre sobre raíces que se han trasferido al pupilo con la carga de constituir dicha hipoteca ó servidumbre. (6)

Sin previo decreto judicial no podrá el tutor ó curador proceder á la división de bienes raíces ó hereditarios, que el pupilo posea con otros proindiviso.

Si el Juez á petición de un comunero ó coheredero hubiere decretado la división, no será necesario nuevo decreto. (7)

Esta disposición se conforma á la del Código francés que impone al tutor la obligación de obtener la autorización del consejo de familia para pedir la partición; aunque sin necesidad de aquella puede contestar las demandas que sobre el mismo objeto se entablan al pupilo. Siendo la razón de esta diferencia, que en el primer caso se opera una especie de enagenación del derecho á las cosas comunes, que pasa á los condueños; y en el segundo, entrando obligado el guardador en el juicio de partición, no necesita de autorización alguna.

[6] Art. 419 — Código Civil.

[7] " 420 — " " "

§ 3º

Casos especiales.

El tutor ó curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin decreto de Juez con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario. (8)

También para estos actos exige el Código francés la autorización del consejo de familia, y en todo caso para la aceptación, el beneficio de inventario.

Pero el nuestro, conformándose de una manera mas expresa con el chileno, requiere el decreto judicial para la repudiación, porque refiriéndose ésta á la pérdida de los bienes de la herencia, implica un acto de dominio; y para su aceptación basta el beneficio de inventario para poner á salvo de futuros perjuicios y gravámenes el capital del menor porque muchas veces la sucesión hereditaria impone mas cargas al heredero que beneficios puede reportar del valor de los bienes transmitidos.

El derecho antiguo permitía al guardador la aceptación de una herencia sin beneficio de inventario, porque en todo caso quedaba asegurado el pupilo con el derecho de restitución *in integrum* que hoy no lo tiene.

Hecha la división de una herencia de bienes raíces que el pupilo posea con otros proindiviso, será necesario para que tenga efecto, nuevo decreto de Juez que con audiencia de un curador especial la apruebe y confirme. (9)

El Código francés á que se conforma también esta disposición previene que la partición se haga judicialmente por peritos nombrados y juramentados por el tribunal de primera instancia del partido en que se radique la testamentaria, quienes sortearán las hijuelas que hubiesen formado en presencia de un individuo del tribunal ó de un notario designado por él, para que éste haga la adjudicación y entregue las hijuelas.

Las donaciones ó legados no podrán tampoco repudiarse sin decreto de Juez; y si impusieren obligaciones ó gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas ó legadas. (10)

Las mismas precauciones y las mismas reglas establece aquí el Código, por la analogía de resultados, que cuando trata de aceptación ó repudiación de herencias, pues la repulsión de un legado es un acto de dominio que equivale á la enajenación ó cesión de un derecho ya adquirido; y á la inversa, si se acepta el legado con obligaciones ó gravámenes, se hace preciso tasar las cosas legadas ó donadas para ver si las obligaciones no exceden á los valores recibidos, porque si fuese

(8) Art. 421 — Código Civil.

(9) " 423 — " " y 884 — Pr.

(10) " 422 — " "

así el menor resultaría perjudicado en sus intereses.

Aquí la tasación suple al inventario que debe practicarse en la aceptación de las herencias.

Aunque en distinta forma, esta disposición es tomada del Código francés que á semejanza del italiano, holandés y el del Cantón de Vaud, niega al tutor la facultad de aceptar donaciones hechas al menor sin estar autorizado por el consejo de familia, porque tal aceptación no conviene en determinados casos por las cargas anexas á los legados. De esta prohibición excluye las donaciones hechas en los contratos matrimoniales que acepte el menor en persona.

Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto de Juez.

Solo con previo decreto de Juez podrán hacerse donaciones en dinero ú otros bienes muebles del pupilo; y no las autorizará el Juez sino por causa grave, como la de socorrer á un consanguíneo necesitado, contribuir á un objeto de beneficencia pública, ú otro semejante y con tal que sean proporcionadas á las facultades del pupilo, y que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos.

Los gastos de poco valor para objetos de caridad, ó de lícita recreación, no están sujetos á la precedente prohibición. (11)

Nadie puede dar lo ajeno. La violación de este precepto que reconoció el derecho romano, no quedaría justificada ni con la autorización judicial, porque aquel descansa en la razón y en la naturaleza de las cosas.

Pero el derecho moderno no ha querido exagerar el rigor de su aplicación cuando se trata del representante del menor: él lo limita á los bienes raíces que son los más valiosos, pues en el curso de la vida hay necesidades imperiosas en la familia, las cuales no puede eludir el pupilo, como la de socorrer á un consanguíneo necesitado, facilitar el matrimonio en la hermana concurriendo á la formación de su dote, aliviar la indigencia de la madre, llenar un objeto de beneficencia pública, ú otros semejantes que entonces con decreto del Juez pueden hacerse donaciones en dinero, en bienes muebles del pupilo, en proporción á sus haberes y sin que con estos actos se menoscaben ó perjudiquen los capitales productivos de él.

Pero ciertos gastos indispensables y de poco valor, como los destinados á la caridad ó á una útil y honesta recreación no ha querido la ley someterlos á aquellas trabas ó prohibiciones.

La remisión gratuita de un derecho, lo sujeta también, como la romana, á las reglas de la donación, (12) atendiendo á que aquel derecho equivale á la propiedad, y la remisión á la pérdida de ella por cesión ó donación.

En todos los actos y contratos que ejecute ó celebre el tutor ó curador que en representación del pupilo, deberá expresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto ó contrato; so pena de que omitida esta expresion, se repute ejecutado el acto ó celebrado el contrato en

[11] Art. 426 — Código Civil.

[12] " 427 — " "

representación del pupilo si fuere útil á éste, y no de otro modo. (13).

Natural es que el guardador que obra siempre en representación del menor y en beneficio de este haga constar esta circunstancia para que sus actos no se confundan con los personales y para que siempre aparezca cuales son aquellos que afectan la persona é intereses del menor, porque de otra manera, la ley ha querido castigar esta omisión con un beneficio semejante al de la restitución *in integrum*, dándole validez solamente, á los actos y contratos que fueren útiles al menor, y negándosela á los que no produjesen este benéfico resultado, para suplir de esta manera la vigilancia constante que el derecho francés ha establecido en los actos del guardador, y los beneficios que al pupilo concedía la legislación española y que la moderna le ha retirado.

CAPITULO II.

Administración y sus límites.

SUMARIO

Qué es administración -- Actos que ejecuta por sí el guardador — Actos que necesitan autorización.

§ 1º

Qué es administración.

Administración es la dirección, gobierno y cuidado que uno tiene á su cargo de los bienes de otra persona, ó de los comunes con ella, ya sea esta un menor, una esposa, un demente, un pródigo, una sociedad ó un establecimiento de cualquier particular.

La administración de bienes ajenos fué conocida entre los romanos con el nombre de *negotiorum gestor*, cuando era voluntaria y no provenía de mandato, á diferencia de la administración convencional ó legal que siempre trae su origen del mandato: entre nosotros lleva el nombre de agencia oficiosa ó gestión de negocios ajenos.

La de los tutores y curadores, de que tratamos en el presente título, es de dos clases, una relativa á los bienes y otra á la persona de los individuos sometidos á la guarda, pero como corresponde á un solo cargo y se ejerce al mismo tiempo, aparece como una sola, aunque aquí hemos tratado de separarla, para su mayor claridad, por ser actos muy distintos los que una y otra comprende.

Como el presente título se refiere á la administración de los bienes de ella nos ocuparemos, aunque el Código debió seguir un órden distinto.

(13) Art. 435 — Código Civil.

El tutor ó curador administra los bienes del pupilo, y es obligado á la conservación, reparación y cultivo de estos bienes, ó enagenarlos, según fuere mas provechoso al pupilo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive. (14)

Aunque en la administración de los bienes debiera reputarse al guardador como dueño de ellos en razón de las cauciones que presta y de las responsabilidades que sobre él pesan, siendo un especie de mandatario ó un simple representante del menor, cuyos actos solo puede ejecutarlos en nombre de éste, en la administración debe proceder con toda la buena fé y cuidados que corresponden á un buen padre de familia, procurando la conservación ó incremento de los bienes, ó su enagenación, caso de no ser estos productivos ó estar expuestos á pérdida ó depreciación; y debe de ser tal este cuidado que obligue al guardador á la responsabilidad de los daños y perjuicios que se irroguen á cuasa de él hasta por culpa leve.

Esta disposición abarca todo el objeto y naturaleza de la administración encomendada á la guarda: de ella se derivan todas las demás que se relacionan con el presente título constituyendo solamente un detalle.

§ 2º

Actos que ejecuta por sí el guardador

El tutor ó curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades al interés convencional ó legal establecidos por la ley.

Podrá, si lo estimare preferible, emplearlo en la adquisición de bienes raíces.

Por la omisión en esta materia será responsable del lucro cesante en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro. (15)

La ley muy previsora en esté punto ha querido que el capital del menor no esté ocioso é improductivo obligando al guardador el empleo del dinero para asegurar un interés ó una renta; pero fiada en la buena fé y cuidado que regulan sus actos, ha dejado á su arbitrio el emprestar el dinero con las garantías debidas para obtener el rédito legal ó el convenido si fuese mas favorable, ó ya sea en la compra de bienes raíces que diesen una manifiesta utilidad en atención á que estos bienes son tenidos como los mas permanentes y productivos.

El guardador debe cumplir con este deber desde el momento en que pueda hacerlo con utilidad manifiesta y sin peligro, so pena de reponer al menor toda la cantidad que pudo lucrarse con estas operaciones desde el momento en que debieron verificarse.

(14) Art. 415 — Código Civil.

(15) „ 430 — „ „

El derecho romano mandaba que el dinero del pupilo se emplease en la compra de inmuebles, y si esto no podía hacerse en préstamos á interés, dando el plazo de seis meses al guardador.

El Código francés prescribe al tutor que coloque las rentas sobrantes, después de extraída la cantidad señalada por el consejo de familia para los gastos de la guarda, en el plazo de seis meses; sin determinar el objeto en que debe invertirse, bajo la pena de pagar los intereses de toda la suma no colocada.

Nuestro Código en este punto ha sido mas acertado porque no determina el plazo ni la cantidad precisa que debe colocarse, mandando que se haga con todo el dinero ocioso y desde el momento en que haya la facilidad y seguridad debidas, asegurando la efectividad de este mandato con la obligación que impone al guardador de responder por el lucro cesante.

La ley española enumeraba entre las funciones del tutor ó curador, la obligación de emplear el dinero en la compra de nuevas posiciones ó en imposición de censos ó de otro modo ventajoso.

El dinero que se ha dejado donado al pupilo para la adquisición de bienes raíces, no podrá destinarse á ningún otro objeto que la impida ó embarase; salvo que intervenga autorización judicial con conocimiento de causa. (16)

La voluntad y condiciones del cedente es una ley que debe cumplir siempre el donatario, principalmente cuando ellas se encaminan á uno de los fines mas útiles como es la adquisición de inmuebles; pero cuando el Juez con conocimiento de causa, autoriza la inversión del dinero donado en otros objetos, debe presumirse que esto reportará mayores beneficios al menor.

No podrá el tutor ó curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por mas de ocho años, ni de los urbanos por mas de tres, ni por mas número de años que los que falten al pupilo para llegar á los veintiuno.

Si lo hiciera no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo ó para el que le suceda en el dominio del predio, ó del tiempo que excediere de los límites aquí señalados. (17)

Como á mas de la administración, cultivo ó beneficio de los predios rústicos del menor, corresponde al guardador la facultad de darlos en arriendo cuando la renta asegurada excediese á los beneficios de la propia administración, debe hacerlo por un tiempo limitado, para que con el cambio continuo que sufren los valores de la propiedad en razón directa del desarrollo y de la riqueza pública, no se estorben operaciones subsiguientes mas favorables á los haberes del menor.

Por eso es que la ley señala el término de ocho años para el arriendo de los predios rústicos y el de tres para los urbanos sin que este término comprenda en ningún caso la edad de la mayoría del pupilo, porque no pueden restringirse las facultades á ella consiguientes y el

[16] Art. 425 — Código Civil,

[17] " 431 — " "

pleno ejercicio de los derechos que corresponden al menor cuando asume su personería civil.

Si el guardador arrendase la propiedad del pupilo hasta para la época de su mayoría de edad, excedería los límites administrativos ejerciendo un acto de dominio é imponiendo sobre aquella una especie de servidumbre de usufructo que priva al dueño de la libre administración de su propiedad el día que debía tenerla.

El derecho español mandaba que el guardador administrase los bienes del huérfano como buen padre de familia, conservando sus fincas, cultivando las tierras y criando los ganados, y aunque prohíbe el arriendo de estas, á semejanza del derecho romano no señala el tiempo de su duración.

El francés determina el de nueve años para el arriendo de todos los bienes del menor, de la misma manera que lo hace en otra parte para el que verifica el marido con los bienes de la mujer.

Cuidará el tutor ó curador de hacer pagar lo que se deba al pupilo, inmediatamente que sea exigible el pago, y de perseguir á los deudores por los medios legales. (18)

No sería completa la administración de los bienes del menor, ni éste cumpliría su encargo con toda la solicitud de un buen padre de familia, sino procurase hacer ingresar al capital que se le ha confiado todas las cantidades que se deben á su pupilo en el tiempo preciso que son exigibles.

Por eso es que los deudores del pupilo que pagan al tutor ó curador quedan libres de todo nuevo pago.

También lo quedan los que pagan al pupilo con autorización de su tutor ó curador ó decreto judicial. (19)

Natural es que quede solvente el deudor del menor que pague á su representante y administrador de sus bienes, lo mismo que el que lo haga al pupilo con autorización de este ó del Juez, porque debe suponerse la concurrencia de justos motivos para esta determinación y que el guardador garantiza aquellas cantidades que han sido dadas al menor con su consentimiento.

Si el guardador no pudiera recibir estos pagos, sino con autorización judicial, como lo prescribía el derecho antiguo que hacía responsable al deudor por el entero indebido, tal restricción sería mas perjudicial que favorable á los intereses del menor, porque le priva á tiempo del rendimiento de sus propios bienes.

El tutor ó curador tendrá también especial cuidado de interrumpir las prescripciones que puedan correr contra el pupilo. (20)

La prescripción es la extinción de un derecho: si el guardador no interrumpiese la que puede oponerse al menor, dejaría de cumplir uno de los actos administrativos mas esenciales y que afecta directamente la propiedad y los intereses del menor, por los cuales debe velar constantemente para dar el lleno debido á la misión que la ley le ha confiado.

[18] Art. 432 — Código Civil.

[19] " 429 — " "

[20] " 433 — " "

Habiendo muchos tutores ó curadores generales, todos ellos autorizarán de consuno los actos y contratos del pupilo; pero en materias que, por haberse dividido la administración se hallen especialmente á cargo de uno de dichos tutores ó curadores, bastará la intervención ó autorización de éste solo.

Se entenderá que los tutores ó curadores obran de consuno, cuando uno de ellos lo hiciere á nombre de los otros en virtud de un mandato en forma; pero subsistirá en este caso la responsabilidad solidaria de los mandantes.

En caso de discordia entre ellos decidirá el Juez. (21)

Cuando la administración está dividida los actos ó contratos encomendados especialmente á un guardador, ó los que se refieren á la parte de los bienes que administra, necesitan de la intervención y autorización de este mismo guardador para su validez; pero cuando existe tal división y son muchos los guardadores, á todos corresponde la intervención y autorización en los actos de la guarda para su efectividad legal; bastando que uno de ellos los autorice con mandato en forma de los otros quedando todos ellos responsables solidariamente por entenderse que han obrado de consuno en tales actos.

Cuando no pudieren avenirse en la administración, en la celebración de un contrato ó en la ejecución de un acto determinado, el Juez decidirá sobre lo que deba practicarse.

§ 3º

Actos que necesitan autorización.

El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que solo autorizará esta fianza á favor de un cónyuge, de un ascendiente ó descendiente legítimo, y por causa urgente y grave. (22)

Así como está prohibido al guardador donar los bienes ó gravarlos, se le veda también el prestar fianzas á nombre del pupilo; pero puede haber circunstancias tan poderosas como aquellas que autorizan la donación de los bienes de éste, por eso es que la ley le autoriza á prestarla por causas urgentes y graves en favor de determinadas personas solamente, como el cónyuge y los ascendientes y descendientes legítimos del pupilo.

El derecho antiguo ni el francés dicen nada á este respecto talvez porque este caso lo creyeron comprendido en la prohibición general de gravar los bienes del menor.

El tutor ó curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho á beneficio de éste, llevando los intereses legales; mas para ello deberá ser autorizado por los otros tutores ó curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, ó por el Juez en subsidio.

(21) Art. 437 — Código Civil.

(22) „ 428 — „ „

Si el pupilo le fuere dendor de alguna especie raíz ó mueble, á título de legado ó cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor ó curador por los otros tutores ó curadores generales, ó por el Juez en subsidio. (23)

Las legislaciones antiguas prohibían en principio al guardador ejercer con los bienes de la guarda todo acto en que él ó sus parientes tuvieren interés ó les fuese provechoso. Descansando en este mismo pensamiento la legislación moderna ha establecido varias restricciones á los tutores y curadores que limitan ó regulan sus actos.

Por eso es que nuestro Código, aunque no prohíbe al guardador el pago con sus intereses legales de las anticipaciones que haya hecho en beneficio del menor, en tiempo y sin esperar la rendición de cuentas que le corresponde al fin de la guarda, exige como garantía de este acto la autorización de los otros guardadores generales del mismo pupilo, y á falta de esta la del Juez.

Lo mismo que para la entrega de cualquiera especie que el menor deba al tutor ó curador, por no poderla tomar éste por sí, pues nadie puede hacerse pago por sí mismo.

Si se procediese de otra manera, entraría el desorden en la administración de la guarda, dando lugar al peligro de la disminución de los haberes del menor y á la falta de comprobantes legales en la rendición de la cuenta.

De la misma manera sienta como regla general, que ningún acto ó contrato en que directa ó indirectamente tenga interés el tutor ó curador, ó su cónyuge, ó cualquiera de sus ascendientes ó descendientes legítimos ó de sus padres ó hijos legítimos, ó de sus hermanos legítimos ó ilegítimos, ó de sus consanguíneos ó á fines legítimos hasta el cuarto grado inclusive ó de algunos de sus socios de comercio, podrá ejecutarse ó celebrarse sino con autorización de los otros tutores ó curadores generales que no estén implicados de la misma manera ó por el Juez en subsidio.

Pero ni aun de este modo podrá el tutor ó curador comprar bienes raíces, ó tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición á su cónyuge y á sus ascendientes ó descendientes legítimos ó ilegítimos. (24)

El derecho romano prohibía al guardador comprar las cosas del menor que tuviera en guarda sino con autorización de los otros guardadores y siempre que tales enagenaciones fuesen provechosas al menor. Las Leyes de Partidas adoptaron esta misma disposición permitiendo también la autorización judicial; pero una ley posterior prohibió en España al guardador la compra de las cosas del menor bajo pena de nulidad.

El Código francés, inspirándose casi siempre en los preceptos de la legislación romana, veda al tutor el comprar los bienes del menor ni arrendarlos, á no ser que el consejo de familia haya autorizado al tutor sustituto á otorgar en su favor escritura de arrendamiento; prohibiéndole además el aceptar la cesión de ninguna acción ó crédito contra el pupilo.

(23) Art. 434 — Código Civil y 474 Pr.

[24] " 436 — " "

El nuestro, apartándose del rigor que la ley francesa que no consiente en absoluto la enagenación de los bienes del pupilo en favor del guardador, y siguiendo el espíritu de la legislación española pero con mayor amplitud á semejanza del chileno, permite que los actos ó contratos en que directa ó indirectamente tenga interés el guardador ó su cónyuge ó ascendientes ó descendientes ó los parientes de sus padres ó hijos, ó los de sus hermanos ó los de sus parientes consanguíneos hasta los del cuarto grado se ejecuten ó celebren pero con autorización de los otros guardadores ó del Juez; pero prohíbe de una manera absoluta al guardador, su cónyuge ó sus ascendientes ó descendientes que compren ó tomen en arriendo los bienes raíces del pupilo.

La garantía que nuestra ley establece en favor del pupilo es mas eficaz, porque al mismo tiempo que salva los bienes mas valiosos de éste hasta el interés que pudieran tener los parientes del guardador, no prohíbe la movilización favorable de los capitales del menor, tomando las precauciones debidas para que tales operaciones no redunden en perjuicio de éste siempre que en ellas tengan interés el guardador ó sus parientes.

CAPITULO III.

Responsabilidad de los guardadores.

Hemos dicho que el tutor ó curador debe obrar en la administración de la guarda con toda la buena fé y diligencia de un buen padre de familia extendiéndose la responsabilidad de sus actos hasta la culpa leve: que aunque se someta al dictamen del consultor que el testador designe no cesa su responsabilidad porque como mandatario legal administra por derecho propio: que su responsabilidad es solidaria con los demas guardadores generales si los hubiere, ó personal en los que ejecute habiendo un solo guardador ó estando dividida la administración.

Así es que la responsabilidad del guardador es solidaria, personal ó subsidiaria y ella se extiende hasta sus fiadores.

En consecuencia el Código expresa: que contra el tutor ó curador que no dé verdadera cuenta de su administración, exhibiendo á la vez el inventario, el libro y las existencias, ó que en su administración fuere convencido de dolo ó culpa grave, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; y se condenará al tutor ó curador en la cuantía apreciada y jurada, salvo que el Juez haya tenido á bien moderarla. (25)

El dolo y la culpa grave y la negativa de la cuenta se castigan con la obligación que la ley impone al guardador de pagar la cuantía jurada por el menor, salvo que el Juez la modere.

(25) Art. 447 — Código Civil.

También el tutor ó curador pagará los intereses legales del saldo que resulte en su contra, desde el día en que su cuenta quedare cerrada ó haya habido mora en exhibirla; y cobrará á su vez los del saldo que resulte en su favor, desde el día en que cerrada su cuenta los pida. (26)

El tutor ó curador tiene derecho á que se le abonen los gastos que justamente haya hecho en el ejercicio de su cargo: se incluirá en ellos la indemnización de los servicios que el guardador preste al pupilo en concepto de Abogado, médico, artesano ó labrador, ó en otros que no sean debidos ó inherentes á su administración: en caso de legítima reclamación, los hará tasar el Juez. (27)

La responsabilidad de los tutores y curadores que administran conjuntamente es solidaria; pero dividida entre ellos la administración, sea por el testador, sea por disposición ó con aprobación del Juez, no será responsable cada uno sino directamente de sus propios actos, y subsidiariamente de los actos de los otros tutores ó curadores, en cuanto ejerciendo el derecho que les cede el artículo 440 inciso 2º, hubiera podido atajar la torcida administración de los otros tutores ó curadores.

Esta responsabilidad subsidiaria se extiende aun á los tutores ó curadores generales que no administran.

Los tutores ó curadores generales están sujetos á la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administración de los curadores adjuntos. (28)

Natural es que el guardador responda de sus propios actos, y que esta responsabilidad sea solidaria para todos aquellos que administran conjuntamente; pero si legalmente se ha dividido la administración que solo lo hagan de sus propios actos directamente y subsidiariamente de los de los otros guardadores, aunque por sí no administren, porque entra en sus facultades evitar la torcida administración de aquellos y ejercer una constante supervigilancia sobre sus actos pudiendo provocar la providencia judicial indispensable para que los demas guardadores exhiban las cuentas de su administración ó les muestren á ellos las existencias ó á un curador especial en caso de dudosa administración.

Pero esta responsabilidad subsidiaria no se extiende á los que administren en diversos distritos en virtud de división legal de sus funciones, pues siendo solamente privada ó voluntaria no cesa. (29)

El fiador tiene todas las responsabilidades impuestas por la ley á los tutores ó curadores cuando no cumplen estos ó sus herederos los deberes de su encargo.

Los fiadores no pueden pedir que se les exonere de la fianza, aunque el tutor ó curador no desempeñe bien su cargo, en cuyo caso podrán provocar la remoción. (30)

Siendo la fianza una de las garantías de la buena administración de la guarda, y el fiador responsable subsidiariamente por todas las

(26) Art. 448 — Código Civil.
(27) " 438 — " "
(28) " 443 — " "
(29) " 444 y 445 " "
(30) " 449 — " "

faltas y obligaciones que contraiga el guardador para con el pupilo, no puede retirar su garantía mientras exista aquel en el cargo, y solo puede libertarse del compromiso contraído cuando el guardador cese en sus funciones, para lo cual la ley le concede el derecho de provocar su remoción.

Pero como deben tener un término estas obligaciones para no perjudicar por otra parte los intereses del que ejerce el cargo público de guardador, para no hacerle odioso é inconveniente con una amenaza perpétua contra la persona que lo ejerce ó sus bienes; la ley, en atención al cúmulo de garantías que se han establecido para la guarda solo fija el término de cuatro años para la duración de estas responsabilidades, tiempo durante el cual pueden conservarse los documentos justificativos de los actos realizados en ella y el recuerdo de los hechos que los explican y abonan; apartándose de esta manera del espíritu de la ley romana que declaraba imprescriptible las acciones de la tutela; del de la española que les daba la duración de veinte años, como á toda acción personal, y del de la francesa que tomó el término medio de diez años desde la mayor edad del pupilo.

Así es que establece: que toda acción del pupilo contra el tutor ó curador ó sus fiadores, en razón de la tutela ó curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje.

Si el pupilo fallece antes de cumplirse caudrieno prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo. (31)

Debe entenderse que prescribe, en el mismo término toda acción del guardador contra el pupilo, según Delvin y todos los comentadores, aunque los Códigos modernos nada dicen á este respecto.

CAPITULO IV.

Cuenta de la administración.

SUMARIO.

Necesidad de la cuenta y forma en que debe llevarse — Quienes deben rendirla — Ante quienes debe rendirse — Plazo en que deben entregarse los bienes al menor.

§ 1º

Necesidad de la cuenta y forma en que debe llevarse.

Toda administración lleva implícitamente la obligación de rendir cuenta de ella.

[31] Art. 450 — Código Civil.

Por eso es que todas las legislaciones han impuesto al guardador la obligación de dar cuenta de su gestión cuando esta concluya.

Los romanos decían que la administración de la tutela ó curaduría termina por parte del guardador ó por parte del pupilo; y á su semejanza la ley española daba fin á la guarda por muerte ó destierro del guardador ó del huérfano, por servidumbre ó cautiverio, por legitimación, excusa, remoción ó cumplimiento del término ó condición expuesta para ella.

Pero la principal causa que determina la conclusión de la guarda, aun en las legislaciones modernas es la mayor edad del pupilo, que es varia en todos los países como atrás lo hemos expresado.

Así es que se tiene como un principio, que el guardador debe rendir la cuenta de su administración cuando esta termine, con excepción de los casos de dudosa administración en que se puede provocar por los co-tutores ó los parientes del pupilo, ó mandarse por el Juez de oficio, una rendición de cuenta anticipada ó provisional.

Por el derecho Alemán, Austriaco, Servio y el Boliviano esta obligación es anual.

En los cantones de Suiza varía desde uno hasta cuatro años.

Entre nosotros, el tutor ó curador está obligado á llevar cuenta fiel, éxacta y en cuanto fuere dable, documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; á exhibirla luego que termine su administración; á restituir los bienes á quien por derecho corresponda; y á pagar el saldo que resulte en su contra.

Comprende esta obligación á todo tutor ó curador, incluso el testamentario, sin embargo de que el testador le haya exonerado de rendir cuenta alguna, ó le haya condonado anticipadamente el saldo; y aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador, y aunque se le dejen bajo la condición precisa de no exigir la cuenta ó el saldo. Semejante condición se mirará como no escrita.

La cuenta se llevará en un libro de papel del sello de octava clase, foliado, rubricado y sellado por el Juez que discierna la tutela ó curaduría, y con una razón en la primera foja firmada por el mismo Juez en que se exprese el objeto del libro y el número de fojas que comprende.

Las expensas necesarias para la justificación y rendición de la cuenta serán á cargo del pupilo. (32)

Como se vé, esta obligación es general y no queda excluida de ella ni aun el guardador testamentario, quien deberá rendirla y presentar el saldo, aunque el testador le haya relevado de estas obligaciones, porque de otra manera no quedaría verdaderamente garantida la guarda y porque no puede violarse por interés puramente personales una institución de orden público.

Pero como una garantía mas para los intereses del menor, la ley ha querido que antes de finalizarse la guarda puede examinarse el estado en que se encuentran los bienes del menor, y aun exigirle las cuentas de su administración.

[32] Art. 435 — Código Civil.

Por eso establece: que podrá el Juez mandar de oficio, cuando lo crea conveniente que el tutor ó curador, aun durante su cargo, exhiba las cuentas de su administración ó manifieste las existencias á otro de los tutores ó curadores del mismo pupilo, ó á un curador especial, que el Juez designará al intento.

Podrá provocar esta providencia, con causa grave calificada por el Juez verbalmente, cualquier otro tutor ó curador del mismo pupilo ó cualquiera de los consanguíneos mas próximos de éste ó su cónyuge. (33)

Esta excepción es tomada del Código francés que obliga á todo tutor, con excepción del que lo sea de sus propios hijos, á presentar al tutor sustituto estados de la situación de los bienes confiados á su gestión, en las épocas que el consejo de familia haya fijado, sin que estos puedan exceder de un estado en cada año, ni salir de la forma simple sin ninguna formalidad judicial.

§ 2º

Quienes deben rendirla.

Habiendo muchos guardadores que administren de consuno todos ellos á la espiración de su cargo presentarán una sola cuenta; pero si se ha dividido entre ellos la administración, se presentará una cuenta por cada administrador separada. (34)

Natural es que la obligación de rendir cuenta la tenga cada guardador en su propia gestión, ó todos juntos cuando son varios los administradores.

También lo es, que los sucesores del guardador fallecido la rindan también, por ser una carga de la sucesión que ellos deben soportar.

Por eso dice el Código francés: que la tutela es un cargo personal que no se trasfiere á los herederos del tutor. Estos únicamente responderán de la gestión de su causa—liabiente y si son mayores de edad tendrán la obligación de continuarla hasta el nombramiento de nuevo tutor.

Esto es, los herederos del tutor fallecido responderán á las resultas de la guarda, y si son mayores continuarán en el ejercicio de la tutela hasta el nombramiento de nuevo tutor.

Tales son las disposiciones de aquel Código en este punto: por ellas se ha visto, que un consejo de familia ó un tribunal doméstico establecido entre el tutor y el menor, discute y juzga sobre todos sus intereses.

§ 3º

A quienes debe rendirse.

Presentada la cuenta por el tutor ó curador, será discutida por la persona á quien pase la administración de los bienes.

[33] Art. 440 — Código Civil.

(34) " 442 — " "

Si la administración se trasfiere á otro tutor ó curador, ó al mismo pupilo habilitado de edad, no quedará cerrada la cuenta sino con aprobación judicial oído un curador. (35)

Por lo expuesto se vé, que la cuenta debe ser rendida á la persona que entra á administrar los bienes de la guarda, al nuevo guardador nombrado, ó al mismo pupilo habilitado de edad, pero en estos dos últimos casos la cuenta debe ser aprobada judicialmente con audiencia de un curador especial.

Si ella se rinde al pupilo en su mayor edad ó á sus herederos, puede hacerse extrajudicialmente prescindiendo de las precauciones legales, por estar establecidas éstas solamente en favor del menor.

El Código francés no determina expresamente la persona á quien debe rendirse la cuenta, aunque al hablar de los estados anuales ó de las épocas que señale el consejo de familia señala al tutor sustituto.

En Italia, Portugal, Holanda, Prusia y el Cantón de Vaud se hace á los tribunales, al consejo de familia ó al mismo menor.

En Inglaterra se presentan anualmente al tribunal del Canciller, y al pupilo cuando llega á la mayor edad. En Suecia se hace de la misma manera á los próximos parientes, y al pupilo al terminarse la tutela. En el Cantón de Triburgo se rinden anualmente, y en los de Argovia y Berna cada dos años.

En los Estados-Unidos se presenta la cuenta á la terminación del cargo á la autoridad judicial.

Aunque nuestro Código dice que la cuenta debe ser exhibida por el guardador tan luego termine la administración, á semejanza de otras legislaciones no ha señalado plazo fijo como lo hace la prusiana, porque éste depende de la naturaleza de la administración que se trata de liquidar, la cual puede ser mas ó menos variable según su mayor ó menor importancia y las circunstancias que la han rodeado.

§ 4º

Plazo en que deben entregarse los bienes al menor.

Espirado su cargo, procederá el guardador á la entrega de los bienes dentro del término que el Juez le señalare atendidas las circunstancias; sin perjuicio de ejecutar en el tiempo intermedio aquellos actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo. (36)

Esta es otra de las obligaciones que emanan de la administración de bienes ajenos y que consideraciones de un orden superior antepone á todo interés personal; por eso es que la ley no puede relevar de ella á ninguna persona aunque ésta sea el padre ó un pariente del menor, pues de otra manera la administración no sería cumplida, y los intereses particulares del guardador quedarían sobrepuestos á los del pupi-

(35) Art. 446 — Código Civil.

(36) „ 441 — „ „

lo dando lugar aquella exoneración á que el tutor negase los alimentos y educación al pupilo con el fin de conservar íntegros los bienes de la guarda, reservados exclusivamente para él.

Según el Código francés, estando obligado el tutor á vender los bienes muebles de la guarda, y dispensados los padres que la ejercen de este requisito si prefieren conservarlos para restituirlos en su debido tiempo, se ha suscitado la duda entre los intérpretes de aquel derecho, de si el padre ó la madre, á quienes corresponde el usufructo de los bienes de los hijos, estén obligados á reemplazar con el pago de su valor los objetos que hayan desaparecido fortuitamente ó por efecto del tiempo transcurrido, á semejanza del usufructuario que no responde de tales accidentes.

Los términos precisos en que está redactada aquella disposición, hacen presumir que el guardador en este caso debe el valor que resulte del justiprecio de aquellos bienes resultando de peor condición que el simple usufructuario que no responde la depreciación causada por el uso ni de la pérdida ocasionada por los casos fortuitos.

Pero no siendo racional esta interpretación prevalece la opinión de que no hay responsabilidad en el tutor que justifica la pérdida de los bienes ocurrida por accidente imprevisto ó el desperfecto necesario y regular que ocasione el uso.

Entre nosotros, no hay lugar á estas dudas, porque los padres legítimos no son guardadores sinó de sus hijos emancipados, como lo hemos explicado atrás.

CAPITULO V.

Del guardador indebido.

El que ejerce el cargo de tutor ó curador no siéndolo verdaderamente pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones, derechos y responsabilidades del tutor ó curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.

Pero si hubiere procedido de mala fé fingiéndose tutor ó curador, será precisamente removido de la administracion, y privado de todos los emolumentos de la tutela ó curaduría, sin perjuicio de la pena á que haya lugar por la impostura. (37)

Aquí hay que hacer una diferencia que implica la buena ó mala fé del guardador que no lo es.

Puede éste suponerse revestido de aquel cargo si habiendo recaído en él el nombramiento de guardador no se le ha discernido legalmente, ó si hecho el discernimiento y entrado á la posesión de los bienes administrables carece de título ó del nombramiento debido: en este caso asume todas las obligaciones y responsabilidades del guardador verdade-

(37) Art. 451 — Código Civil.

ro, porque obra de buena fé, pero sus actos no obligan al pupilo sino en la parte que le fueren favorables ó le reporten positiva ventaja, porque ellos no están autorizados por la ley.

Pero el guardador que tiene título y carece del discernimiento, tiene derecho á que éste se decrete; lo mismo que el que está en posesión legal de la administración lo tiene para pedir el nombramiento.

En el caso en que falte el título y el decreto de discernimiento siendo obrepticias las funciones del guardador, careciendo de validez y acarrea sobre él las responsabilidades que se originan de la impostura y hasta de la culpa levísima, debiendo ser removido inmediatamente de la administración y privado de todos los emolumentos de ella.

El que en caso de necesidad, y por amparar al pupilo toma la administración de los bienes de éste, ocurrirá al Juez inmediatamente, para que provea á la tutela ó curaduría y mientras tanto procederá como agente oficioso y tendrá solamente las obligaciones y derechos de tal.

Todo retardo voluntario en ocurrir al Juez le hará responsable hasta de la culpa levísima. (38)

No puede proceder de mala fé quien voluntariamente asume la administración de los bienes de un pupilo para protegerlos y conservarlos, por eso es que, equiparado al agente oficioso con todas sus obligaciones y derechos, dá validez á sus actos, se obliga para con el menor y obliga á éste el caso de buena administración; pero como carece de misión legal debe ocurrir inmediatamente al Juez para que se la provea, quedando equiparado en su retardo al administrador de mala fé y sujeto á todas sus responsabilidades si el Juez no le exime de ellas en vista de su justificación.

(38) Art. 452 — Código Civil.

TÍTULO 22.

Reglas especiales relativas á la tutela.

SUMARIO

¿Qué es tutela? — Cuidado y dirección de la persona del impúber — Provisión de los gastos de crianza y educación — Fin de la tutela.

§ 1º

¿Qué es tutela?

Tutela es la autorización que se concede á una persona para que cuide tanto de los bienes como de la persona de un impúber que por fallecimiento de sus padres ó por otro motivo no tiene quien vele por él ni por sus intereses.

La tutela como la curaduría, se refiere no solamente á persona, sino también á los intereses de los individuos sometidos á ella, á diferencia de lo dispuesto en las antiguas leyes en que se daba la tutela al cuidado preferente de la persona, y la curatela para el de los bienes.

Habiéndonos ocupado ya de las reglas comunes á la tutela y á la curaduría, vamos á hacerlo ahora de las especiales relativas á cada una de ellas, comenzando por las de la primera para seguir en los títulos siguientes detallando las relativas á cada especie de curaduría conformándonos en esta parte al método que sigue nuestro Código.

§ 2º

Cuidado y dirección de la persona del pupilo.

En lo tocante á la crianza y educación del pupilo es obligado el tutor á conformarse con la voluntad de la persona ó personas encargadas de ella, según lo ordenado en los títulos 9, 13 y 14 de este libro sin perjuicio de ocurrir al Juez cuando lo crea conveniente.

Pero el padre ó madre que ejerzan la tutela no serán obligados á consultar sobre esta materia á persona alguna; salvo que el testador encargando la tutela al padre ó madre que no tienen patria potestad sobre el pupilo, les haya impuesto esa obligación. (1)

Es un principio de derecho, que el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos legítimos toca de consuno á los padres, ó al padre ó la madre sobreviviente; y respecto á los naturales al que le haya reconocido, por provenir este derecho de la naturaleza, pero si al pupi-

[1] Art. 454 — Código Civil.

lo se dá un tutor distinto de la persona encargada de sus cuidados, aquel tiene obligación de conformarse al dictamen de ésta en lo tocante á la crianza y educación del menor, ocurriendo al Juez siempre que lo creyere necesario.

Si algunos de los padres ejerciere la tutela, como puede suceder si el hijo es natural, queda eximido de la obligación de hacer estas consultas, porque el amor é interés que estos tienen por sus hijos garantiza suficientemente su solicitud y cuidado; salvo en el caso de ser tutores testamentarios, que entonces tienen que hacerlo si se les impone como condición, aunque en ningún caso cesan sus responsabilidades personales.

La legislación romana y la española daban tutor al impúber que se encontraba fuera del amparo de la potestad patria, en atención á debilidad é inexperiencia y al tardío desarrollo de sus fuerzas físicas é intelectuales, para que le defendiese, educase y dirigiese su conducta, constituyendo de esta manera una especie de magistratura doméstica que debía velar hasta por la subsistencia material del pupilo, magistratura impuesta y de cuya sujeción no podía eludirse en ningún caso el menor: sin ninguna traba ni restricción que las que la misma ley le imponía.

El derecho francés autoriza al padre á nombrar un asesor especial á la madre que haya de ser tutora, sin cuyo dictamen no puede realizar ningún acto relativo á la tutela, ó aquellos que se hallan sometidos especialmente á consejo. Estas mismas disposiciones rigen en Holanda.

La ley Austriaca establece un protutor para las madres que desempeñan la tutela, el cual la asiste con su consejo y firma las demandas que se presentan á los tribunales. La del Cantón de Vaud dispone que el tribunal de paz le dé un asesor, sin cuyo consentimiento no puede ésta verificar determinados actos de la tutela; y la de Baviera manda que los Jueces la asocien dos interventores.

El tutor en caso de negligencia de la persona ó personas encargadas de la crianza y educación del pupilo, se esforzará por todos los medios prudentes en hacerles cumplir su deber, y si fuere necesario ocurrirá al Juez. (2)

Sucede á veces que la educación y crianza del pupilo se encomienda á una persona distinta del tutor que sea mas apta y conveniente en el ejercicio de estas funciones, pero siempre al tutor se reserva la inspección y cuidado indispensable para dar el lleno debido á aquellas funciones, que constituyen el fin principal de la tutela, por eso es que, en caso de negligencia de la persona encargada de ellas se esforzará en hacerles cumplir sus deberes.

Esta inspección y estos cuidados corresponde también á los padres de cuyo poder se han sacado á los hijos, y á quienes se reserva hasta el derecho de visitarlos con frecuencia y con toda aquella libertad que el Juez juzgue conveniente. De esta manera la ley ha rodeado al pupilo de todas aquellas solicitudes y atenciones que reclaman su corta edad, su existencia y su educación.

(2) Art. 454 — Código Civil.

El pupilo no residirá en la habitación ó bajo el cuidado personal de ninguno de los que, si muriese, habrían de suceder en sus bienes.

No están sujetos á esta exclusión los ascendientes legítimos, los padres naturales, ni la madre espuria. (3)

Los vicios que corroían las sociedades antiguas, donde el interés y el desprecio á la vida tenían tan fuertes estímulos, porque ésta no reconocía otro fin que el placer, sin las trabas que impone la moral, hizo indispensable esta medida, que en Roma consignaba el Digesto y en España el Código de las Partidas, y que las legislaciones modernas no han creído atendibles, por el cambio que la civilización actual ha introducido en las costumbres y en las prácticas sociales.

Pero si nuestros legisladores han conceptuado altamente injuriosas estas sospechas, cuando pudieran recaer en los ascendientes legítimos del pupilo, en sus padres naturales ó madre ilegítima, hasta el grado de no tomarlas en consideración, porque no es posible que estos hagan verter la sangre de su sangre; no han querido dejar en este peligro al menor, cuando se trata de otras personas á quienes no les ligan los sagrados vínculos de la naturaleza, y las cuales pudieran atentar contra la existencia del menor, por tener el derecho de sucederle en sus bienes.

De esta manera la ley salva de toda sospecha y toda responsabilidad á las personas encargadas de la guarda del pupilo, aun en el caso de que éste pereciere.

§ 3º

Provisión de los gastos de crianza y educación.

Cuando los padres no hubieren provisto por testamento á la crianza y educación del pupilo, suministrará el tutor lo necesario para estos objetos, según compete al rango social de la familia, sacándolo de los bienes del pupilo, y en cuanto fuere posible de los frutos.

El tutor será responsable de todo gasto inmoderado en la crianza y educación del pupilo, aunque se saque de los frutos.

Para cubrir su responsabilidad, podrá pedir al Juez que, en vista de las facultades del pupilo, fije el máximo de la suma que haya de invertirse en su crianza y educación. (4)

Como según nuestra ley la administración del guardador no tiene restricción alguna, mas que la garantía de la fianza, obrando éste con absoluta independencia de toda intervención, autoridad ó consejo, el tutor es responsable de todo gasto inmoderado en la crianza y educación del pupilo, que no se conforme al haber de éste y al rango social de su familia, porque tales gastos recaen en los frutos y aun en los bienes del impúber si aquellos no bastan.

De estas responsabilidades solamente puede eximirse el tutor

[3] Art. 455 — Código Civil.

[4] „ 456 — „ „

cuando los padres del impúber hubiésen provisto y determinado estos gastos en testamento, ó cuando ocurre al Juez para que fije el mínimo de la suma que debe invertir en aquellos objetos.

El Código francés que dá una intervención directa al consejo de familia en la guarda, manda que éste al comenzar su ejercicio si no está encomendada á los padres, determine prudencialmente y conforme á la importancia de los bienes administrados, la cantidad á que puede ascender el gasto anual del menor y el de la administración de sus bienes, alejando de esta manera toda responsabilidad al guardador que se conforma á estas asignaciones.

Tales disposiciones han sido también aceptadas por las legislaciones de Italia, Holanda, Portugal y Louisiana; y ellas se conforman en principio á la legislación romana y española, cuando obedecen á la necesidad de la designación de una cuota fija al guardador para los gastos de crianza y educación del pupilo.

Si los frutos de los bienes del pupilo no alcanzaren para su moderada sustentación y la necesaria educación, podrá el tutor enagenar ó gravar alguna parte de los bienes, no contrayendo empréstitos, ni tocando los bienes raíces ó los capitales productivos, sino por extrema necesidad y con la autorización debida. (5)

Se ha expresado que el tutor debe tomar de los frutos de los bienes del menor, de preferencia, lo indispensable para los gastos de la tutela en la parte que se refiere á educación y alimentos; pero si aquellos no bastan, tiene la facultad de enagenar los bienes muebles ó gravarlos, pues para hacerlo con los raíces ó los capitales productivos, es preciso que sea en último término y por extrema necesidad y con la autorización y los requisitos debidos, como antes se ha expresado.

La legislación española ponía iguales restricciones, en términos generales, al guardador para la enagenación de los bienes raíces, que solo permitía por urgente necesidad con autorización judicial.

De la misma manera la francesa prohíbe al tutor vender ó hipotecar los bienes inmuebles del pupilo sin autorización del consejo de familia, emitida por una necesidad absoluta ó una evidente utilidad, y después de hacerse constar, en casos como el presente, en cuenta sumaria presentada por el tutor, que el dinero, muebles y rentas del menor no bastan á cubrir sus necesidades; reservándose al consejo de familia la designación de los bienes que hayan de venderse con preferencia, y sus condiciones.

Y en caso de indigencia del pupilo, recurrirá el tutor á las personas que por sus relaciones con el mismo pupilo estén obligadas á prestarle alimentos, reconviniéndolas judicialmente si fuere necesario, para que así lo hagan. (6)

La continuada negligencia del tutor en proveer á la congrua sustentación y educación del pupilo, es motivo suficiente para removerle de la tutela. (7)

[5] Art. 457 — Código Civil.

[6] „ 458 — „ „

[7] „ 459 — „ „

Constituyendo estos actos el objeto primordial de la tutela, natural es que se castigue la negligencia en su desempeño, con la destitución del tutor que descuida de una manera ostensible sus deberes. Así lo han entendido todas las legislaciones, y todas ellas concuerdan en este punto.

§ 4

Fin de la tutela.

La tutela fenece :

- 1º Por llegar el pupilo á la pubertad :
- 2º Por la muerte natural del pupilo y por la natural ó civil del tutor :
- 3º Si hubiere sido dada á cierto tiempo ó bajo condición, cumpliéndose aquel ó faltando esta :
- 4º Si el tutor se excusase legítimamente :
- 5º Si fuere removido de la tutela ;
- 6º Por el reconocimiento que haga el padre del hijo natural que se halla en guarda. (8)

Esta disposición es clara y no debiera comentarse, porque si muere el tutor ó el pupilo, ó es removido aquel ó se excusa de la guarda, ó se ha cumplido el tiempo ó condición bajo la cual se dió, ó ha salido el pupilo de la impubertad, natural es que termine la tutela; también lo es cuando ha perdido los derechos civiles el guardador á consecuencia de la muerte civil, por no poder ya ejercer el cargo, ó cuando el padre natural reconoce á su hijo, porque entonces él asume la autoridad de tal y sus cuidados personales.

(8) Art. 460 — Código Civil.

TÍTULO 23.

Reglas especiales relativas á la curaduría del menor.

SUMARIO

Qué es curaduría? — Derecho de elegir curador y funciones de éste — Administración propia en alguno de los bienes de la guarda — Administración de los bienes procedentes de su trabajo — Fin de la curatela.

§ 1º

Qué es curaduría?

Curaduría es la autorización que se concede á una persona para que cuide de la persona y de los bienes de un púber que, por no encontrarse bajo la patria potestad ó estar emancipado, no tiene quien vele por él ni por sus intereses, siempre que no esté habilitado de edad; ó por razón de demencia, disipación ó ausencia, ó cuando es sordo-mudo.

Pero la curaduría de que aquí tratamos es la que se confiere en favor de un menor ó adulto emancipado. (1)

En consecuencia, al menor que ha obtenido habilitación de edad no puede darse curador. Ninguna de las disposiciones de este título le comprende. (2)

La habilitación de edad conferida por las aptitudes especiales del menor le autoriza á la administración de sus propios bienes y á la dirección de sí mismo en todos los actos de la vida, con solo algunas restricciones que la ley ha impuesto en su provecho cuando se trata de ciertos actos referentes á su mas valiosa propiedad: por eso es que, no se dá curador al menor habilitado de edad.

Pero la ley obliga á tenerlo al adulto que no estando bajo la patria potestad no haya llegado á la mayor edad, aunque le deje el derecho de designación de la persona que debe encargarse de la guarda, y la administración de los bienes procedentes de su propio trabajo, por ser ya capaz de él y por su mayor discernimiento.

El derecho romano, concediendo mayores capacidades al adulto, le dejaba en libertad de pedir curador si lo quería, sin someterlo forzosamente á esta extraña autoridad.

(1) Art. 461 — Código Civil.

(2) „ 462 — „ „

§ 2º

Derecho de elegir curador y funciones de éste.

El menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al Juez, designando la persona que lo sea.

Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes, y la designación de la persona corresponderá siempre al menor ó al Juez en subsidio.

El Juez, oyendo á los parientes del menor, aceptará la persona que éste designe si fuere idónea.

Si ni el menor ni los parientes pidieren el curador, lo nombrará el Juez de oficio. (3)

Este nombramiento corresponde al Juez de primera Instancia del domicilio del menor, á petición verbal de éste, de cualquiera de sus parientes ó de oficio, debiendo recaer en la persona designada por el menor, si fuere idónea según el parecer de los parientes de éste, ó en la que el Juez designe si el menor no lo hiciere; lo mismo que el discernimiento de la curaduría que debe practicarse á petición del curador, del pupilo mismo ó de sus parientes. (4)

Las funciones del curador son tan latas como las del tutor: así es que tiene la misma representación de la persona del menor y ejerce las mismas facultades en cuanto á su crianza y educación, siendo por consiguiente responsable de todos los actos que autoriza, tanto respecto al menor como á las personas á quienes aquellos se refieren, quedando garantidos estos actos con las cauciones rendidas por él, sin que sea necesario ya el beneficio de restitución que las leyes antiguas concedían á los menores. (5)

§ 3º

Administración propia en alguno de los bienes de la guarda.

Podrá el curador si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizarlo al efecto por escritura pública y bajo su responsabilidad.

Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos á ella. (6)

Muy importante es esta disposición de nuestro Código que permite al menor el ensayo en la carrera de los negocios, donde á la sombra de la autoridad del guardador y bajo su dirección é inspección inmedia-

(3) Art. 463 — Código Civil.

(4) „ 766 y 767 — Pr.

(5) „ 464 y 466 — Inc. 1º Código Civil.

(6) „ 466 — „ 2º 3º „ „

ta, con sus especiales aptitudes puede tomar parte en la administración de sus propios bienes, para ir desarrollando paulatinamente sus facultades y adquirir la capacidad necesaria de hacerlo por sí mismo desde el momento en que entre á la mayor edad.

Pero para que esta administración pueda ejercerla el menor necesita de autorización formal y pública que conste en escritura, para que sus actos tengan validez y queden garantizados por la responsabilidad del guardador, pues de otra manera sería ineficaz aquella autorización.

Tal reforma introducida en nuestro derecho, está tomada de la legislación chilena, que en este punto se separa de la francesa y de las otras anteriores.

§ 4º

Administración de los bienes procedentes de su trabajo.

El menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo de familia, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de una profesión ó industria.

Lo dispuesto en el artículo 253 relativamente al hijo de familia y al padre se aplica al menor y al curador. (7)

Los actos y contratos del menor relativos á su peculio profesional ó industrial son válidos, pero solo le obligan en estos bienes, quedando exento el guardador de toda responsabilidad. Los que salieren de aquellos límites carecen de validez si no llevan la autorización del guardador, con excepción de los préstamos á interés ó compras al fiado que le obligan hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.

En este punto nuestra legislación se separa de la romana y de la francesa que niegan toda validez á los actos del menor, y de la española que solo se la daba á los que le aprovechaban, pudiendo obligar los bienes de su propio peculio.

También tendrá el pupilo derecho para solicitar la intervención judicial, cuando de alguno de los actos del curador le resulte manifiesto perjuicio; y el Juez encontrando fundado el reclamo, proveerá lo que crea mas conveniente y útil á los intereses del pupilo. (8)

Esta facultad no se la concede al menor la legislación francesa, porque la intervención y supervigilancia del consejo de familia á quien corresponde la destitución del tutor, convocado á instancia del protutor, parientes ó afines del menor, ó de oficio por el Juez de Paz, la hace innecesaria.

[7] Art. 465 — Código Civil.

[8] „ 467 — „ „

§ 5º

Fin de la curatela.

La curaduría fenece :

- 1º Por cumplir el pupilo la edad de veintiun años :
- 2º Por la habilitación de edad :
- 3º Por la muerte civil del pupilo ;
- 4º Por las causas designadas en los números 2 hasta el 6 del artículo 460. (9)

Dada la curatela para la menor edad del pupilo emancipado, natural es que cese cuando éste haya entrado en la mayoría ó se haya habilitado de edad; cuando él ó su curador mueran civil ó naturalmente, porque la muerte civil imposibilita al curador y hace innecesaria la guarda del menor, aunque la falta del guardador debe suplirse con el reemplazo de otro; cuando el curador sea removido de la curatela, ó se excuse de ella legítimamente, ó se cumpla el tiempo para que se dió ó falte la condición que se le impuso; lo mismo que si el padre natural reconoce al pupilo, que se hallaba en guarda, porque éste asume entonces los cuidados conferidos al guardador.

(9) Art. 463 — Código Civil.

TITULO 24.

Reglas especiales relativas á la curaduría del disipador.

SUMARIO.

Origen y naturaleza de esta guarda — Caracter de la prodigalidad — Personas que pueden provocar la interdicción — Los que pueden ser curadores del pródigo — Efectos de la interdicción — Derechos que se reservan al disipador — Rehabilitación y fin de la interdicción.

§ 1º

Origen y naturaleza de esta guarda.

La curaduría establecida regularmente para suplir las aptitudes que faltan á un adulto en la menor edad, para la dirección de sí mismo y manejo de sus propios bienes, tiene aplicación algunas veces en casos especiales durante la mayor edad de una persona, por accidentes que impidan el completo ejercicio de las facultades intelectuales.

Uno de estos casos es la disipación ó prodigalidad, que consiste en los gastos que hace una persona sin cálculo ni fin útil, derrochando sus bienes y dilapidando su fortuna, según la definió Ulpiano entre los romanos.

Pero, no siendo éste un estado natural como el del pupilaje, se hace preciso que la ley lo marque por medio de actos judiciales como el de la interdicción, que consiste en la declaratoria de incapacidad de ejecutar los actos que constituyen la vida civil, privándola en consecuencia del manejo y administración de sus bienes, que quedan al cuidado de un curador especial. Así es que, pródigo ó disipador se dice de aquel á quien por sentencia judicial se ha quitado la administración de sus bienes por dilapidación, nombrándosele al efecto un curador de bienes para que los administre.

No en todos los países, ni en todas las épocas han sido tratados los pródigos de la misma manera, ni dándose á la prodigalidad el mismo carácter: por las leyes de Solon en Atenas incurrían los pródigos en la nota de infamia cuando habían disipado su patrimonio, y eran sentenciados como criminales por el Areópago. Las leyes romanas y las españolas trataban á los pródigos como á los locos, y una vez justificado que un sugeto malversaba su hacienda en perjuicio de su familia, se le declaraba en entredicho, nombrándose un curador que cuidara de la conservación de sus bienes y le asistiese en sus contratos y demás actos de la vida civil, quedando por consiguiente inhabilitado para celebrarlos ó ejecutarlos por sí mismo, y de comparecer en juicio sin autoridad ó consentimiento de su curador; ni ser tutor, testigo testamentario, ha-

cer testamento, ejercer la profesión de Abogado, tener el cargo de Juez, de curador ú otro empleo público: no teniendo ninguna validez sus obligaciones, por estar reducido á la condición de un verdadero pupilaje. Aunque Pomponius, comentado por Bronecorst y Reifensstuel, decía que los actos del pródigo, á diferencia del furioso que carece de voluntad, referentes á adquirir para sí, obligar á otro á su favor, y hacer mejor su condición, eran válidos aun sin intervención de su curador.

Las legislaciones modernas no han llevado á tal extremo al pródigo de compararlo con el loco, pues no le someten á una interdicción absoluta como á éste: así se ve que el Código francés y á su semejanza el austriaco, el italiano, el holandés, el portugués y el del Cantón de Vaud, si le privan de la enagenación de sus bienes, no le quitan su administración, que ejerce con la asistencia de un asesor nombrado por el tribunal.

El nuestro, queriendo conciliar estos sistemas, á semejanza del chileno, pone al pródigo bajo curatela, pero le deja su libertad y la disposición de una suma de dinero para sus gastos personales, lo mismo que el derecho de solicitar la intervención judicial en los actos de la curaduría; y por esto dispone, que á los pródigos ó disipadores que han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, se dará curador legítimo, y á falta de éste curador dativo.

Esta curaduría podrá ser testamentaria en el caso del artº 478. (1)

§ 2º

Caracteres de la prodigalidad.

Nuestro Código de la misma manera que la ley romana, busca en el móvil de las acciones y no en ellas mismas, el carácter de la prodigalidad; por eso es que por actos aislados no autoriza la interdicción, que constituye en cierta manera la violación de la libertad individual y del derecho de propiedad: requiere una falta total de prudencia y una fija propensión á derrochar su patrimonio en el dilapidador, cuyos actos redundan en perjuicio de terceros, de la familia y de la sociedad, para poder tomar las precauciones debidas en favor de aquellos intereses, limitando, no el derecho de propiedad, sino su ejercicio, por medio de la interdicción. Porque no basta que los gastos de una persona sean excesivos, si ellos corresponden á su rango, á su fortuna y á su posición social, y talvez á un alto fin que los justifique, ó que sean resultado de la generosidad; porque es preciso que la falta de prudencia haga que la prodigalidad raye en locura.

En consecuencia, prescribe: que la disipación deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia.

(1) Art. 469 — Código Civil.

El juego habitual en que se frriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos, autorizan la interdicción. (2)

De esta manera la ley patria, apartándose de la francesa y siguiendo el espíritu de la antigua, exige hechos repetidos que revelen falta de prudencia, y los marca para no dejar al Juez la calificación de ellos, porque cree que el pródigo no tiene ni la aptitud necesaria para la administración de sus bienes, como lo supone el Código francés.

El de Inglaterra, Louisiana y otros no autorizan la interdicción del disipador, por un respeto excesivo al derecho de propiedad, que consiste en el uso y aun en el abuso de los propios bienes.

§ 3º

Personas que pueden provocar la interdicción.

El juicio de interdicción podrá ser provocado por el cónyuge no divorciado del supuesto disipador, por cualquiera de sus consanguíneos legítimos hasta en el cuarto grado, por sus padres, hijos ó hermanos naturales uterinos.

También podrá provocarse dicho juicio por la madre, hijos ó hermanos espurios en los casos en que sean llamados á heredarse. (3)

Como se vé, nuestra ley, atendiendo al interés que pueden tener algunas personas en que el disipador no consume su ruina y la de su familia, da el derecho de provocar el juicio de interdicción á los consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, á los cónyuges, á los padres, hijos ó hermanos naturales uterinos, y á la madre, hijos ó hermanos espurios en los casos en que pueden heredar al disipador.

Esta doctrina es conforme á la de varios códigos europeos, aunque, en atención á que los parientes consanguíneos solo se reconocen como herederos forzosos hasta en el cuarto grado en la línea colateral legítima, nuestro Código ha limitado este derecho, á semejanza del holandés.

El Código civil de los franceses permite que cualquier pariente solicite la interdicción de su pariente, y cualquiera cónyuge la del otro.

Pero la ley patria, inspirándose en el espíritu de la francesa, que en esta materia consulta mas directamente los intereses privados de las familias, no ha querido, como lo hace la chilena, que el Ministerio público provoque el juicio de interdicción, ni que intervenga en él, como lo consiente aquella; aunque casi todas las legislaciones autorizan esta intervención, porque afectando también á los intereses del Estado la ruina de las familias, natural es que un representante de él contribuya á impedir ó remediar aquel mal, cuando los miembros de aquella, por evitar su descrédito, talvez dejan de hacerlo.

La demanda de interdicción, en este caso, se propone ante el Juez

(2) Art. 472 — Código Civil.

[3] „ 470 — „ „

de 1ª Instancia del domicilio de la persona que se intenta poner en entredicho, relatando los hechos de prodigalidad y disipación; y se ventila en juicio ordinario, para dar mayores garantías á los derechos personales del supuesto pródigo. (4)

Si el supuesto disipador fuese extranjero, podrá también ser provocado el juicio por el competente funcionario diplomático consular. (5)

En estos casos se ha creído mas propio, que el representante de la nación á que pertenece el extranjero, quien talvez no tiene familia en el lugar, sea el que vele por la conservación de sus bienes.

Pero, como las dilatorias del procedimiento pudieran ser perjudiciales á estos mismos intereses, la ley previene: que mientras se decide la causa, podrá el Juez, á virtud de los informes verbales de los parientes ó de otras personas, y oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisoria, y nombrar á éste un curador interino. (6)

Esta precaución tomada de la ley francesa que autoriza el nombramiento de un administrador provisional, que cuida de la persona y bienes del que se trata de poner en interdicción, y que la han adoptado los Códigos de Italia, Portugal, Holanda, Louisiana y el del Cantón de Vaud, la desconocía el derecho antiguo.

Los decretos de interdicción provisoria y definitiva deberán notificarse al público por el periódico oficial ó del departamento si lo hubiere, y por carteles que se fijarán en tres, á lo menos, de los parajes mas frecuentados del distrito.

La notificación deberá reducirse á expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido, profesión y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes. (7)

Entre los romanos, para poner á un pródigo en estado de interdicción, usaba el Juez de la fórmula siguiente :

Quando tua bona paterna, avitaque, nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.

El Código francés manda que la sentencia de interdicción se pronuncie en audiencia pública, con audiencia ó citación de las partes, y que se publique fijándose en los edictos de la sala de la audiencia y en los de los despachos de los notarios del distrito, en el término de diez días, y á instancia de los demandantes.

Ejecutoriada la sentencia que declare la interdicción definitiva, se procederá al nombramiento de curador del disipador, y cesará el interino, observándose todo lo demás prevenido en este título. (8)

§ 4º

Los que pueden ser curadores del pródigo.

Se deferirá la curaduría del disipador :

-
- [4] Arts. 585, 586 y 587 — Pr.
[5] „ 471 Código Civil.
(6) „ 473 „ „ y 588 — Pr.
(7) „ 474 „ „ „
[8] „ „ 589 — „

1º Al marido no divorciado, si la mujer no estuviere totalmente separada de bienes :

2º A los ascendientes legítimos, padres naturales ó madre espuria;

3º A los colaterales legítimos hasta en el cuarto grado, ó á los hermanos ilegítimos uterinos.

El Juez tendrá libertad para elegir en cada clase de las designadas en los números dos y tres, la persona ó personas que mas á propósito le parecieren.

A falta de las personas antedichas tendrá lugar la curaduría dativa. (9)

El marido es el protector natural de la familia: á él pues corresponde la curatela de su mujer disipadora, cuando estando separado de ella y no divorciado, no lo estuviere totalmente de bienes.

La razón de esta diferencia consiste, en que en la vida normal del matrimonio el marido es el administrador legítimo de la sociedad conyugal: que divorciados ó totalmente separados de bienes no es conveniente darle la curatela de ella al marido, porque ya no hay completa confianza entre ellos, ni aquel solícito interés que pudiera favorecerla con su guarda: pudiendo antes bien el incentivo del luero impulsar al marido á provocar sin causa la interdicción de su esposa, para que vuelvan á su poder los bienes de ella: así es que, solo tiene lugar el derecho de la curatela en él cuando hubiese separación parcial de bienes entre ellos.

En este caso se busca la garantía que ofrece el amor conyugal no extinguido completamente, y el respeto que se supone existir en la mujer por su esposo, lo cual no sucede en caso de divorcio.

El Código francés y con él otros de Europa, dan al marido la tutela de la mujer interdicha, y á ésta la del marido; pero aunque lo prescriben en términos generales, sin traer la excepción de una separación legal, como lo hacen otros Códigos, la opinión de los comentadores y la práctica de los tribunales franceses la admiten, porque aquella disposición no tendría objeto moral, ni correspondería á la razón que impulsó al legislador al establecerla, tomando en cuenta el cariño, la correspondencia y el interés mutuo é íntimo de los cónyuges; todo lo cual desaparece cuando se ha llegado al trance de una separación legal en que la vida común ya no existe, las relaciones habituales han desaparecido, y el amor é interés que antes animaban á los esposos se han alterado en las discusiones judiciales que preceden á la separación.

Los ascendientes legítimos y los parientes colaterales hasta el grado legal, los padres naturales, la madre espuria ó los hermanos de madre ilegítima, se supone que tienen iguales afectos é interés para poder optar á la guarda del pródigo; y siendo ésta legítima, habiendo varios de ellos en el mismo grado, corresponde al Juez según las reglas generales la designación de la que le pareciere mas á propósito para el cargo.

A falta de las personas que pueden ejercer la anterior curaduría,

[9] Art. 475 — Código Civil.

tendrá lugar la dativa, ó la testaméntaria si falleciere el ascendiente que ejerza la curaduría del disipador, y fuere de los que pueden nombrar curador por testamento, según el capítulo 2 del título 19 de este libro, podrá nombrar en su testamento la persona que haya de sucederle en la guarda. (10)

Nuestro Código apartándose del francés, y atendiendo á la falta de aptitudes y á la natural debilidad de la mujer, le prohíbe que pueda ser curadora de su marido disipador; pero después de la interdicción, tendrá derecho para pedir separación de bienes.

Separada de bienes, los administrará libremente; mas para enagenar ó hipotecar los bienes raíces necesitará de previo decreto judicial. (11)

Al dictar esta disposición se tuvo en cuenta, que si la interdicción restringe el derecho de propiedad en el pródigo, ella no le priva de la potestad marital que ejerce sobre su esposa; y que sería contraria á ésta la de la guarda que se diese á la mujer, y muy difícil de ejercer sin que aquella quedase desvirtuada.

§ 5º

Efectos de la interdicción.

El curador del marido disipador administrará la sociedad conyugal en cuanto ésta subsista, y la tutela ó curatela de los hijos menores del disipador. (12)

El principal efecto de la interdicción es el de privar al interdicto de la administración de sus bienes, por eso es que, el que se da al marido pródigo administra la sociedad conyugal y la tutela ó curatela de los hijos menores de aquel; pero, como nuestras leyes no equiparan el pródigo al loco, y la locura es visible y la prodigalidad necesita de declaratoria para que exista legalmente, aunque los actos del pródigo sean nulos, esta nulidad no se refiere á los anteriores á la declaratoria, ni implican mala fé en las personas que con él contratan antes del fallo que le inhabilita, porque no lleva en sí el signo visible de la incapacidad.

No siendo, pues, ilícitos por su naturaleza los actos del pródigo, deben reglarse por las leyes generales en caso de dolo ó vicio en el consentimiento.

§ 6º

Derechos que se reservan al disipador.

El disipador conservará siempre su libertad, y tendrá para sus

[10] Art. 478 — Código Civil.

[11] „ 477 — „ „

[12] „ 476 — „ „

gastos personales la libre disposición de una suma de dinero, proporcionada á sus facultades, y señalada por el Juez.

Solo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo á la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios. (13)

La ley no ha querido reducir al pródigo á un absoluto pupilaje y á una sujeción completa, como lo hace con el loco, que con una imaginación incandescente y desarreglada tiene suspensas todas sus facultades morales, por lo que no puede concedérsele ninguna libertad ni participación en su dirección personal; por eso es que se la deja íntegra á aquel, y aun para la ejecución de sus propios gastos con una cantidad que se le asigna para ellos judicialmente, proporcionada á su haber; pero en casos extremos proveerá el curador, con la autorización debida, á la subsistencia de la persona del guardado.

También la ley deja al disipador el derecho de solicitar la interdicción judicial cuando los actos del curador le fueren vejatorios ó perjudiciales; y el curador se conformará entonces á lo acordado por el Juez. (14)

Siendo la interdicción una medida extrema encaminada á evitar la ruina del patrimonio del interdicto, no ha querido someterse á éste á vejaciones ó precauciones innecesarias, porque estando en su plenitud de razón, sería vejatorio para él quedar sometido á otra persona en sus actos mas comunes y aun en sus gastos personales, no pudiendo siquiera contener los abusos de su guardador con medidas judiciales que corresponde á él provocar.

La ley francesa que solo dá al interdicto por prodigalidad la asistencia de un asesor, dejándole todas sus facultades personales, no tuvo necesidad de reservarle estos derechos.

§ 7º

Rehabilitación y fin de la interdicción.

El disipador será rehabilitado para la administración de lo suyo, si se juzgare que puede ejercerla sin inconveniente; y rehabilitado, podrá renovarse la interdicción si ocurriere motivo. (15)

Como toda interdicción es temporal, y esta clase de pupilaje reconoce por origen un accidente cuyos efectos pueden cesar, la ley ha querido que cuando cesen los instintos de prodigalidad en el disipador, se le rehabilite para la administración de su patrimonio; no obstante la posibilidad de reducirlo nuevamente á la interdicción si incidiese en el vicio que al principio trató de remediarse.

Las disposiciones indicadas en el artículo precedente serán decre-

[13] Art. 480 — Código Civil.

[14] " 479 — " "

[15] " 481 — " "

tadas por el Juez con las mismas formalidades que para la interdicción primitiva; y serán seguidas de la notificación prevenida en el artículo 474, que en el caso de rehabilitación se limitará á expresar, que tal individuo, designado por su nombre, apellido, profesión y domicilio, tiene la libre administración de sus bienes. (16)

Tanto la interdicción como la rehabilitación que afectan el estado civil de las personas y sus aptitudes legales, debieran consignarse en el registro del estado civil, á mas de la publicidad que debe dárseles.

Como hemos explicado ya la tramitación y reglas que deben observarse para decretar la interdicción, omitimos hacerlo respecto de la rehabilitación del individuo interdicto, por ser las mismas.

Esta disposición se conforma á lo que establece el Código francés, y á su ejemplo los de Austria, Italia, Holanda, Portugal, Louisiana y el del Cantón de Vaud.

El derecho español no reconoce la interdicción tal como la comprenden y regulan éstos: en aquel país es una pena, y como tal figura en el Código Penal; pero según sus leyes, los mayores de edad, incapaces de administrar sus bienes, no quedan abandonados, encargándose á un guardador el cuidado y gestión de sus negocios, como se establecía en las leyes de Partidas.

[16] „ 482 — Código Civil.

TÍTULO 25.

Reglas especiales relativas á la curaduría del demente.

SUMARIO.

Demencia y naturaleza de esta guarda — Interdicción del demente — Quién puede provocar la interdicción — Formalidades especiales — Quienes pueden ser curadores del demente. Efectos de la interdicción — Rehabilitación.

§ 1º

Demencia y naturaleza de esta guarda.

Demente es la persona que se halla privada del uso de la razón, hasta el punto de no saber distinguir lo bueno de lo malo, ó conocer la moralidad de sus acciones; así es que la demencia se caracteriza por una serie de hechos que demuestren un extravío mental que incapacita al individuo para los actos de la vida civil.

El individuo que ha perdido la razón, aunque tenga lúcidos intervalos, tiene tal depresión en las facultades mentales que es incapaz de gobernar su persona y sus bienes; por eso es que la ley, como se ha visto, equipara la prodigalidad á la locura, sujetando la interdicción del demente, con pequeñas excepciones, á las mismas reglas establecidas para las del pródigo, aunque el demente carece siempre de voluntad, y también que las leyes romanas declaraban tan absoluta su incapacidad, que reputaban nulo todo negocio hecho por él, aun con intervención de su curador, y aunque aquel le reportase utilidad ó le hiciese de mejor condición. Paulus establecía: que en la celebración de los contratos no es igual la condición de los furiosos que la de los pupilos, aun cuando el negocio que se trata exceda á la inteligencia de estos últimos, porque el furioso ningún negocio puede obrar, mas el pupilo sí interviniendo su tutor.

Las leyes españolas, reputando al loco incapaz de consentimiento le vedaban la celebración de contratos, el casarse, hacer testamento, y ejercer cualquier otro acto de la vida civil.

Por eso es que nuestro Código, juzgando de la misma manera al demente é inspirándose en lo dispuesto por casi todas las legislaciones, le sujeta á curaduría, privándole previamente de la administración de sus bienes.

Esta curaduría, á semejanza de la del menor y del pródigo, puede ser testamentaria, legítima ó dativa. (1)

[1] Art. 483 — Inciso 2º C.

§ 2.º

Interdicción del demente.

El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. (2)

Nuestro Código, á semejanza del francés, exige que el estado de la demencia sea habitual, juzgándose por los insólitos actos de una persona, que ha perdido completamente la razón. Una enfermedad, una pasión violenta, una afección profunda, pueden acarrear el eclipse momentáneo del espíritu de un individuo. Por eso es que no se puede declarar interdicto un hombre por aquellos actos de furor ó de cólera, por aquellos instantes de demencia, por aquellos trasportes de entorpecimiento ó de enfermedad que no constituyen el estado habitual de su mente; pero si la razón no se muestra mas que por intervalos, si sus palabras y acciones son constantemente las de un insensato, debe reputarse su demencia como habitual, aunque ella no sea contínua y tenga lúcidos intervalos; siendo éste el caso de la interdicción, porque la ausencia del juicio le hace incapaz de ejercer los actos ordinarios de la vida civil y de dirigir su persona y administrar sus bienes por sí mismo.

No es por algunos actos aislados, decía un miembro del tribunado francés, como se podrá juzgar jamás, que un hombre ha perdido el sentido y la razón; pero cuando la razón no es mas que un accidente en la vida de un hombre, cuando ella no se deja percibir sino de tarde en tarde, mientras que las palabras y las acciones de todos los días son las palabras y las acciones de un insensato, puede decirse que existe un estado habitual de demencia.

Cuando el niño demente haya llegado á la pubertad, podrá el padre ó madre de familia seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad; llegada la cual deberá precisamente provocar el juicio de interdicción. (3)

Esta disposición se conforma á las prescripciones de los Códigos modernos europeos, como el de Francia, Holanda, Portugal y el del Cantón de Vaud, y aun al de Louisiana en América, que sujetan á la interdicción solo al mayor de edad que se encuentra en un estado habitual de imbecilidad, enagenación mental ó locura; fundándose principalmente en este caso, en el respeto que se debe á la patria potestad no extinguida en la menor edad del hijo, y á la confianza que inspira siempre el amor de un padre, quien mas que ningún otro puede prestar los mejores socorros al demente; cuya razón cesa después de la emancipación natural, y es entonces que debe ocurrirse al medio legal de la interdicción, que en este caso toca al padre provocar.

El tutor del pupilo demente no podrá después ejercer la curaduría

(2) Art. 483 — Inciso 1.º „

(3) „ 484 — C.

sin que preceda interdicción judicial, excepto por el tiempo que fuere necesario para provocar la interdicción.

Lo mismo será necesario cuando sobreviene la demencia al menor que está bajo curaduría. (4)

Aquí nuestro Código se aparta del francés, y, como el chileno, tomó esta disposición del proyecto primitivo de aquel, talvez para evitar las dudas é interpretaciones á que en Francia dió lugar esta innovación; aunque parece mas lógica en este punto la actual legislación francesa que solo deja estas curadurías excepcionales, como la del demente, del pródigo etc., para la mayor edad, por estar ya establecidas las tutelas y curadurías de la menor edad, las cuales no debieran innovarse por ser bastantes para la guarda de un menor aunque se encuentre en el estado excepcional de demencia, como se hace con la patria potestad. Pero nos parece muy acertado lo dispuesto en el primer artículo de este título, que parece referirse al menor emancipado, como lo hace el Código italiano, por qué es entonces que se hace preciso el acto de interdicción para someter nuevamente al menor á curaduría; siendo este el caso que no ha previsto el Código francés y que da lugar á dudas.

§ 3º

Quién puede provocar la interdicción.

La interdicción que consiste en la declaratoria de incapacidad de los actos de la vida civil en una persona por causa determinada, no se reconocía como requisito previo en las legislaciones romana y española, siendo solamente el resultado de la sujeción á curaduría á que se sometía al demente ó al pródigo.

El Código francés permite que cualquier pariente solicite la interdicción de su pariente, cónyuge y aun el Fiscal, caso que el demente no sea casado ó no tenga parientes conocidos; y de la misma manera lo hacen los de Portugal, Italia, Holanda y el del Cantón de Vaud, con la diferencia de que este dá la intervención á las municipalidades que los demas Códigos conceden al ministerio público, y que hay más ó menos extensión en los grados de la parentela para usar de este derecho.

El Código de Louisiana lo concede aun á los extraños.

El nuestro dá este derecho á cualquiera de los consanguíneos legítimos del demente, hasta el cuarto grado, á sus padres, hijos ó hermanos naturales uterinos, á la madre, hijos ó hermanos espurios en los casos en que sean llamados á heredarse, al curador del menor á quien sobreviene la demencia durante la curaduría, al funcionario diplomático ó consular de la nación á que pertenezca el demente, si fuere extranjero, al Juez de oficio si no hubiese sido provocada, y aun al síndico ó cualquiera del pueblo si se trata de un furioso.

[4] Art. 495 — C.

Por eso establece: que podrán provocar la interdicción del demente las mismas personas que pueden hacerlo respecto del disipador.

Deberá provocarla el curador del menor, á quien sobreviene la demencia durante la curaduría. El Juez la promoverá de oficio en los casos en que no haya sido provocada.

Pero si la locura fuere furiosa ó si el loco causare notable incomodidad á los habitantes, podrá también el procurador síndico, ó cualquiera del pueblo provocar la interdicción. (5)

En esta parte sigue la ley la mente de todas las legislaciones modernas que concilian el honor y el interés de las familias con el que corresponde á la causa pública, sin las restricciones perjudiciales que, por atender solo al interés privado, establece el Código holandés.

Señala el cuarto grado á los parientes legítimos porque hasta allí lo son legalmente, y en ellos supone un interés mas lato y una afección mas intensa: al cónyuge no divorciado, porque estándolo han cesado aquellas seguridades: á los parientes naturales ó espurios, para no dejarlos expuestos al abandono de su persona y de sus bienes, en manos de agentes de la ley, que no tendrían ni los cuidados ni los sentimientos que inspira el origen de la sangre ó la parentela de la naturaleza, en atención á que la humillación que recaiga por todo procedimiento oficial contra sus parientes, recae sobre ellos mismos, y que para evitar las censuras, los perjuicios y los peligros á que está expuesto un demente, solo á ellos corresponde remediarlo, y que el ministerio público solo debe intervenir cuando los interesados no cumplan con aquel deber, cuando no haya parientes conocidos, ó cuando se trate de un extranjero, ó de un furioso ó loco que cause notable incomodidad á los habitantes, que por no haber hecho cesar estos peligros ó estos inconvenientes las personas encargadas de verificarlo, toca á cualquiera autoridad ó extraño efectuarlo, porque es entonces que la suerte pública está comprometida y es á ella á quien corresponde salvarla.

§ 4º

Formalidades especiales.

La demanda de interdicción se propone ante el Juez de primera Instancia competente, enunciando los hechos de imbecilidad, de demencia ó de furor de la persona que se intenta poner en entredicho. El Juez dará traslado de ella por tres días á un curador especial que nombrará en el acto, y con lo que conteste ó en su rebeldía recibirá la causa á pruebas por ocho días con todos cargos, y vencidos resolverá dentro de los tres días siguientes lo que estimare de justicia, según el mérito de las pruebas.

En cualquier estado de la causa, el Juez á virtud de los informes verbales de los parientes ó de otras personas, y tratando de oír las ex-

[5] Art. 486 — C.

plicaciones del supuesto demente, decretará la interdicción provisoria y nombrará á éste un curador interino. (6)

Dentro del término de pruebas el Juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia. (7)

Los decretos de interdicción provisoria y definitiva deberán notificarse al público por el periódico oficial ó del departamento, si lo hubiere, y por carteles que se fijarán en tres á lo menos de los parajes mas frecuentados del distrito.

La notificación deberá reducirse á expresar, que tal individuo designado por su nombre, apellido, profesión y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes. (8)

Este decreto de interdicción debiera también inscribirse en el Registro del estado civil y no en el de la propiedad raíz ó de hipotecas, como se hace impropriamente entre nosotros, porque modifica el estado y la capacidad civil de la persona interdicta, y este requisito entra en las formalidades especiales que preceden á la curaduría del demente.

Decretada ejecutoriamente la interdicción definitiva se procederá al nombramiento de curador, observándose lo prescrito en este título y cesando en sus funciones el curador interino si lo hubiere, quien, como en el caso del disipador, rendirá cuenta al nuevo curador si él mismo no lo fuere. (9)

En Francia se entablan las demandas de interdicción ante el Tribunal de primera Instancia, artículándose por escrito los hechos de imbecilidad, enagenación mental ó locura, y debiendo presentar el actor los testigos y documentos de prueba. El consejo de familia informa sobre el estado de la persona cuya interdicción se pide, con solo exclusión del actor, y el cónyuge y los hijos del demente, que no tienen voto en él. Con este informe el Tribunal interroga al demandado por sí ó por un Juez comisionado, en presencia del Fiscal; y si hubiese mérito, nombra administrador provisional que cuide de la persona y bienes del demandado.

Si desecha la demanda, puede el Tribunal, si las circunstancias así lo exigen, mandar que el demandado no pueda en adelante litigar, transigir, tomar prestado, recibir un capital mueble ni dar carta de pago, vender ni hipotecar sus bienes, sin el concurso de un consejo de familia nombrado en la misma sentencia.

La sentencia que se dicta en estos juicios es en audiencia pública, con audiencia ó citación de las partes, ya sea que ella decrete la interdicción ó nombre asesor, se publica, se notifica á la parte y se fija en los edictos de la sala de la audiencia y en los despachos de los notarios del distrito, en el término de diez días y á instancia de los demandantes.

Y si apelare de aquella, puede el Tribunal superior, si lo juzga necesario, interrogar de nuevo ó hacer interrogar por medio de un delegado, á la persona cuya interdicción se solicita.

[6] Art. 776 — Pr.
[7] „ 487 — C. y 777 — Pr.
[8] „ 488 — „
[9] „ 788 — Pr.

Trámites análogos se prescriben en los Códigos de Louisiana, Italia, Portugal, Holanda y en el del Cantón de Vaud.

§ 5º

Quiénes pueden ser curadores del demente.

Se deferirá la curaduría del demente :

1º A su cónyuge no divorciado; pero si la mujer demente estuviere separada de bienes, según los artículos 155 y 166, se dará al marido curador adjunto para la administración de aquellos á que se extienda la separación :

2º A sus descendientes legítimos :

3º A sus ascendientes legítimos :

4º A sus padres ó hijos naturales, ó á su madre ó hijos espurios ;

5º A sus colaterales legítimos hasta en el cuarto grado, ó á sus hermanos ilegítimos uterinos.

El Juez elegirá en cada clase de las designadas en los números 2, 3, 4 y 5, la persona ó personas que mas idóneas le parecieren.

A falta de todas las personas antedichas tendrá lugar la curaduría dativa. (10)

Nuestra ley en esta vez, busca también en los afectos del corazón, en los estrechos lazos de la naturaleza y de la sangre, la seguridad de la persona del demente, su bienestar y los esfuerzos para su restablecimiento, lo mismo que la garantía de la buena administración de sus bienes. Supone la intensidad de aquellos afectos, en primer lugar en el cónyuge no divorciado, como móviles de su enlace y por la vida íntima que llevan entre sí; sin excluir á la mujer del cargo de curador, porque la interdicción ha hecho cesar en el marido la potestad marital que tenía sobre la mujer; pero respecto al marido, como de antemano pudiera haber perdido la administración de los bienes de la mujer por causas justas, ó se le hubiere prohibido en algunos bienes determinados por donación, herencia ó legado, la ley ha tenido por conveniente, respetando aquellos motivos y prohibiciones, y para garantir un tanto aquellos, dar un curador adjunto al marido para administrarlos, una vez que la mujer está en imposibilidad absoluta de hacerlo.

Aquellos mismos afectos é íntimo interés los supone en los parientes, en la escala que los coloca el artículo anterior, garantizando al demente con la escogencia que deja al Juez de la persona mas idónea en cada clase, si hubiere varias; y sin excluir ni al hijo del demente, por la misma razón de hacer cesar la patria potestad el decreto de interdicción, confiando á la piedad filial la desgraciada situación del padre.

Y si no existiesen aquellas personas, para que el demente no quede desamparado se le provee de un curador dativo, porque como atrás dijimos, en este caso tienen lugar las tres curadurías.

El derecho romano y el español establecían la curaduría legítima para el demente, lo mismo que la dativa; sin que la última prohibiese que se pudiese dar el hijo mayor de edad, capaz y de buena conducta como curador del padre, en preferencia á los extraños; y aunque lo hacía con la testamentaria, mandaba que si el padre la dejaba al hijo, debía el Juez confirmarla si le parecía apto para evacuar su encargo.

El derecho romano tampoco reconocía en este caso la curaduría testamentaria, y vedaba que la mujer fuese curadora de su marido demente, aunque algunos intérpretes opinaban que podía serlo dativa.

La ley francesa concede la tutoría legítima de su mujer al marido, y á la mujer solo la dativa pero sujeta á la forma y condiciones que para la administración le determine el consejo de familia, con recurso ante los tribunales para quejarse siempre que se considere perjudicada por este acuerdo.

También concede el Código francés esta curaduría á los ascendientes y descendientes del demente, sin prohibir que lo sean otros, pero estos con el derecho de pedir su reemplazo á los diez años, cuyo término lo fija en ocho años el Código holandés.

Las disposiciones citadas se consignan también en los de Italia, Portugal y Louisiana, estableciendo casi todos ellos la excepción de la separación de los cónyuges; pero en el derecho español moderno no se reconoce la interdicción civil, si no solo en calidad de pena, y por consiguiente solo aparece en el Código penal, como atrás lo hemos expresado.

El chileno se conforma en un todo al nuestro en esta materia, dejando el peligro de la intervención del marido separado de bienes, en la administración de los de la mujer.

§ 6º

Efectos de la interdicción.

La mujer curadora de su marido demente tendrá la administración de la sociedad conyugal y la guarda de sus hijos menores.

Si por su menor edad ú otro impedimento no se le defriese la curaduría de su marido demente, podrá á su arbitrio, luego que cese el impedimento, pedir esta curaduría ó la separación de bienes. (11)

Muy propio es que la mujer que es curadora de su marido y que por esta guarda tiene que administrar los bienes de aquel, lo haga también con todos los de la sociedad conyugal, y que también tenga la guarda de sus hijos menores que por otra parte le concede la ley por inhabilidad del marido; pero, si ella por algún impedimento ó por falta de edad no asume aquel cargo, la ley le otorga, una vez que cese el impedimento, el derecho de pedir la curaduría del marido demente ó la separación de bienes, por suponer que aquella está ya provista y que

[11] Art. 490 — C.

los bienes de la mujer deben venir á su administraci3n, en cuyo 3ltimo caso siempre tendr3 la guarda de sus hijos, porque seg3n las reglas generales á ella le corresponde.

Si se nombraren dos 3 mas curadores al demente, podr3 confiarse el cuidado inmediato de la persona á uno de ellos, dejando á los otros la administraci3n de los bienes.

El cuidado inmediato de la persona del demente no se encomendar3 á persona alguna que sea llamada á heredarle, á no ser su padre 3 madre 3 su c3nyuge. (12)

Como la persona es indivisible, á diferencia de los bienes, uno solo debe ser el guardador encargado de los cuidados de ella, asegur3ndose de esta manera mejor la efectividad en el cumplimiento de estos deberes; y por otra parte, como la falta de raz3n en el guardado exige mayores precauciones y hasta la previsi3n de alejar sospechas contra el guardador, no debe darse esta guarda personal á individuo que tenga derecho de heredar al demente; de esta prohibici3n quedan exceptuados su c3nyuge, 3 padre 3 madre, porque la ley no presume tal corrupci3n en las costumbres, que seres tan íntimamente ligados con 3l por el estrecho lazo de los afectos mas puros, pudieran atentar contra su existencia.

El demente no ser3 privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe á sí mismo, 3 cause peligro 3 notable incomodidad á otros.

Ni podr3 ser trasladado á una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente mientras á solicitud del curador 3 de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorizaci3n judicial para cualquiera de estas medidas. (13)

Aunque el efecto principal de la interdicci3n es el pupilaje á que se somete al demente, atendido su estado particular, la ley toma respecto á 3l otras precauciones personales para evitar los daños que pudiera causar, pero respetando siempre su libertad, para casos extremos, deja estas medidas al buen criterio de un Juez.

Es al Juez de primera instancia competente á quien deben presentar los guardadores la solicitud, para que al loco 3 demente se le ponga en una casa de orates 3 manicomio, 3 para que sea encerrado 3 atado, exponiendo los motivos en que la fundan; y aquel recibir3 dentro de ocho d3as las pruebas que le presenten, resolviendo lo conveniente dentro de los tres siguientes al t3rmino indicado; pero si fuere otra persona la que elevare la solicitud, se comenzar3 por la audiencia del curador del loco 3 demente, corriéndole por tres d3as un traslado de ella. (14)

Los actos y contratos del demente posteriores al decreto de interdicci3n, ser3n nulos, aunque se alegue haberse ejecutado 3 celebrado en un intervalo l3cido.

Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados 3 celebrados sin pr3via interdicci3n, ser3n v3lidos, á menos de probarse que el que los ejecut3 3 celebr3 estaba entonces demente. (15)

[12] Art. 491 — C.

(13) " 493 — "

(14) ,, 779 y 780 — Pr.

(15) " 492 — C.

Habiéndose sentado como un principio general, que la persona que se encuentra en estado habitual de demencia debe ser privada de la administración de sus bienes y sujeta á curaduría, aunque tenga lúcidos intervalos, y la interdicción surte sus efectos desde la fecha del decreto que la declara, deben reputarse nulos todos los actos y contratos ejecutados en estas situaciones, á semejanza de lo que sucede con el pupilo; pero no es lo mismo con los actos y contratos anteriores á aquella declaratoria, porque llevando consigo la nulidad el perjuicio de terceros, no debe existir mientras no se haya hecho pública la situación de un demente; no obstante si se probare la demencia al tiempo de celebrarlos ó de ejecutarlos, deben tenerse por nulos, por faltar la voluntad, que, según las reglas generales, es esencial á su validez; lo cual no sucede en la prodigalidad que no destruye la voluntad deliberada.

Una ley posterior al Código de Louisiana prescribe, que los actos ejecutados por una persona retenida en un establecimiento de enagenados durante el tiempo de su detención, sin que su interdicción haya sido acordada ni pedida, podrán ser impugnados por causa de demencia.

El Código francés, y á su semejanza los demás que antes hemos citado, lo mismo que el prusiano, considera al individuo interdicto como menor en lo relativo á su persona y bienes, aplicando en estos casos las leyes dictadas sobre la tutela de los menores y declara nulos los actos ejecutados después de la interdicción sin asistencia del asesor; también declara nulos los anteriores si existía la causa de interdicción y era notoria en la época en que se ejecutaron: esto mismo prescribe el Código de Cerdeña.

También establece: que después de la muerte de una persona, no podrán ser impugnadas por causa de demencia las actas por él mismo otorgadas, sino hubiese sido declarada su interdicción ó solicitada antes de su muerte, excepto en el caso de que la prueba de la demencia resulte del acta misma que se impugna.

Disposiciones iguales consignan los Códigos de Italia y de Louisiana.

Los frutos de los bienes del demente y en caso necesario y con autorización judicial, los capitales, se emplearán principalmente en aliviar su condición y en procurar su restablecimiento. (16)

Esta disposición está tomada del Código francés, que manda que las rentas de la persona objeto de la interdicción, se destinen principalmente á mitigar su suerte y á acelerar su curación: que según las circunstancias de su enfermedad y el estado de su fortuna, podrá disponer el consejo de familia que se le atienda en su domicilio ó se le traslade á un establecimiento de curación, y si fuese necesario, á un hospital.

La mayor parte de los Códigos europeos, que hemos citado, concuerdan en estas disposiciones.

(16) Art. 494 — C.

§ 6º

Rehabilitación.

El demente podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes, si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con justa causa.

Se observará en estos casos lo prevenido en los artículos 481 y 482. (17)

A semejanza del disipador, al demente, si recobra sus facultades intelectuales perdidas y se encuentra en aptitud de ejercer los actos de la vida civil, debe rehabilitársele para administrar sus bienes; y aun declarársele nuevamente interdicto si hubiere motivo posterior para ello, usando el Juez de las mismas formalidades que para la interdicción primitiva, y declarando, si rehabilita, que tal individuo (cuyo nombre, apellido, profesión y domicilio consignará), tiene la libre administración de sus bienes. Esta declaratoria debe hacerse pública de la misma manera que la interdicción, y debiera también consignarse en el registro del estado civil.

Esta rehabilitación está tomada de la ley francesa, á la que se conforman varios Códigos europeos y americanos, como lo dejamos expuesto al final del título anterior, y la cual expresa, que la interdicción cesa con las causas que la determinaron; sin embargo, no se pronunciará sentencia con este objeto sin haber observado previamente las mismas formalidades prescritas para acordarla. El que esté sujeto á interdicción no podrá recobrar el ejercicio de aquellos derechos sino después de haberse pronunciado la sentencia.

(17) Art. 495 — C.

TITULO 26.

Reglas especiales relativas á la curaduría del sordo-mudo.

SUMARIO.

Naturaleza y origen de esta guarda — Requisitos especiales — Efectos — Fin de la guarda.

§ 1º

Naturaleza y origen de esta guarda.

Sordo-mudo se dice de la persona que carece del habla y del oído; por eso es que nuestra ley considerándole en un estado de imbecilidad le sujeta á la interdicción y le somete á curaduría.

El derecho romano y el español, reputándole idiota, le ponían en curaduría perpetua, imposibilitándole para ser tutor ó curador, testigo testamentario, Juez, abogado, y obtener otros cargos, lo mismo que hacer testamento.

El Código francés, en vista de los adelantos obtenidos por la enseñanza moderna, que ha hecho del sordo-mudo un ser inteligente, capaz de hacerse entender en todo caso, no lo sujeta á la interdicción.

La curaduría del sordo-mudo que ha llegado á la pubertad, entre nosotros, puede ser testamentaria, legítima ó dativa. (1)

§ 2º

Requisitos especiales.

Los artículos 484, 485, inciso 1º, 489, 490 y 491 se extienden al sordo-mudo. (2)

Como se ha visto, las reglas especiales para la curaduría del demente se aplican á la del sordo-mudo, y las cuales por estar ya explicadas no las repetimos; aunque nos toca hacer notar un requisito especial que, según nuestros procedimientos, debe llenar el Juez durante el término de pruebas en el juicio de interdicción de este, y es la obligación que tiene de interrogar al supuesto sordo-mudo, con el fin de averiguar si puede entender ó darse á entender por escrito, poniendo constancia de todo en el expediente. (3)

[1] Art. 496 — C.
[2] " 497 — "
[3] " 777 — Pr.

§ 3º

Efectos.

La interdicción del sordo-mudo produce los mismos efectos que la del demente: ella le imposibilita de ser tutor ó curador, testigo ni aun en testamento privilegiado, ni hacer testamento ú obligarse por otro siempre que no pueda darse á entender por escrito; con la diferencia, de que sus actos ó contratos anteriores no son anulables como los del demente.

Los frutos de los bienes del sordo-mudo y, en caso necesario y con autorización judicial, los capitales, se emplearán especialmente en aliviar su condición y en procurarle la educación conveniente. (4)

Aunque entre nosotros, la perfección del sistema de enseñanza no ha llegado á tal grado de no reputarse inhábil al sordo-mudo para los actos de la vida civil, no se le califica como á un idiota, ni se desconfía de los medios que proporciona la educación para aumentar las aptitudes de aquel.

Los deberes de la naturaleza, los que le impone el cargo que ejerce al curador, y la piedad misma, exigen de éste todos los cuidados y esfuerzos que tiendan á mejorar la condición del sordo-mudo, como se hace con el demente, y aun el empleo de sus bienes para la consecución de tan laudable fin.

§ 4º

Fin de la guarda.

A diferencia de la legislación antigua, la nuestra no da un carácter perpetuo á la inhabilidad del sordo-mudo, ni quiere que se prolongue una providencia odiosa como la interdicción, dictada solamente por la necesidad que crían causas superiores, mandando que cese en todo caso que éstas desaparezcan; por eso es que establece que cesará la curaduría cuando el sordo-mudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitare y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes; sobre lo cual tomará el Juez los informes competentes. (5)

[4] Art. 498 — C.

[5] „ 499 — „

TITULO 27.

De las curadurías de bienes.

CAPITULO I.

Curaduría de bienes del ausente.

SUMARIO.

Objeto y naturaleza de esta guarda — Qué se entiende por ausente — Requisitos de la curaduría de bienes del ausente — Quienes pueden provocarla — A quienes puede nombrarse curador — Facultades de éste — Fin de la guarda.

§ 1º

Objeto y naturaleza de esta guarda.

La curaduría de bienes se ha establecido para cuidar de los bienes de aquellas personas que existiendo ó estando presentes no necesitarían de curador, como el ausente, el que está por nacer, y el heredero de los bienes de una herencia yacente; así se dice, que curador de bienes es el nombrado para cuidar los de una persona que no puede atenderlos por sí misma.

Esta guarda se diferencia de la general en que solo se refiere á los bienes, y no á estos y á la persona, como aquella, por eso es que obedece á reglas especiales, que en su orden explanaremos, y las cuales no han sido establecidas por todas las legislaciones.

§ 2º

Qué se entiende por ausente.

Ausente, según nuestro Código, es la persona cuyo paradero se ignora ó que haya dejado de estar en comunicación con los suyos, la que por presunción de muerte no se hayan dado hasta la vez sus bienes en posesión previsoría, ó definitiva faltando la primera, y el deudor que se oculta.

Esto se entiende para los efectos legales de la curaduría de que tratamos, pues ausente en general se dice de toda persona que no se encuentra en el punto donde habitualmente reside, ó en su domicilio, ó en aquel donde en circunstancias y por motivos dados se requiere, ó la que se halla fuera del Estado.

Por eso es que la ley prescribe, que en general, habrá lugar al

nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente cuando se reúnan las circunstancias siguientes :

1ª Que no se sepa de su paradero, ó que á lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente ó á terceros ;

2ª Que no haya constituido procurador ó solo le haya constituido para cosas ó negocios especiales.

Se comprende entre los ausentes al deudor que se oculta. (1)

Nuestra legislación no llama ausente al que lejos de su domicilio tiene una residencia conocida, y no permite que se le dé curador sin motivo, sino cuando de la falta de comunicación con los suyos se originen perjuicios graves á él mismo en sus intereses, ó á terceros, por falta de un procurador constituido por él, ó que solo lo sea para cosas ó negocios especiales; pero una vez dada la posesión de los bienes del desaparecido por presunción de muerte, ya no hay lugar á esta curatela, ni á los cuidados de los intereses por los apoderados que haya dejado para su administración, ó la gestión de sus representantes legales, porque toca á los poseedores representar la sucesión en las acciones y defensas contra terceros.

Las legislaciones antiguas no establecían reglas sobre la ausencia, porque en aquella época las comunicaciones mas difíciles y menos frecuentes obstaculizaban la emigración, que los adelantos modernos y el creciente incremento del comercio, han hecho hoy tan común; por eso es que todos los Códigos modernos la prevenen.

Las leyes de Partidas solo permitían que se diera curador de los bienes del ausente en el caso en que fuera demandado, á los cautivos y á los bienes de herencia en que no hubiese herederos, al ausente que estuviese en Ultramar; pero en los Códigos modernos de España nada se dice respecto á ausencia.

El Código francés deja al ministerio fiscal el encargo de velar sobre los intereses de las personas que se reputan ausentes y de intervenir en todos los incidentes y cuestiones; y al tribunal, el proveer á la administración de los bienes de aquel, y aun nombrar un notario que intervenga en sus cuentas y liquidaciones, inventarios y particiones.

§ 3º

Requisitos de la curaduría de bienes del ausente.

La demanda para el nombramiento de curador de bienes de una persona ausente, se presenta ante el Juez de primera Instancia del último domicilio del ausente, ó que ha tenido el deudor que se oculta, ó del lugar en que tengan la mayor parte de sus bienes, ofreciendo probar las circunstancias de ausencia ú ocultación, los perjuicios que se originan al ausente, ó á terceros de su falta de representación, y que no ha dejado administrador ó procurador constituido.

[1] Art. 500 y 501 — Inciso 3º C.

El Juez, al admitir la petición, nombrará en el mismo decreto un defensor especial para que intervenga en las diligencias: á continuación le dará traslado de aquella por tercero día, abriendo el juicio á pruebas por ocho con todos cargos, y resolviendo entre los tres siguientes sin otro trámite ni diligencia.

Esta resolución es ejecutiva, no obstante apelación. (2)

§ 4º

Quienes pueden provocarla.

Pueden pedir el nombramiento de curador de bienes de la persona ausente los mismos que pueden hacerlo para la del demente y disipador, que son el cónyuge no divorciado; los consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, los padres, hijos ó hermanos naturales uterinos; la madre, hijos ó hermanos espurios en los casos en que sean llamados á heredarse; el funcionario diplomático consular correspondiente, si el ausente fuere extranjero; los acreedores del ausente ó del deudor oculto, y aun el Juez de oficio.

Por eso prescribe el Código, que podrán provocar este nombramiento las mismas personas que son admitidas á provocar la interdicción del demente.

Además, los acreedores del ausente tendrán derecho para pedir que se nombre curador á los bienes para responder á sus demandas. (3)

El Código francés tan indeterminado en este punto, porque deja al tribunal á petición de parte interesada, la facultad de proveer á la administración de todos ó parte de los bienes del ausente, por razón de que al discutirse esta materia creían algunos que era perjudicial el nombramiento de curador, porque se hacía público el estado de los negocios del ausente, fundados en una ley anterior que regía en aquel país; lo fué también al indicar las personas que podían provocar tal nombramiento.

La palabra parte interesada, ha dado lugar á la división de las opiniones de los expositores, expresando algunos que se refiere solamente á los que tienen un interés legal como el acreedor; otros, á los que tienen un interés eventual fundado en un acto, como el acreedor condicional; y otros, que comprende aun á los herederos presuntivos; pero Toullier expresa, que la parte interesada á que en este punto se refiere el Código francés, son los acreedores, los socios y los que tienen un interés actual; mas los parientes y aun los amigos pueden por requisición estimular al ministerio público, encargado especialmente de velar por los intereses de las personas ausentes, para que tome las medidas indispensables en los negocios de aquel, amenazados de pérdidas.

Como se ha visto, nuestra legislación en esta parte, destruye todas estas dudas, da intervención á todos los que tienen positivo interés en

(2) Arts. 503 C. — 781 y 782 — Pr.

(3) „ 501 — Inciso 1º y 2º — C.

la conservación de los bienes del ausente, y deja á la prudencia y deliberación del Juez, con conocimiento de causa, el deber de dictar las medidas conservativas.

§ 5º

A quienes puede nombrarse curador.

Pueden ser nombradas para la curaduría de bienes del ausente las mismas personas que para la curaduría del demente, en conformidad al artículo 489, y se observará el mismo orden de preferencia entre ellas.

Podrá el Juez, con todo, separarse de este orden á petición de los herederos legítimos ó de los acreedores, si lo estimare conveniente.

Podrá asimismo nombrar más de un curador y dividir entre ellos la administración, en el caso de bienes cuantiosos situados en diferentes distritos. (4)

Siendo esta curaduría legítima y dativa, á semejanza de la del demente, en el primer caso deben preferirse las personas reseñadas en el artículo 489, en el orden establecido, el cual hemos ya explicado, y por lo mismo omitimos todo comentario en este lugar.

Pero si el ausente ha dejado mujer no divorciada, se observará lo prevenido para este caso en el título "De la sociedad conyugal." (5)

La mujer será curadora de los bienes del marido ausente, sino está divorciada de él, ú opta por la separación de bienes.

Si la persona ausente es mujer casada, no podrá ser curador el marido sino en los términos del artículo 475, nº 1º (6), esto es, que no esté divorciado, ni la mujer totalmente separada de bienes, porque en este caso hay que dar al marido un curador adjunto para la administración de aquellos á que se extienda la separación.

§ 6º

Facultades de éste.

El curador de bienes del ausente tendrá la administración de ellos y la representación en todos los juicios que se refieran á aquél.

El marido administra, como siempre, todos los bienes de la sociedad conyugal y aun aquellos á que se extienda la separación, si existe, con el auxilio de un curador adjunto. La mujer tiene en este caso también la administración de la sociedad conyugal, que, por su excusa ó incapacidad, pasa al curador que se nombra en lugar de ella: mirándose

[4] Art. 502 — C.

[5] " 504 — "

[6] " 505 — "

todos los actos y contratos de aquella como actos y contratos del marido, que obligan á la sociedad y al marido; salvo en cuanto apareciere ó se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer, y en los que debe obtener autorización especial del Juez porque el marido hubiera estado obligado á solicitarla, lo mismo que para la enagenación, gravamen ó subrogación de los bienes raíces del marido.

El procurador constituido para ciertos actos ó negocios del ausente, estará subordinado al curador; el cual, sin embargo no podrá separarse de las instrucciones dadas por el ausente al procurador, sino con autorización del Juez. (7)

Como el ausente puede haber dejado procurador para un negocio especial, sin que esto obste para que se le dé curador á sus bienes, como se ha dicho, aquel estará subordinado al curador; pero si la persona ausente hubiere dado instrucciones al procurador, el curador no podrá separarse de ellas sino con autorización del Juez. Para obtener esta deberá solicitarla en procedimiento sumario, y el Juez la concederá para actos determinados, si se justificare por aquel que lo ha solicitado ser útil á los intereses del ausente, todo con audiencia de un curador especial. (8)

Si no se supiere el paradero del ausente, será el primer deber del curador averiguarlo.

Sabido el paradero del ausente, hará el curador cuanto esté de su parte para ponerse en comunicación con él. (9)

Este es uno de los deberes primordiales del curador, que debe ponerse en relaciones con el ausente para que le dé instrucciones si se conforma con él, ó nombre un administrador general de sus bienes, ó regrese él mismo á hacerse cargo de ellos.

§ 7º

Fin de la guarda.

La curaduría de los derechos del ausente expira á su regreso, ó por el hecho de hacerse cargo de sus negocios un procurador general debidamente constituido, ó á consecuencia de su fallecimiento, ó por el decreto que en el caso de desaparecimiento conceda la posesión provisoria, ó definitiva de aquellos; también termina por la extinción ó inversión completa de los mismos bienes. (10)

Extinguidos ó invertidos los bienes del ausente, ya no tiene objeto la curaduría de ellos; tampoco la tiene cuando regresa este, porque ha cesado la ausencia, ó cuando hay procurador general que cuide de los bienes; ó por fallecimiento del ausente, porque entonces toca á sus sucesores la propiedad de ellos; ó cuando se ha dado á estos la posesión provisoria ó definitiva de ellos, porque con los poseedores se entienden todas las gestiones ó reclamos que á los bienes hereditarios se refieran.

(7) Art. 506 — C.

(8) „ 783 — Pr.

(9) „ 507 — C.

(10) „ 518 — Inciso 1º y 4º — C.

CAPITULO II.

Curaduría de la herencia yacente.

SUMARIO.

Cuándo se nombra curador á la herencia — Quienes pueden provocar el nombramiento — Requisitos — A quienes puede nombrarse — Efectos y facultades — Fin de esta guarda.

§ 1º

Cuándo se nombra curador á la herencia.

Herencia yacente es aquella que no ha pasado á manos del albacea, ejecutor testamentario, ó herederos.

Por el fallecimiento de una persona queda al albacea designado en testamento, el cuidado y administración de sus bienes, ó á los herederos testamentarios ó abintestato; pero como la tenencia de estos es transitoria en el albacea, para mientras se trasfieren á los que tengan un derecho perfecto en ellos, si los herederos no los aceptan dentro de quince días de abierta la sucesión, hay que declarar yacente la herencia y nombrarle un curador que la represente.

En consecuencia el Código prescribe: que se dará curador á la herencia yacente, esto es, á los bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada.

La curaduría de la herencia yacente será dativa. (11)

Esta institución que viene del derecho romano y aceptó el español, tiende á la guarda de los bienes de la sucesión, y no á la representación del heredero, siempre que éste no había entrado en la posesión de los bienes, ó que no se habían hecho aun las particiones, siendo varios. Denominaban yacente la herencia, porque mientras no la acepta ó entra en ella el heredero, parece que descansa, *jacet*.

La legislación española también llamaba herencia vacante al conjunto de los bienes del difunto intestado que no tenía herederos ó que no se sabía si existían; cuya herencia aplicaba al fisco después de pagadas las deudas.

El Código francés le aplica esta última denominación y dá curador á la herencia que después de terminado el inventario, no es reclamada, ni tiene herederos conocidos, ó estos la han renunciado.

Nuestra ley en este punto, con acierto, se ha separado de la chilena, que no permite la declaratoria de yacencia de la herencia, cuando la administra el albacea á quien el testador se la confiere, porque esta medida solo tiende á asegurar el derecho definitivo de los bienes, y faltando herederos debe declararse yacente, como atrás lo hemos dicho y

[11] Art. 508 — C.

lo han entendido los legisladores antiguos y lo expresan los modernos, según se vé en la legislación francesa, holandesa, italiana, y la de algunos cantones de Suiza, y varios Códigos de la América.

§ 2º

Quiénes pueden provocar el nombramiento.

A pedimento del cónyuge sobreviviente, los parientes ó dependientes del difunto, cualquier interesado en ello, ó de oficio, declara el Juez yacente la herencia y procede al nombramiento de curador de ella.

El Código francés dá esta facultad á las personas interesadas y aun al ministerio público, lo mismo que lo hace el de Louisiana y el de Bolivia, el italiano y el holandés.

Natural es que los acreedores y todo interesado procuren la representación de una herencia contra la cual tienen que hacer efectivos sus derechos, y cuyas acciones no tendrían efecto sin aquella medida, porque es contra el curador de la herencia yacente, encargado de su defensa judicial, que tienen que hacerse valer los créditos.

§ 3º

Requisitos.

Si dentro del término de quince días de haberse abierto la sucesión no se hubiere aceptado la herencia ó por lo menos una cuota de ella, el Juez de primera instancia del mismo lugar á solicitud de las personas indicadas en el párrafo anterior, declarará yacente la herencia, publicando esta declaratoria en un periódico del departamento, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes mas frecuentados del mismo, nombrando á continuación un curador que se encargue de administrarla.

Cuando el valor total de la herencia, calculado aproximadamente, no excediere de doscientos pesos, practicará el Juez de Paz estas diligencias. (12)

Si el difunto á cuya herencia es necesario nombrar curador tuviere herederos extrajeros, el cónsul de la nación de estos tendrá derecho para proponer el curador ó curadores que hayan de custodiar y administrar los bienes. (13)

Careciendo de parientes en el país, y no estando presentes los herederos presuntos de una herencia, natural es que se oíga el consejo de sus representantes para el mayor acierto en la designación del guardador de sus bienes; lo mismo que lo hagan con posterioridad los acreedo-

[12] Arts. 845, 846 y 847 — Inciso 3º — Pr.

[13] „ 509 — C.

res, ú otros interesados en la sucesión, para agregar al primer nombrado otro curador en quien ellos mas confien.

Por eso nuestro Código prescribe: que el magistrado discernirá la curaduría al curador ó curadores propuestos por el cónsul, si fueren personas idóneas; y á petición de los acreedores ó de otros interesados en la sucesión, podrá agregar á dicho curador ó curadores, otro ú otros, según la cuantía y situación de los bienes que compongan la herencia. (14)

Pero si antes de ponerse la herencia en curaduría se presentare uno ó mas herederos á aceptarla, el Juez con conocimiento del derecho del aceptante, la habrá por aceptada y decretará el levantamiento de los sellos.

§ 4º

A quienes puede nombrarse.

Siendo dativa esta curaduría, puede el Juez nombrar la persona que le pareciere mas idónea y que dé mejores garantías para la conservación de los bienes, ó la que designe el cónsul si los herederos fueren extranjeros, si reuniese las mismas cualidades; puede también en caso necesario nombrar dos ó más, y dividir entre ellos las funciones, como mejor convenga para la seguridad de aquellos intereses, y aun agregar otros adjuntos si los interesados ó los acreedores lo pidieren.

§ 5º

Efectos y facultades.

La herencia yacente ó su representante tiene personería para continuar en la posesión principiada por el difunto, entendiéndose poseer en nombre del heredero, y en este sentido adquiere por prescripción.

A la inversa, la posesión perdida por el difunto se suspende en favor de la herencia yacente. (15)

Después de trascurridos cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría, deberá el curador pedir, y el Juez ordenar, que se vendan todos los bienes hereditarios existentes y se deposite el producido en las arcas del Estado. (16)

Según el Código francés, debe hacer inventario en forma, ejercitar los derechos y entablar y contestar las acciones, administrar depositando el numerario existente y el que proceda de la venta de los bienes en la caja nacional, conservar los derechos hereditarios y dar cuenta á la persona á quien posteriormente pertenezcan.

[14] Art. 510 — C.

[15] „ 2414 y 2423 — C.

[16] „ 511 — C.

Sobre las demás facultades de este curador, que son comunes á todos los curadores de bienes, trataremos al final de este título y en capítulo separado.

§ 6º

Fin de esta guarda.

La curaduría de la herencia yacente cesa por la aceptación de la herencia, ó en el caso del artículo 511, por el depósito de la renta en las arcas del Estado, lo mismo que por la extinción ó inversión completa de los bienes de ella. (17)

Pero mientras no hayan aceptado todos los herederos la herencia, las facultades del heredero ó herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente, aunque no están obligados á prestar caución, salvo el caso en que haya motivo de temer que bajo su administración peligren los bienes, al prudente arbitrio del Juez. (18)

CAPITULO III.

Curaduría de bienes del hijo póstumo.

SUMARIO.

Naturaleza de esta guarda — Fin de ella.

§ 1º

Naturaleza de esta guarda.

Hijo póstumo es el que nace después de la muerte del padre; pero como la ley protege al que está por nacer, vela también por sus intereses y prescribe el nombramiento de un curador que guarde estos y proteja sus derechos eventuales, sin que se entienda que conserva aquellos exclusivamente para el que está por nacer, sino también para las personas que los hereden si no nace vivo; por eso es que esta curaduría puede ser testamentaria y dativa, y solicitada por la madre ó cualquiera de las personas que han de suceder en los bienes sino naciere el póstumo.

Nuestro Código resume estas circunstancias en los artículos siguientes.

Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, estarán á cargo del curador que haya sido designado á este efecto por el testamento del padre, ó de un curador nom-

[17] Art. 518 — Inciso 2º y 4º — C.

[18] „ 1220 — „ 3º — C.

brado por el Juez á petición de la madre ó de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo.

Podrán nombrarse dos ó mas curadores, si así convinieren. (19)

La persona designada por el testamento del padre para la tutela del hijo, se presumirá designada asimismo para la curaduría de los derechos eventuales de este hijo, si mientras él está en el vientre materno fallece el padre. (20)

La razón de esta disposición está en la presunción de que cuando el padre nombra tutor al hijo que está por nacer, quiere también que vele por sus intereses eventuales si él fallece, que es quien lo hacía; pero no para que se le den en guarda los bienes existentes.

No se permite en este caso la curaduría legítima, porque tanto la madre como sus parientes tienen intereses contrarios á los herederos del padre si el hijo no nace vivo.

El derecho romano no permitía al padre nombrar en testamento un curador al vientre, esto es, á los bienes que quedan para el hijo que está por nacer; revistiendo esta curaduría exclusivamente el carácter de dativa.

La ley española autorizaba el nombramiento de un tutor que defendiera los derechos del hijo póstumo, y si había otros herederos, ellos y la viuda estaban obligados á formar inventario de los bienes de la herencia, que conservaba ésta, sin poder entrar los demás coherederos en la herencia hasta que se verificaba el parto ó se desvanecían las sospechas de preñez.

El Código napoleónico faculta al consejo de familia para el nombramiento del curador al vientre, que administre los bienes hereditarios, y el cual no se nombra únicamente en interés del hijo, sino que representa á terceros bajo el punto de vista del resultado del parto, excluyendo á la madre porque esta no tiene mas derecho que á la tutela del hijo una vez que nazca viable, y no á la de los bienes de los herederos de su marido.

Valette supone que esto se refiere al caso en que no haya otros hijos cuya tutela esté organizada y confiada á la madre, porque entonces la administración de todos los bienes hereditarios corresponde á esta. Tal opinión nos parece infundada por contrariar los principios en que descansa esta institución.

§ 2º

Fin de ella.

Esta curaduría transitoria termina cuando pasan las circunstancias que la motivaron: así, la curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer cesa á consecuencia del parto, ó por la extinción ó inversión completa de los bienes guardados. (21)

(19) Art. 512 — C.

(20) „ 513 — „

(21) „ 518 — Inciso 3º y 4º — C.

Si los bienes se extinguen ó se han empleado, si pasan al tutor que se dá al hijo ya nacido, ó á los herederos del testador á falta de aquel, ya no tiene objeto esta curaduría y debe cesar.

CAPITULO IV.

Efectos y facultades que se originan de toda curaduría de bienes.

El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración á todas las trabas de los tutores ó curadores, y además se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados. (22)

Esta disposición es mas amplia que la de la ley romana, que solo permitía á esta clase de curadores la custodia de los bienes y la venta de los que estaban expuestos á deterioro. Hay casos en que no se puede conservar los bienes sino administrándolos, y por ello deben consentirse aquellos actos administrativos indispensables á la conservación.

Se les prohíbe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos, y enagenar aun los bienes muebles que puedan conservarse sin que se deterioren ó corrompan, á no ser que esta enagenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, ó que el pago de las deudas la requiera. (23)

Sin embargo de lo dispuesto en los artículos precedentes, los actos prohibidos en ellos á los curadores de bienes, serán válidos, si justificada su necesidad ó utilidad, los autorizare el Juez previamente.

El dueño de los bienes tendrá derecho para que se declare la nulidad de cualquiera de tales actos, no autorizado por el Juez; y declarada la nulidad, será responsable el curador de todo perjuicio que de ello se hubiere originado á dicha persona ó á terceros. (24)

Todas estas operaciones serían peligrosas para la estabilidad de los bienes dados en guarda, sino las prescribiese una necesidad ingente ó una utilidad manifiesta y si no tuvieran la autorización del Juez; que para obtenerla se hará como los curadores generales para la venta de bienes raíces.

El Código francés aplica á la administración del curador de la herencia yacente las mismas reglas dadas para la administración del heredero que acepta una herencia con beneficio de inventario.

Toca á los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores. (25)

(22) Art. 514 — C.
(23) „ 515 — „
(24) „ 516 — „
(25) „ 517 — „

TÍTULO 28.

De los curadores adjuntos.

Habiendo hablado varias veces de los curadores adjuntos, que son aquellos que se dan en ciertos casos á las personas que están bajo potestad del padre, madre ó marido, ó bajo tutela ó curaduría general, ó en la simple curaduría de bienes para que ejerzan una administración separada, vamos á tratar ahora de sus facultades y responsabilidades.

Los curadores adjuntos tienen sobre los bienes que se pongan á su cargo las mismas facultades administrativas que los tutores, á menos que se agreguen á los curadores de bienes.

En este caso no tendrán mas facultades que las de curadores de bienes. (1)

El derecho francés establece un protutor, un asesor y un curador sustituto, que propiamente no ejercen las funciones designadas por nuestro Código al curador adjunto, que mas atiende á la conservación de los bienes que á la unidad de la administración, porque en Francia no hay administración separada en ningún caso.

Los curadores adjuntos son independientes de los respectivos padres, maridos ó guardadores.

La responsabilidad subsidiaria que por el artículo 443 se impone á los tutores y curadores que no administran, se extiende á los respectivos padres, maridos ó guardadores respecto de los curadores adjuntos. (2)

(1) Art. 519 — C.

(2) „ 520 —

TÍTULO 29.

De los curadores especiales.

El curador especial es el que se dá para un negocio particular.

El derecho francés le dá el nombre de tutor *ad hoc*.

Las curadurías especiales son dativas.

Los curadores para pleito ó *ad litem* son dados por la judicatura que conoce en el pleito, y no tendrán otras facultades que las que especialmente se les hubieren conferido por el discernimiento. (1)

El curador especial no es obligado á la confección de inventario, sino solo á otorgar recibo de los documentos, cantidades ó efectos que se pongan á su disposición para el desempeño de su cargo, y de que dará cuenta fiel y exacta. (2)

Debe entenderse, que este curador, como el interino, no está obligado á dar caución para el desempeño de su cargo, pero sí á rendir cuenta de sus gestiones é interina administración, si la hubiere. (3)

[1] Art. 521 — C.

[2] „ 522 — „

[3] „ 769 — Pr.

TÍTULO 30.

De las incapacidades y excusas para la tutela ó curaduría.

CAPITULO I.

De las incapacidades.

SUMARIO.

Aclaraciones generales — Reglas relativas á defectos físicos y morales — Reglas relativas á las profesiones, empleos y cargos públicos — Reglas relativas al sexo — Reglas relativas á la edad — Reglas relativas á las relaciones de familia — Reglas relativas á la oposición de intereses ó diferencia de religión entre el guardador y el pupilo — Reglas relativas á la incapacidad sobreviniente — Reglas generales sobre las incapacidades.

§ 1º

Aclaraciones generales.

Hay personas á quienes la ley prohíbe ser tutores ó curadores, y personas á quienes permite excusarse de servir la tutela ó curaduría. (1)

Todas las legislaciones, con excepción de la inglesa y la norte-americana, como atrás hemos dicho, han reconocido en la guarda un cargo obligatorio para salvar los intereses del guardado ó para la conservación de ciertos bienes; pero apesar del fin á que tiende esta institución, y de considerarse como una carga la tutela ó la curaduría, ninguna legislación ha descuidado en absoluto los intereses del guardador en pró de los del guardado, por eso es que el derecho reconoce causas de excusas en la guarda, como reconoce también incapacidades en los guardadores, y otras que con éstas dan lugar á la remoción, para no poner en peligro los intereses del pupilo, ó de las personas ó bienes puestos en guarda.

Habiéndose tratado ya de la organización y administración de la guarda, natural es que lo hagamos ahora sobre las causas que impiden ó dispensan su ejercicio, y posteriormente de la remuneración de los guardadores y de su remoción, que aunque, fundada en la incapacidad, debiera comprenderla nuestro Código en el presente título, como lo hace el francés; pero por atribuirle también otras causas sobrevivientes ó que se desarrollan durante la administración de la guarda, lo hace en título separado.

Como las incapacidades se refieren á las cualidades personales del

(1) Art. 523 — C.

guardador, el derecho las funda en los defectos físicos ó morales de éste, en su sexo ó edad, en sus intereses ó creencias, en su posición social ó relaciones de familia; por eso es que al tratar en primer lugar de las incapacidades, lo haremos con todos estos detalles y en el orden correspondiente en los parágrafos que siguen.

§ 2º

Reglas relativas á defectos físicos y morales.

Son incapaces de toda tutela ó curaduría :

- 1º Los ciegos :
- 2º Los mudos :
- 3º Los dementes, aunque no estén bajo interdicción :
- 4º Los fallidos, mientras no hayan satisfecho á sus acreedores :
- 5º Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación :
- 6º Los que carecen de domicilio en la República :
- 7º Los de mala conducta notoria :
- 8º Los condenados judicialmente á una pena de las designadas en el artículo 264, número 4º, aunque se les haya indultado de ella :
- 9º La mujer que ha sido condenada ó divorciada por adulterio; y subsistirá la incapacidad aunque el estado de divorcio haya terminado por la disolución del matrimonio ó por la reconciliación :
- 10º El que ha sido privado de ejercer la patria potestad según el artículo 264 ;
- 11º Los que por torcida ó descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, ó en el juicio subsiguiente á ésta han sido condenados por fraude ó culpa grave á indemnizar al pupilo. (2)

Todas estas causas son referentes al fin de la guarda, que es el cuidado de la persona y la conservación de los bienes, porque ellas imposibilitan el ejercicio del cargo y ponen en peligro aquellos intereses.

El ciego, el mudo y el demente, es notorio que no pueden desempeñar estas funciones, porque carecen de los órganos é inteligencia necesaria para las aptitudes indispensables en él.

El fallido que no paga á sus acreedores, y el que está privado de administrar sus propios bienes por disipación, porque no da las garantías necesarias á la administración y conservación de los bienes; pero el fallido que ha satisfecho sus créditos deja de serlo, ya no hay el peligro de que ocupe los bienes de la guarda para pagar sus propias deudas, y su situación revela que ha recuperado las aptitudes que se suponen en toda persona para ejercitar sus negocios; y el disipador debe estar declarado en interdicción por sentencia judicial, porque su falta de juicio no es notoria como en el demente, ni carece como éste de voluntad.

Los que no tienen domicilio en la República, porque fuera de ella

(2) Art. 524 — C.

no pueden atender debidamente la persona ni los capitales encomendados á su guarda, ni hacerse efectivas sus responsabilidades.

Los de mala conducta notoria, los condenados á una pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad, ó que hayan sido privados directamente de ejercerla, los que han sido removidos de otra guarda por torcida administración ó condenados por fraude ó culpa grave á indemnizar al pupilo, ó la mujer divorciada ó condenada por adulterio; porque ninguno de estos da las seguridades suficientes á la estabilidad de los bienes, al buen trato y debido ejemplo á la persona guardada, y porque habiéndose hecho indignos del aprecio y confianza pública, no les corresponde un cargo que lleva el carácter de tal.

Nuestro Código se separa del chileno que, á semejanza de otros en la América como el de Nicaragua, señala entre las incapacidades para la guarda la de no saber leer y escribir, en razón de que no se ha hecho muy extensiva hasta la vez la enseñanza, y á que tal condición eliminaría de la guarda legítima á muchos parientes que carecen de aquella aptitud; siguiendo de esta manera el espíritu del derecho antiguo que no consideraba la falta de esta cualidad como una incapacidad, sino como una excusa en el nombrado.

Aunque ésta sea un cargo y no un derecho, siendo público y exigiendo una administración acertada con cuentas detalladas, y la representación en todos los negocios civiles, se hace muy difícil que pueda desempeñarlo quien no sabe leer ni escribir; por eso es que debió haberse adoptado en el nuestro aquella disposición, buscando las aptitudes completas en el guardador que requiere la mente de las legislaciones modernas.

Nuestro Código tampoco pone la extranjería en las incapacidades, como lo hace el Código austriaco, ni la falta de ciudadanía según la interpretación de algunos comentadores franceses y la práctica de sus tribunales, porque entre nosotros al extranjero se concede todos los derechos civiles, y la ciudadanía solo se requiere para el ejercicio de los políticos.

Las leyes romanas y españolas excluían de la tutela á las personas de notoria mala conducta, á los disipadores y á las que por mala administración habían sido removidas anteriormente de este cargo ó condenadas á indemnizaciones; pero el defecto de no saber leer ni escribir solo lo declaraban causa de excusa. Y la segunda de aquellas legislaciones vedaba también de este cargo á los ciegos y á los mudos.

El derecho belga consiente la curaduría del fallido; pero todos los modernos excluyen á las personas sujetas á interdicción, consignando reglas muy especiales el prusiano, y el sueco que prohíbe el ejercicio de la guarda á los menores de veinticinco años, á los insolventes, extranjeros, incapaces, administradores de fondos públicos y á los que tengan pleito por honor.

Los de Austria y de Baviera exigen el domicilio para el ejercicio de aquel cargo.

Todas las legislaciones modernas á semejanza de las antiguas, exceptúan de la guarda, con más ó menos restricciones, á las personas de mala conducta, á los condenados por delito grave, á la mujer que ha cometido adulterio declarado, y á los que han sido removidos de otra guarda ó demostrado ineptitud en la administración de sus negocios.

§ 3º

Reglas relativas á las profesiones, empleos y cargos públicos.

Son asimismo incapaces de toda tutela ó curaduría :

1º Los que pertenecen al fuero eclesiástico; pero los eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado ó no tengan cura de almas, podrán ser tutores ó curadores de sus parientes :

2º Los individuos del ejército ó la armada que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas á los cuerpos de línea ó á las naves del Estado ;

3º Los que tienen que ejercer por largo tiempo, ó por tiempo indefinido, un cargo ó comisión pública fuera del territorio salvadoreño. (3)

Estas excepciones nacen de la existencia todavía de fueros especiales en el país, de cuerpos ó poderes extraños dentro del Estado, que la ley debiera nivelar, porque no es razonable que algunos miembros de él, gozando de los mismos derechos, no estén sujetos á las mismas obligaciones. La igualdad es hija de la actual civilización; las distinciones y los privilegios el engendro del pasado y de la barbarie.

También esta incapacidad obedece á las dificultades que se originan de un cargo ó profesión especial para el ejercicio de otros, como la guarda, por eso es que á las personas consagradas al culto se les veda el ejercicio de la tutela ó curaduría, por suponerse que no deben estar en contacto con los negocios profanos, y especialmente á los que ejercen el episcopado ó los curatos, por sus funciones especiales; sin que la ley se refiera á los regulares que declara muertos civilmente, porque no existen en la República estos institutos; pero no obstante, la misma ley, obedeciendo á una razón superior y reconociendo los deberes que la naturaleza impone, hace una excepción de los eclesiásticos seculares que no tienen un cargo público, concediéndoles la guarda de sus parientes.

Los inconvenientes que se originan de la disciplina militar que requiere una consagración exclusiva y que impide la permanencia fija, han determinado la exclusión de los individuos del ejército y de la armada que se hallen en actual servicio; lo mismo que la de las personas que tienen que ejercer un cargo fuera del territorio de la República, aunque conserven su domicilio en ella.

El derecho romano excluía de la guarda á los sacerdotes y á los soldados, porque estos constituyen un poder especial dentro del Estado: el español á todas las personas nominadas en nuestra ley, que se inspiró exclusivamente en aquella en este punto, apartándose de la francesa y uniformándose en un todo con la chilena y con casi todos los Códigos de la América española; pero las legislaciones modernas de Europa no reconocen estas causales como excluyentes de la guarda, sinó como

[3] Art. 525 — C.

simples excusas, aunque el austriaco, el prusiano, el sardo y el de Baviera, reputando á los monjes muertos civilmente, les repelen de la guarda.

§ 4º

Reglas relativas al sexo.

Las mujeres son incapaces de toda tutela ó curaduría, salvas las excepciones siguientes :

1ª La mujer que no tiene marido vivo puede ser guardadora de sus descendientes legítimos ó de sus hijos ilegítimos :

2ª La mujer no divorciada puede ser curadora de su marido demente ó sordo-mudo ;

3ª La mujer, mientras vive su marido, puede ser guardadora de los hijos comunes, cuando en conformidad al artículo 1700 se le confiere la administración de la sociedad conyugal.

Estas excepciones no excluyen las inhabilidades provenientes de otra causa que el sexo. (4)

Todas las legislaciones han considerado á la mujer incapaz del ejercicio de la guarda, por sus condiciones peculiares y por la ineptitud consiguiente al alejamiento en que se encuentra de los negocios, ya se considere ésta como un cargo público ó como una simple carga que gravita sobre determinadas personas; pero no excluyen de ella á la madre y á la abuela.

Las reglas consignadas en el artículo precedente las hemos explicado ya suficientemente en los títulos anteriores, y por eso no entramos ahora en sus detalles; pero debe entenderse que las excepciones especificadas en este artículo aunque dan la guarda á la madre, queda excluida de ella por cualquiera otra de las incapacidades que la ley señala.

§ 5º

Reglas relativas á la edad.

No pueden ser tutores ó curadores los que no han cumplido veintiún años, aunque hayan obtenido habilitación de edad.

Sin embargo, si es deferida una tutela ó curaduría al ascendiente ó descendiente, legítimo ó ilegítimo, que no ha cumplido veintiún años, se aguardará que los cumpla para conferirle el cargo, y se nombrará un interino para el tiempo intermedio.

Se aguardará de la misma manera al tutor ó curador testamentario que no ha cumplido veintiún años.

(4) Art. 526 — C.

Pero será inválido el nombramiento del tutor ó curador menor, cuando llegando á los veintiuno solo tendría que ejercer la tutela ó curaduría por menos de dos años. (5)

Esta disposición se conforma á todas las legislaciones, en cuanto prohíbe el ejercicio de la guarda durante la menor edad; pero es tomada directamente del Código colombiano que, como el francés, fija la mayoría á los veintiún años, la cual también han adoptado los de Guatemala y Honduras, fundados en la observación de que en la época presente, á esta edad tiene el hombre todas las aptitudes para el ejercicio de cualquier cargo público.

La legislación chilena, la de Nicaragua, Bolivia, Costa-Rica y otras de la América española, donde todavía ejerce grande influencia el espíritu del derecho español antiguo, se ha fijado la edad de veinticinco años, que es la de la mayoría, para el desempeño de la curaduría, sin atender á que en las regiones intertropicales el desarrollo humano es mas precoz.

Esta incapacidad estriba en la que tiene el menor para la administración de sus propios bienes, la que no desaparece con la habilitación de edad para ello, que no supone mayores aptitudes en el ejercicio de otros cargos, ni quita el peligro de otras responsabilidades, y cuya concesión legal no debe extenderse á otro objeto que el determinado por ella.

En pro de la guarda testamentaria y legítima hace una salvedad esta ley, mandando que valga la conferida al ascendiente ó descendiente de la persona puesta en guarda, aunque no haya entrado en la mayoría de edad, debiendo esperarse esta época para conferirle el cargo, que desempeñará entre tanto un guardador interino; haciéndose esto mismo con el designado en testamento. Lo cual no debe practicarse cuando el guardador nombrado, atendiendo á su edad, solo desempeñaría el cargo por un tiempo menor de dos años, porque esta guarda equivale á una interina, y los cambios frecuentes de administrador son mas perjudiciales á la persona puesta en guarda, que las ventajas que pudiera reportar de una curaduría legítima ó testamentaria.

El derecho romano y el español, según el glosador Gregorio López, concedía la tutela testamentaria al menor de edad, quien entraba á ejercerla á los veinticinco años.

El francés incapacita á los menores para la tutela, con excepción de la legítima que se refiere á los hijos; y con el cual concuerdan varios Códigos europeos en este punto.

Cuando no hubiere certidumbre acerca de la edad, se juzgará de ella según el artículo 330, y si en consecuencia se discierne el cargo al tutor ó curador nombrado, será válido y subsistirá cualquiera que sea realmente la edad. (6)

Esto se practica cuando á falta de los documentos legales ó de la prueba del caso, para determinar la edad de la persona que pretende nombrarse guardador, el Juez tiene que señalarla entre la mayor y la menor que pareciere tener, según el dictámen de facultativos ó personas idóneas.

(5) Art. 527 — C.

(6) „ 528 — „

§ 6º

Reglas relativas á las relaciones de familia.

El padrasto no puede ser tutor ó curador de su entenado. (7)

Esto se funda en el poco interés y el poco amor que se supone en él, lo cual daría lugar á desagrados y dificultades en la familia.

Por la misma razón el marido no puede ser tutor ó curador de sus hijos naturales sin el consentimiento de su mujer.

Estas disposiciones son tomadas del Código chileno y del colombiano, las cuales no se encuentran consignadas en ninguno de los europeos, y las que también adoptó el nicaragüense.

El hijo no puede ser curador de su padre disipador. (8)

Esta prohibición se funda en que la interdicción del pródigo no extingue la patria potestad, y por consiguiente en ningún caso debe ponerse al padre bajo la guarda del hijo.

§ 7º

Reglas relativas á la oposición de intereses ó diferencia de religión entre el guardador y el pupilo.

No podrá ser tutor ó curador de una persona el que le dispute su estado civil, ó tenga enemistad con ella ó con sus consanguíneos hasta el cuarto grado. (9)

Ninguna garantía daría en la guarda quien fuese enemigo de la persona guardada ó de sus parientes en el grado legal; ó que le disputase su estado civil, por contrariar los importantes derechos que emanan de él.

La legislación romana no señala esta causal como impedimento, sino como excusa, y la española nada dice á este respecto.

El Código francés, el austriaco, el italiano, el prusiano, el portugués y otros, excluyen de la tutela á todos los que tengan, ellos ó sus padres, pleito contra el menor, al cual estén ligados el estado, el capital ó una parte considerable de los bienes del mismo menor.

El Código chileno, el colombiano, el guatemalteco y el nicaragüense, de acuerdo en este punto con el francés, no hacen referencia á la enemistad, sino solamente á la disputa del estado civil, y sobre intereses propios ó ajenos.

No pueden ser solos, tutores ó curadores de una persona los acreedores ó deudores de la misma, ni los que litiguen con ella por intereses propios ó ajenos.

[7] Art. 529 — C.

[8] „ 531 — „

[9] „ 532 — „

El Juez, según le pareciere mas conveniente, les agregará otros tutores y curadores que administren conjuntamente, ó les declarará incapaces del cargo.

Al cónyuge y á los ascendientes y descendientes del pupilo no se aplicará la disposición de este artículo. (10)

Las prescripciones del precedente artículo no comprenden al tutor ó curador testamentario, si se prueba que el testador tenía conocimiento del crédito, deuda ó litis, al tiempo de nombrar á dicho tutor ó curador.

Ni se extienden á los acreditos, deudas ó litis que fueren de poca importancia en concepto del Juez. (11)

En esta parte nuestro Código se ha inspirado solamente en la legislación romana al excluir de la guarda á los que tienen intereses contrarios á la persona guardada, los cuales se ventilen ya en juicio, debiendo dárseles curadores adjuntos para garantizar mejor aquellos intereses, si han de ejercerla.

Pero como no puede presumirse nada contrario á la voluntad y afectos que se suponen en el cónyuge y ascendientes y descendientes del pupilo, no se les priva de este cargo que deben ejercer sin curador adjunto; ni tampoco al testamentario á quien designó el testador sabiendo que era acreedor ó deudor del pupilo ó que tenía pleito con él.

Tampoco son causas de incapacidad los créditos, deudas ó litis que fuesen de poca importancia en concepto del Juez, porque se supone que estos pequeños intereses no son bastantes á destruir los de la persona puesta en guarda.

La ley antigua española solo excluía al deudor del pupilo cuando su curaduría no era testamentaria, porque entonces quedaba revelada la confianza que en él tenía el testador, no obstante el crédito pendiente; pero el glosador López sentaba, que esta circunstancia no debía tomarse en cuenta con el padre, la madre, ó hermano del menor, porque las afecciones de estos aleja toda sospecha contra la persona y los intereses del pupilo; lo mismo que cuando la deuda es de una pequeña cuantía.

El Código francés y todos los que en él se inspiran, no toman en cuenta los créditos del tutor, porque es obligado á inventariar todos los bienes del pupilo, consignando las cantidades que éste le adeude, y rendir cuenta detallada de aquellos; de manera que en ningún caso hay peligro del menoscabo de los bienes del menor por los créditos ó deudas del tutor.

Los que profesan diversa religión de aquella en que debe ser ó ha sido educado el pupilo, no pueden ser tutores ó curadores de éste. (12)

Nuestra ley en este caso, queriendo evitar la oposición de intereses ó tendencias morales entre el guardador y el pupilo, que acarrearían el desorden y la perturbación en el ejercicio del cargo, dando por resultado final el extravío de creencias en el pupilo, siguiendo con rigor más lógico al Código chileno, uniforme en este punto con el colom-

[10] Art. 533 — C.

[11] " 534 — "

[12] " 535 — "

biano y nicaragüense, veda de la guarda á toda persona que profesa distinta religión de la que tiene ó debe darse al pupilo; sin agregar como aquellos, que la aceptación de los ascendientes ó consanguíneos del pupilo salvan este impedimento.

Tal prescripción no es otra cosa que el reflejo de la intolerancia religiosa, emitida con el plausible propósito de evitar la influencia de la doctrina de religiones extrañas en el ánimo de un niño ó de un adolescente que se encuentra bajo la dirección personal y sujeto á la educación que debe darle el guardador.

Si la ley prusiana ha sido censurada porque, juzgando desmoralizadoras todas las enseñanzas que no procedan de los preceptos del cristianismo, excluye de la tutela á los miembros de las antiguas religiones; y si la ley bávara lo ha sido también por su exclusivismo católico, en atención á ser la religión dominante en el reino; debemos también criticar nuestra ley, que no se inspira en ninguna de las legislaciones más notables antiguas y modernas; ni en la española que, apesar de sus luchas religiosas y nacionales con los sarracenos, no ocurrió, ni en la edad media, en este punto, á la excomunió civil y política que la Europa entera lanzaba contra los judíos y mahometanos, en aquellos siglos de loca intolerancia religiosa.

El Código guatemalteco y el hondureño, siguiendo al francés, nada dicen á este respecto, atendiendo talvez á que el pupilo puede estar en poder inmediato de otra persona, que el guardador.

§ 8º

Reglas relativas á la incapacidad sobreviniente.

Las causas antedichas de incapacidad, que sobrevengan durante el ejercicio de la tutela ó curaduría, pondrán fin á ella. (13)

Si la incapacidad anterior vicia la guarda acarreado su nulidad, sino puede darse para ella á una persona incapaz, natural es que si durante el ejercicio de este cargo sobreviene la incapacidad, cese en él el guardador.

La demencia del tutor ó curador viciará de nulidad todos los actos que durante ella hubiere ejecutado, aunque no haya sido puesto en interdicción. (14)

No es por la interdicción del demente que queda inhabilitado para todos los actos de la vida civil, social ó política, propiamente hablando, sino porque carece de razón y de voluntad deliberada; la falta de consentimiento y discernimiento lleva por esto consigo la invalidez en todos sus actos.

Si la ascendiente legítima ó madre ilegítima, tutora ó curadora, quisiere casarse, lo denunciará previamente al magistrado para que se nombre la persona que ha de sucederle en el cargo; y de no hacerlo así

[13] Art. 536 — C.

[14] „ 537 — „

perderá el derecho de suceder al pupilo por testamento ó abintestato, y ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido aun á los actos de la tutora ó curadora anteriores al matrimonio. (15)

Esta disposición está tomada de la legislación española, que en las Partidas quitaba la tutela á la madre que contraía segundas nupcias, dejando á ella responsable y á su marido por las obligaciones de aquella; pero una ley posterior de *gracias al sacar*, permitía que continuase en la guarda después del segundo matrimonio con dispensa real, previa información de *vita et moribus*; sabia disposición que no arrebatara un cargo conferido por el amor y el íntimo interés á la madre, quien talvez por favorecer á sus hijos se ha unido nuevamente á otro hombre, que da todas las garantías deseables á la persona é intereses de los hijos de su esposa.

Por eso es que nuestra ley, sin seguir á la francesa que previene á la madre tutora la convocatoria del consejo de familia, para que decida si debe continuar en la tutela al contraer segundas nupcias, bajo la pena de perder el cargo; solo la obliga á dar aviso al magistrado para que se la reemplace con otro guardador, sin perder la guarda si no lo hiciere, sino solo el derecho de sucesión y quedar con las responsabilidades del cargo ella y su nuevo marido; supliendo además su omisión con el que concede á toda persona para denunciar la incapacidad, según se verá en disposición posterior.

§ 9º

Reglas generales sobre las incapacidades.

Los tutores ó curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían al tiempo de deferírseles el cargo, ó que después hubieren sobrevenido, además de estar sujetos á todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo.

Las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor ó curador; pero, sabidas por él pondrán fin á la tutela ó curaduría. (16)

Ninguna incapacidad exime á los guardadores de las responsabilidades personales inherentes al cargo, porque solo en ellas estriba la garantía de los capitales y de las personas puestas en guarda; y así como se castiga á la madre tutora que se casa sin denunciarlo á la autoridad judicial, lo hace la ley con todo guardador que oculta á sabiendas las causas de impedimento concurrentes en él para el ejercicio de aquel, privándole de los emolumentos que debieran corresponderle, desde el día que tenía conocimiento del impedimento.

Pero como éste no revela falta de voluntad deliberada, y no debe perjudicar á terceros que desconocen el vicio legal, las causas ignoradas

[15] Art. 538 — C.

[16] „ 539 — „

de incapacidad no nulifican los actos del tutor ó curador; aunque desde que éste las conoce termina la guarda.

El guardador que se creyere incapaz de ejercer la tutela ó curatela que se le defiere, tendrá para provocar el juicio sobre su incapacidad los mismos plazos que para el de excusas se prescribe en el artículo 547.

Sobreviniendo la incapacidad durante el ejercicio de la tutela ó curaduría, deberá denunciarla al Juez dentro de los tres días subsiguientes á aquel en que dicha incapacidad haya empezado á existir ó hubiere llegado á su conocimiento; y se ampliará este plazo de la misma manera que el de treinta días que en el artículo 547 se prescribe.

La incapacidad del tutor ó curador podrá también ser denunciada al Juez por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge, y aun por cualquiera persona del pueblo. (17)

Deferida la guarda tiene el guardador treinta días de plazo, cuando reside en el mismo departamento ó distrito judicial del Juez competente, para provocar el juicio sobre su incapacidad y exoneración de la guarda, y un día mas por cada seis leguas de distancia cuando residiere en otro pueblo de la República; pero si la incapacidad sobreviene estando ya en el ejercicio de aquella, debe denunciarla dentro de tercero día de acaecida ó de haber llegado á su conocimiento, estando dentro de la jurisdicción, y con un día mas por cada seis leguas residiendo fuera de ella. Para mayores seguridades la ley concede este derecho de denuncia al cónyuge ó cualquiera consanguíneo del pupilo, y como de causa pública, á cualquiera persona del pueblo.

CAPITULO II.

De las excusas.

SUMARIO.

Personas que pueden excusarse de la guarda y causas de excusa — Tiempo en que deben proponerse.

§ 1º

Personas que pueden excusarse de la guarda y causas de excusa.

Pueden excusarse de la tutela ó curaduría :

1º El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Fiscales y demás personas que ejercen el ministerio público, los Gobernadores departamentales y los Jueces letrados :

2º Los Administradores y recaudadores de rentas fiscales :

3º Los que están obligados á servir por largo tiempo un empleo

(17) Art. 540 — C.

público fuera del distrito en que se ha de ejercer la guarda :

4º Los que tienen su domicilio fuera de dicho distrito :

5º Las mujeres :

6º Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual, ó han cumplido sesenta años :

7º Los pobres que están precisados á vivir de su trabajo personal diario :

8º Los que ejercen ya dos guardas; y los que, estando casados ó teniendo hijos legítimos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales. Podrá el Juez contar como dos la tutela ó curaduría que fuere demasiado complicada y gravosa :

9º Los que tienen bajo su patria potestad cinco ó mas hijos legítimos vivos de cualquier sexo, contándoseles también los varones que han muerto en acción de guerra bajo la bandera de la República ;

10º Los que no saben leer ni escribir, cuando la administración de la tutela y curaduría fuere complicada en concepto del Juez. (18)

El derecho público, los intereses del Estado y el decoro nacional, apartan de ciertos cargos civiles á los altos funcionarios del Estado; lo mismo que los intereses del pupilo á quien se dificultaría hacer efectivas las responsabilidades de tales guardadores, escudados con la inmunidad, prestigios y facultades que dan los cargos públicos.

El domicilio ó la larga residencia fuera de aquel en que debe ejercerse el cargo es otro de los motivos razonables de excusa, por la imposibilidad casi material de ejercerlo; lo mismo que la proveniente del sexo en la mujer, de graves enfermedades habituales, ó de la edad de sesenta años en que la degeneración física y mental destruye toda aptitud para funciones de aquella naturaleza, con grave perjuicio del pupilo, si existiera, y aún del guardador mismo.

Tampoco puede caucionar debidamente la guarda, y le impondría un verdadero sacrificio la ley, la persona que vive de su trabajo diario por carecer en absoluto de recursos.

A quien tiene una curaduría demasiado complicada y gravosa, ó dos, que no lo sean, á su cargo, ó una solamente pero con el ejercicio de la patria potestad al mismo tiempo respecto de sus hijos, ó ésta solamente sobre cinco ó mas hijos legítimos vivos, ó que no sepa leer ni escribir siendo complicado el cargo, no debe gravársele con la imposición de otra guarda.

Nuestra ley con un fin patriótico, queriendo premiar el sacrificio del que muere por la patria en el campo de batalla, le reputa vivo en este caso en provecho de su padre.

La legislación romana y la española excusaban de la guarda á los funcionarios del Estado, la suspendían en ausencia del guardador para que siguiera ejerciéndola en su regreso, admitían su excusa por grave enfermedad ó por haber llegado el guardador á la edad de sesenta años, por el desempeño de tres guardas ó tener cinco hijos legítimos vivos bajo su potestad, llamando tales el derecho romano á los que morirían combatiendo bajo las banderas de la República, que reputaba in-

(18) Art. 541 — C.

mortales; y señalaban además como causa de excusa el ejercicio del profesorado en el guardador, y la enemistad capital con el padre del pupilo.

La legislación española también consentía la excusa de los recién casados durante los primeros cuatro años, en atención á los nuevos deberes contraídos en el matrimonio; lo mismo que la de parientes, de la tutela legítima.

El derecho francés dispensa de la tutela al jefe del Estado y á los miembros de su familia, los grandes oficiales del mismo, senadores, diputados, consejeros y tribunales, á los presidentes y ministros del tribunal de casación, el fiscal y abogados fiscales del mismo, prefectos y demás personas que ejerzan cargo público en departamento distinto de aquel en donde ha de ejercer el tutor sus funciones, ó misión conferida por el jefe del Estado fuera del territorio francés.

Excusa además á las mujeres, al ciudadano que padezca una enfermedad grave justificada en forma, y á los ancianos de sesenta y cinco ó más años, á los que ejerzan ya dos tutelas, ó que á la calidad de tutor una la de esposo ó padre, con excepción de la de sus propios hijos, de la cual no puede excusarse sinó por otros motivos; no comprendiendo esta restricción á la madre, en quien la tutela no es obligatoria.

Pero el Código napoleónico no reputa como tutelas distintas las que se refieren á muchos pupilos, sinó á diversos patrimonios, porque es en atención á los cuidados de la administración de estos que excusa de mas de dos tutelas al guardador, porque aquellas administraciones agregadas á las de sus propios bienes le imposibilitan el ejercicio de otra; ó teniendo hijos, una mas de la que la ley permite, le distraerían de las obligaciones que la naturaleza le impone hácia los seres ligados á él por tan sagrado vínculo; lo mismo que exime de toda tutela á los padres que tienen bajo su potestad cinco ó mas hijos, contando entre estos los que han muerto en servicio militar activo.

Los Códigos de Austria, Prusia, Italia, Holanda, Baviera, del Cantón de Vaud, Chile, Colombia, Guatemala y Nicaragua, reconocen, mas ó menos, las mismas causas de excusa que el francés, con la diferencia de que el de Prusia y Rusia no establecen la tutela legítima: que el de Vaud establece solamente la que se refiere á la distancia del domicilio de la persona del guardador de aquel en que ha de ejercerse la guarda, de cuya legislación la tomaron los códigos americanos, ya citados: que solo el de Nicaragua, á semejanza del nuestro, señala la edad de sesenta años; y que estos, con excepción del guatemalteco, al hablar de los hijos muertos en servicio militar activo, exigen que la muerte haya sido en acción de guerra.

En el caso del artículo precedente número 8, el que ejerciere dos ó mas guardas de personas que no son hijos suyos legítimos ó naturales, tendrá derecho para pedir que se le exonere de una de ellas á fin de encargarse de la guarda de un hijo suyo legítimo ó natural; pero no podrá excusarse de esta. (19)

La excusa del número 9, artículo 541, no podrá alegarse para no servir la tutela ó curaduría del hijo legítimo ó natural. (20)

(19) „ 542 — C.

(20) „ 543 — „

En ningún caso puede eximirse el padre de la obligación de servir la tutela del hijo, aunque tenga á otros tantos bajo su potestad, ó ejerza ya varias guardas, porque se contraría la razón misma en que descansan aquellas excusas. que tienden á la protección que deben los padres á los hijos, si se les eximiese en alguno de estos casos de la curaduría legítima.

El que por diez ó mas años continuos haya servido la guarda de un mismo pupilo, como tutor ó curador ó como tutor y curador sucesivamente, podrá excusarse de continuar en el ejercicio de su cargo; pero no podrá alegar esta excusa el cónyuge, ni un ascendiente ó descendiente legítimo, ni un padre ó hijo natural, ni una madre ó hijo espurio. (21)

Debe señalarse algún término para poderse excusar de la guarda, porque de otra manera se convertiría ésta en una carga odiosa y perjudicial á los intereses del que la desempeña, por eso es que varias legislaciones han señalado plazos mas ó menos largos para estas excusas; pero como la curatela entre nosotros, no puede durar nunca diez años, debe entenderse que la excusa de ella se refiere al curador del interdicto, como sucede en Francia, por estar señalada la edad de veintiún años para la mayoría.

Si en Chile, de cuyo Código tomó dicha disposición el nuestro, puede verificarse el caso de que la curaduría dure por mas de diez años, porque el pupilo sale de ella á los veinticinco, aquí no puede suceder lo mismo sinó solamente en las curadurías extraordinarias que se originan de la interdicción, pues éstas se dan á los emancipados ó mayores de edad por el tiempo que dura el impedimento del ejercicio de los actos de la vida civil. El tiempo no puede oponerse para las legítimas.

No se admitirá como excusa el no hallar fiadores, si el que la alega tiene bienes raíces; en este caso será obligado á constituir hipoteca sobre ellos, hasta la cantidad que se estime suficiente para responder de su administración. (22)

Esto se conforma á una disposición anterior que permite la hipoteca en lugar de la fianza al guardador.

Las excusas consignadas en los artículos precedentes deberán alegarse por el que quiera apovecharse de ellas, al tiempo de deferirse la guarda; y serán admisibles si durante ella sobrevienen. (23)

§ 2º

Tiempo en que deben proponerse.

Las excusas para no aceptar la guarda que se defriere, deben alegarse dentro de los plazos siguientes :

Si el tutor ó curador nombrado se halla en el departamento en que reside el juez que ha de conocer de ellas, las alegará dentro de los treinta días subsiguientes á aquel en que se le ha hecho saber su nom-

[21] Art. 545 — C.

[22] „ 544 — „

[23] „ 546 — „

bramiento; y si no se halla en dicho departamento, pero sí en el territorio de la República, se ampliará este plazo á razón de un día por cada seis leguas de distancia entre el lugar de la residencia del Juez y el de la residencia actual del tutor ó curador nombrado. (24)

Como hemos sentado que las excusas deben alegarse al tiempo de deferirse la guarda, ó cuando ocurran estando ya en el ejercicio de ella, conviene ahora determinar los plazos en que deben alegarse, de una manera genérica, como lo hace nuestro Código, apartándose del casuismo de la ley romana y la francesa, que distinguen el acto de deferir la tutela, del ejercicio de ella, para las excusas.

Nuestro Código señala los plazos en que deben oponerse éstas al tiempo de deferirse la guarda, en el artículo anterior, atendiendo á un término proporcionado para poder ocurrir á la autoridad judicial, estando presente, y á la naturaleza de nuestras vías de comunicación, estando ausente.

La legislación española y la romana determinaban el de cincuenta días después de la notificación, para los presentes, ó que no distaban mas de cien millas del lugar en que habían sido nombrados.

La francesa solo da tres días de plazo á los presentes, y uno mas por cada tres miriámetros de distancia que haya desde el lugar del domicilio del guardador al de aquel en que se haga el nombramiento: pasado el plazo no se admitirán reclamaciones. Solo el guatemalteco, en la América, le sigue en estos términos, dando para la ausencia un día por cada cinco leguas.

Si el tutor ó curador nombrado está en país extranjero y se ignora cuando ha de volver, ó si no se sabe su paradero, el juez lo llamará por el periódico oficial ó del departamento si lo hubiere, y por carteles que se fijarán en tres de los parajes mas frecuentados del lugar, señalándole un plazo dentro del cual se presente el tutor ó curador á encargarse de la tutela ó curaduría ó á excusarse; y espirado el plazo podrá, según las circunstancias, ampliarlo ó declarar inválido el nombramiento, el cual no convalecerá aunque después se presente el tutor ó curador. (25)

Aquí hay la diferencia en la notificación que exige la ausencia, la revocatoria del nombramiento por la dificultad de hacerlo efectivo, y la necesidad de sostener la invalidez de aquel.

Toda dilación que exceda del plazo legal y que con mediana diligencia hubiera podido evitarse, impondrá al tutor ó curador la responsabilidad de los perjuicios que se siguieren de su retardo en encargarse de la tutela ó curaduría; y hará además inadmisibles sus excusas voluntarias, á no ser que por el interés del pupilo convenga aceptarlas. (26)

La tendencia de la ley es hacer efectiva la guarda poniendo un término á las excusas en favor del pupilo, por eso es que en su mismo provecho las acepta cuando se hubiese retardado el guardador, haciéndole responsable además de los perjuicios; pero á semejanza de lo que decía la Instituta romana y sus intérpretes, no ha querido gravar al que hubiere estado imposibilitado de ocurrir á aceptar el cargo, sino

(24) Art. 547 — C.

(25) " 550 — "

(26) " 548 — "

cuando con mediana diligencia pudo salvar el obstáculo y no lo verificó.

Los motivos de excusa que durante la tutela sobrevengan, no prescriben por ninguna demora en alegarlos. (27)

La ley no ha querido señalar plazo á la exposición de las excusas sobrevinientes, en atención á los servicios prestados ya en la guarda, y á los perjuicios que talvez le sobrevengan á la persona guardada sinó se admiten aquellas.

CAPITULO III.

Reglas comunes á las incapacidades y á las excusas.

El juicio sobre las incapacidades ó excusas alegadas por el guardador, es sumario y deberá seguirse con un curador especial. (28)

Aquellas deben proponerse ante el mismo juez que hizo el nombramiento, que es el de primera instancia del domicilio del menor, de la persona puesta en guarda, ó donde se encuentra el capital si la curaduría es de bienes; pero si el valor de éstos no excede de quinientos pesos, con excepción de los casos de interdicción, es al Juez de Paz á quien corresponde el conocimiento de ellas, por tocarle también el nombramiento.

Por el Código francés, siendo el consejo de familia el que confiere la tutela, ante él deben presentarse las excusas en la misma reunión si estuviere presente el tutor nombrado, ó posteriormente, después de la notificación y en el plazo indicado, si el tutor no hubiese asistido; ó convocándole en el plazo de un mes cuando se le hayan conferido dichas funciones con posterioridad á la aceptación y gestión de la tutela; intervinendo en todo caso el tutor sustituto que existe en toda tutela.

Si el juez en la primera instancia no reconociere las causas de incapacidad alegadas por el guardador, ó no aceptare sus excusas, y si el guardador no apelare, ó por el tribunal de apelaciones se confirmare el fallo del juez á *quo*, será el guardador responsable de cualesquiera perjuicios que de su retardo en encargarse de la guarda hayan resultado al pupilo.

No tendrá lugar esta responsabilidad si el tutor ó curador, para exonerarse de ella, ofreciere encargarse interinamente de la tutela ó curaduría. (29)

Esta disposición obedece al principio general de las obligaciones que se imponen al guardador por su retardo, las cuales cesan cuando el perjuicio se ha evitado por la curaduría interina del mismo, que el código francés hace forzosa, y el nuestro deja como voluntaria, siguiendo las prescripciones del Código romano y del Digesto.

(27) Art. 549 — C.

(28) „ 551 — „ y 771 Pr.

(29) „ 552 — „

TITULO 31.

De la remuneración de los tutores y curadores.

SUMARIO.

Remuneración y su origen—De la quinta y modo de computarla—Cómo se distribuye—Cómo se computan las asignaciones hechas al tutor—Quiénes no tienen derecho á la quinta.

§ 1º

Remuneración y su origen.

Para mayor claridad debiera tratarse aquí de la remoción de los guardadores, por haberlo hecho ya en los títulos anteriores de los impedimentos y excusas; pero un orden distinto observado por el Código, nos obliga á entrar aquí en una materia que debiera ser la del último análisis del tratado de la guarda, por no ser esencial á su institución, cual es la de la remuneración que la ley concede al guardador, desconocida por algunas de las legislaciones modernas europeas.

El Código chileno y á su semejanza otros de la América española, para recompensar los servicios prestados por el guardador en favor del pupilo y para compensar un tanto los perjuicios que se le irrogan por la atención á intereses extraños, señalan una cuota proporcionada á los bienes administrados; lo cual no sucede en las curadurías de bienes porque siendo una administración distinta la que confieren, es al Juez á quien toca asignar una remuneración equitativa sobre los productos de aquella.

Aunque la guarda se considere una carga, es de equidad el señalamiento de alguna remuneración á quien desempeña tan dilatado cargo y delicada administración, como lo hacía el derecho romano con los guardadores pobres para que no abandonasen la guarda, y el derecho español para evitar que aquel no gastase los bienes encomendados á sus cuidados, y estuviese suficientemente estimulado para fomentarlos.

Pero nuestra ley á semejanza de aquellos, niega esta recompensa á los que no llenan cumplidamente sus deberes en el ejercicio de la guarda, atendiendo á que la remuneración no es el pago de un servicio, propiamente hablando, sinó la recompensa y el estímulo para el buen desempeño del cargo, la cual sale de los frutos mismos que rinden los bienes administrados.

Casi todos los Códigos de Europa, con excepción del francés, señalan un tanto por ciento sobre los bienes administrados ó una remuneración fija al guardador por su administración.

§ 2º

De la quinta y modo de computarla.

El tutor ó curador tendrá, en general, en recompensa de su trabajo la quinta parte de los frutos de aquellos bienes de su pupilo que administra. (1)

Aquí se separa nuestro Código del chileno y los que le siguen como de el Nicaragua, Colombia y Bolivia, los cuales señalan la décima parte de los frutos, á semejanza de la ley española; aunque el guatemalteco que solo se inspira en la legislación francesa, solo autoriza al guardador para tomar de los bienes del pupilo los gastos indispensables á la guarda, y para que se le indemnizen los daños que este cargo le ocasione en sus propios bienes, sin su culpa ó negligencia.

El guardador cobrará su quinta á medida que se realicen los frutos.

Para determinar el valor de la quinta se tomará en cuenta, no solo las espensas invertidas en la producción de los frutos, sino todas las pensiones y cargas usufructuarias á que está sujeto el patrimonio. (2)

Fruto, es todo acrecimiento ó multiplicación que tienen las cosas, ó lo que ellas producen ó los rendimientos que dan, ya sea natural, civil ó industrialmente.

Pero nuestra ley siguiendo la definición romana, que daban el Código y el Digesto, los cuales reputaban solamente como frutos el producto líquido de los bienes, exige que para determinar el valor de la remuneración acordada á los guardadores, se tomen en cuenta los gastos de producción y todas las cargas y pensiones que graven el patrimonio.

De esta manera nuestro Código es consecuente con lo que dispone en otro lugar, cuando impone la guarda como un cargo gratuito á aquellos tutores ó curadores que administran un patrimonio tan escaso en frutos que apenas basten para la precisa subsistencia del pupilo; evitando por otra parte las cuestiones suscitadas entre los expositores del derecho español, quienes opinan, unos que se han de bajar las cargas anuales con que los bienes del menor están grabados, para computar la décima al guardador, y otros, siguiendo la opinión mas generalizada y la práctica corriente, que no se han de deducir las cargas ó gravámenes, sinó solamente las cuotas que en frutos se pagan anualmente.

Respecto de los frutos pendientes al tiempo de principiar ó espirar la tutela, se sujetará la quinta del tutor ó curador á las mismas reglas á que está sujeto el usufructo. (3)

Esto es, que la quinta debe sacarse de todos los frutos pendientes al tiempo de deferirse la guarda, pero no á la terminación de ésta.

En general, no se contarán entre los frutos de que debe deducirse la quinta, las materias que separadas no renacen, ni aquellas cuya separación deteriora el fundo ó disminuye su valor.

[1] Art. 553 — Inciso 1º C.

[2] „ 562 — C.

[3] „ 563 — „

Por consiguiente, no se contará entre los frutos la leña ó madera que se vende, cuando el corte no se hace con la regularidad necesaria para que se conserven en un ser los bosques y arbolados.

La quinta se extenderá, sin embargo, al producto de las canteras y minas. (4)

Según los comentadores de las leyes españolas, no podía tomarse íntegramente la décima parte de los frutos pendientes al principiar ó terminar la administración, porque para ellos no había contribuido todo el trabajo debido de parte del administrador, usufructuario ó guardador.

Muy acertada nos parece nuestra ley al asignar la quinta parte de los frutos de los bienes del pupilo, al guardador, porque no siendo con frecuencia, cuantiosos los bienes de una tutela entre nosotros, la décima de los frutos sería una remuneración muy insignificante á los servicios y sacrificios que impone el cargo; y más cuando entra en detalles sobre los casos y bienes de que debe extraerse ó nó aquella pensión.

Como las reglas del usufructo rigen en este caso respecto á los frutos pendientes, sin que esto excluya en el guardador el derecho de sacar la quinta de los frutos industriales y civiles de que no goza algunas veces el usufructuario, puede aquel aprovecharse en parte de los bosques y arbolados, debiendo conservarlos en su ser con la reposición de los árboles que derribe, respondiendo de su menoscabo en cuanto no dependa de causas naturales ó accidentes fortuitos; lo mismo que de los frutos que rinda el aumento de una heredad ocasionado por alubión ó accesiones naturales: de las minas y canteras, pero nó de los tesoros que descubre en el suelo que pertenezca al pupilo: de los ganados ó rebaños reponiendo los animales que se pierdan ó se mueran: de las cosas fungibles ó muebles, reponiendo las primeras y devolviendo las segundas en el estado en que se hallen, con solo la obligación de responder por la pérdida ó deterioro que provenga de su culpa ó dolo.

Los gastos necesarios ocurridos á los tutores ó curadores en el desempeño de su cargo según el artículo 438, se le abonarán separadamente y no se imputarán á la quinta. (5)

Si no se abonaran separadamente estos gastos y los servicios del guardador en concepto de abogado, médico, artesano, labrador ú otros que no son inherentes á la administración, la recompensa de la quinta de los frutos sería ilusoria.

§ 3º

Cómo se distribuye.

Si hubiere varios tutores ó curadores que administren conjuntamente, se dividirá entre ellos la quinta por partes iguales.

Pero si uno de los guardadores ejerce funciones á que no está anexa la percepción de frutos, deducirá el Juez de la quinta de los otros la remuneración que crea justo asignarle.

(4) „ 564 — C.
(5) „ 555 — „

Podrá también aumentar la quinta de un guardador, deduciendo este aumento de la quinta de los otros, cuando hubiere una manifiesta desproporción entre los trabajos y los emolumentos respectivos.

Se dictarán estas dos providencias por el Juez en caso necesario, á petición del respectivo guardador y con audiencia de los otros. (6)

Aquella distribución se hará desde la fecha del decreto del Juez, sino ha sido alterada por el acuerdo de las partes. (7)

Si un tutor ó curador interino releva de todas sus funciones al propietario, corresponderá su quinta íntegra al primero por todo el tiempo que durare su cargo, pero si el propietario retiene alguna parte de sus funciones, retendrá también una parte proporcionada de su quinta.

Si la remuneración consistiere en una cuota hereditaria ó legado, y el propietario hubiere hecho necesario el nombramiento del interino por una causa justificable, como la de un encargo público ó la de evitar algún grave perjuicio en sus intereses, conservará su herencia ó legado íntegramente, y el interino recibirá la quinta de los frutos de lo que administre. (8)

Justa es esta regla que se conforma á los principios generales ya sentados, en que se compensan los servicios del guardador de una manera proporcional y equitativa; por eso es que, solo al curador interino corresponde la quinta cuando releva en sus funciones al propietario, quien si ejerce algunas le corresponde en proporción á ellas parte de la cuota; pero si ésta consiste en herencia ó legado, y el nombramiento del guardador interino proviniese de causa justificable para el propietario, no la pierde éste, compensándose en este caso los servicios del interino con la quinta de los frutos de los bienes que administra.

Aquí la ley dá á entender que si el guardador por culpabilidad diese motivo para el nombramiento de un interino, pierde aquel derecho, según los principios generales que rigen en esta institución.

§ 4.º

Cómo se computan las asignaciones hechas al tutor.

Toda asignación que expresamente se haga al tutor ó curador testamentario en recompensa de su trabajo, se imputará á lo que de la quinta de los frutos hubiere de caber á dicho tutor ó curador; y si valiese menos, tendrá derecho á que se le complete su remuneración; pero si valiere más, no será obligado á pagar el exceso, mientras éste quepa en la cuota de bienes de que el testador pudo disponer á su arbitrio. (9)

La razón es, porque asignada una cuota al guardador en recompensa de su trabajo, debe tenerse como parte de la remuneración que la ley le señala para completarse si valiere menos que la quinta, ó como un

(6) Art. 553 — Inciso 2º, 3º, 4º y 5º — C.

(7) „ 554 — C.

(8) „ 559 — „

(9) „ 556 — „

legado si excediese, válido si sale de los bienes de que el testador pudo disponer libremente, y nulo si excediese en la parte que exceda, la cual será devuelta; porque ya se considere como legado ó como una asignación modal, ésta corresponde al guardador porque no depende de su voluntad el que el exceso de la quinta no se haya aplicado al trabajo que él desempeña, y por consiguiente debe subsistir la asignación sin gravamen; pero si el testador no pudo disponer de aquel exceso, debe devolverse porque carece de validez en esta parte la asignación.

No obstante, si el guardador no ejerce su cargo por excusa, natural es que no goce de la asignación; pero si lo ha ejercido ya cuando se excusa, que la goce de una manera proporcional; por eso es que la ley prescribe, que las excusas aceptadas privan al tutor ó curador, testamentario de la asignación que se le haya hecho en remuneración de su trabajo.

Pero las excusas sobrevinientes le privarán solamente de una parte proporcional. (10)

Aunque las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del guardador, no pudiendo haber ejercido el cargo legalmente, no puede gozar tampoco de las asignaciones que se le hayan hecho con tal fin, porque siendo éstas modales no tienen efecto cuando el fin ó el hecho encomendado es ilegal; pero si la incapacidad sobreviene sin culpa del guardador, ó falta éste durante el ejercicio de su cargo, la ley quiere que le pertenezcan.

Así determina: que las incapacidades preexistentes quitan al guardador todo derecho á la asignación antedicha.

Si la incapacidad sobreviene sin hecho ó culpa del guardador, ó si éste fallece durante la guarda, no habrá lugar á la restitución de la cosa asignada, en todo ó parte. (11)

Esta regla debe obedecer también á los principios generales, en caso que haya herederos forzosos, atendiendo á la cuota de que el testador pudo disponer libremente, según atrás lo hemos expresado.

§ 5º

Quiénes no tienen derecho á la quinta.

El tutor ó curador que administra fraudulentamente, ó que contraviene á la disposición del artículo 116, pierde su derecho á la quinta, y estará obligado á la restitución de todo lo que hubiere percibido en remuneración de su cargo.

Si administra descuidadamente, no cobrará la quinta de los frutos en aquella parte de los bienes que por su negligencia hubiere sufrido detrimento ó experimentado una considerable disminución de productos.

En uno y otro caso queda además salva al pupilo la indemnización de perjuicios. (12)

[10] Art. 557 — C.

[11] „ 558 — „

[12] „ 560 — „

La ley castiga con la pérdida de los emolumentos el fraude en la administración: al que se casa con su pupila menor de edad ó los descendientes del guardador cuando la cuenta de éste no haya sido aprobada por el Juez. si unos ú otros lo hicieren sin el consentimiento ó autorización del ascendiente que debe darlo; lo mismo que la administración descuidada, con la misma pérdida de la quinta de los frutos de los bienes que hubiesen sufrido detrimento por la viciada administración, además de la indemnización de perjuicios.

Si los frutos del patrimonio del pupilo fueren tan escasos que apenas basten para su precisa subsistencia, el tutor ó curador será obligado á servir su cargo gratuitamente; y si el pupilo llegare á adquirir mas bienes, sea durante la guarda ó después, nada podrá exigirle el guardador en razón de la quinta correspondiente al tiempo anterior. (13)

Siendo esta institución establecida en favor de los pupilos y como una carga pública impuesta á los guardadores, debe reputarse como cargo oneroso cuando los frutos de los bienes del menor fueren tan exigüos que apenas alcancen para su propia existencia.

Así lo expresan también los expositores del derecho español, del cual ha tomado estas disposiciones nuestro Código.

Los curadores de bienes de ausentes, los curadores de los derechos eventuales de un póstumo, los curadores de una herencia yacente, y los curadores especiales, no tienen derecho á la quinta. Se les asignará por el Juez una remuneración equitativa sobre los frutos de los bienes que administran, ó una cantidad determinada, en recompensa de su trabajo, no pudiendo bajar de un dos ni exceder de un ocho por ciento. (14)

Como estas son curadurías excepcionales, de tiempo indeterminado y de administración de bienes puramente, ó gestión judicial, la ley no ha querido sujetarlas á las leyes generales en la remuneración, sino que el Juez determine una cuota proporcionada al trabajo; y siendo equivalente á la curaduría especial ó *ad litem*, debe someterse á los aranceles de procuración, cuando sus derechos no excedan al rendimiento del tanto por ciento con que se gravan en este artículo los frutos de los bienes puestos en guarda.

[13] Art. 561 — C.

[14] „ 565 — „

TITULO 32.

De la remoción de los tutores y curadores.

SUMARIO.

Remoción — Causas de ella — Quiénes pueden provocar el juicio — Forma de éste y sus efectos — Responsabilidades del guardador excluido.

§ 1º

Remoción.

Remoción es la privación del empleo ó cargo que se ha confiado.

Las causas de remoción en nuestro Código son propiamente las mismas de incapacidad anterior ó sobreviniente, y por lo mismo este título debiera estar refundido en aquel; pero como puede el guardador haber dejado de cumplir con uno de los deberes primordiales que le impone el cargo, y como la medida de la remoción es mas depresiva y deshonrosa, la ley ha querido darle un procedimiento especial, señalando causas determinadas además de las generales que incapacitan para la guarda.

Así lo hace el Código francés que señala las causas de incapacidad, exclusión y destitución de los tutores. reseñando entre estas últimas la condenación á una pena aflictiva ó infamante, la mala conducta notoria, y la incapacidad ó infidelidad.

§ 2º

Causas de ella.

Los tutores ó curadores serán removidos :

- 1º Por incapacidad :
- 2º Por fraude ó culpa grave en el ejercicio de su cargo, y en especial por las señaladas en los artículos 412 y 450 :
- 3º Por ineptitud manifiesta :
- 4º Por actos repetidos de administración descuidada ;
- 5º Por conducta inmoral, de que pueda resultar daño á las costumbres del pupilo.

Por la cuarta de las causas anteriores no podrá ser removido el tutor ó curador que fuere ascendiente ó descendiente, ó cónyuge del

pupilo, pero se le asociará otro tutor ó curador en la administración. (1)

Conocida la incapacidad, se ha dicho, debe cesar inmediatamente el tutor ó curador en la guarda, por eso es que no exponiéndose, ésta es causa de remoción.

El fraude ó culpa grave en el ejercicio de la guarda, la omisión del inventario y la continuada negligencia del tutor en proveer á la congrua sustentación y educación del pupilo, deben serlo también, porque ellos contrarían el fin de la guarda.

La ineptitud manifiesta ó los actos repetidos de mala administración perjudican gravemente al menor en sus intereses, y estos males deben hacerse cesar á tiempo, para no ocurrir posteriormente al aventurado remedio de la caución.

Se presumirá descuido habitual en la administración, por el hecho de deteriorarse los bienes ó disminuirse considerablemente los frutos: y el tutor ó curador que no desvanezca esta presunción dando explicación satisfactoria del deterioro ó disminución, será removido. (2)

El cónyuge y los ascendientes ó descendientes del pupilo, no deben sufrir esta afrenta que caería sobre el propio nombre de la persona guardada, garantizándose su buena administración con el concurso de otro tutor ó curador.

La desmoralización del guardador puede producir también más daño en las costumbres del pupilo que beneficios reportara de su guarda, falseando en su base esta institución que tiende en primer lugar al cuidado y dirección personal del menor.

La legislación antigua y las modernas reconocen esta causa de remoción, que el Código francés señala de una manera mas lata, y que el nuestro siguiendo el espíritu de las leyes españolas, concreta al caso en que la mala conducta de guardador pueda influir desfavorablemente en las costumbres del pupilo; también tomó de esta legislación la causa de incapacidad y la del fraude ó culpa grave en el ejercicio del cargo, sin la declaratoria de infamia que autorizaba la ley romana: de la francesa la de ineptitud manifiesta: y de la romana y española la de la omisión de inventario, descuidos repetidos en la administración, y continuada negligencia en proveer al sustento y educación del pupilo.

El que ejerce varias tutelas ó curadurías y es removido de una de ellas por fraude ó culpa grave, será por el mismo hecho removido de las otras, á petición de cualquiera persona del pueblo ó de oficio. (3)

§ 3º

Quienes pueden provocar el juicio.

La remoción podrá ser provocada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge, y aun por cualquiera persona del pueblo.

(1) Art. 566 — C.

(2) " 567 — "

(3) " 568 — "

Podrá provocarla el fiador, el tutor ó curador, y el pupilo mismo que haya llegado á la pubertad, nombrando para ello un curador especial.

El Juez podrá también promoverla de oficio. (4)

Así lo disponía también el derecho romano y español: el francés autoriza á los parientes ó afines de los pupilos para provocar la remoción del tutor, lo mismo que al pro-tutor, ó Juez de Paz de oficio.

§ 4º

Formas de éste y sus efectos.

En la remoción de los guardadores conocerá el Juez de primera instancia que haya hecho el nombramiento ó el del actual domicilio del menor, en juicio ordinario de hecho ó de derecho según el caso, oyendo siempre á los parientes del pupilo y á un curador especial que el Juez dará á éste. (5)

Si los bienes de la tutela ó curaduría no exceden de quinientos pesos, la remoción se hace por el Juez de Paz respectivo, en forma verbal.

La destitución de los tutores en Francia se acuerda por el consejo de familia con audiencia del mismo.

Uno de los efectos que causa la iniciación de este juicio, es la suspensión del ejercicio de la guarda, á cuyo efecto se nombra al pupilo un tutor ó curador interino para mientras pende aquel. El interino excluirá al propietario que no fuere ascendiente, descendiente ó cónyuge; y será agregado al que lo fuere. (6)

Por el Código francés hasta que se remueve el tutor entra otro nuevo en el ejercicio del cargo, y el sustituto mientras pende en el tribunal de primera instancia la apelación del acuerdo del consejo de familia. Por el derecho romano y español la prohibición de administrar durante el juicio era absoluta para todo guardador, aun los legítimos.

§ 5º

Responsabilidad del guardador excluido.

El tutor ó curador removido deberá indemnizar cumplidamente al pupilo.

Será asimismo perseguido criminalmente por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo. (7)

El primer punto obedece á las reglas generales de indemnización impuesta á los guardadores; y el segundo es especial para los removidos, porque esta medida puede basarse en un delito que reclame el castigo, que en tales casos impone la legislación penal.

[4] Art. 569 — C.

[5] „ 569 — Inciso 4º C. y 771 Pr.

[6] „ 570 — „ 1º „

[7] „ 570 — „ 2º y 3º — C.

TITULO 33.

De las personas jurídicas.

SUMARIO.

Qué es persona jurídica — Cómo se constituye — Corporaciones — Su organización interna — Representación de ellas — Capacidad de adquisición y sus limitaciones — Fundaciones — Fin de la existencia de la persona jurídica.

§ 1º

¿Qué es persona jurídica?

Habiendo hecho un extracto ó compendio de la historia del derecho, tratado de la ley en general y definido las palabras de uso frecuente en ellas, y de las personas en todas las manifestaciones de los actos de la vida civil, para terminar el presente libro nos corresponde ahora hacerlo con otros seres ficticios que aunque carecen de vida real, la ley los equipara á las personas por darles derechos y obligaciones civiles como á las personas naturales, que constituyen su existencia jurídica, y las cuales designa hoy el derecho con el nombre de personas jurídicas, lo mismo que el romano las denominaba personas ficticias.

Nuestro código las define: como á una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de utilidad pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter. (1)

Las corporaciones son congregaciones de individuos que persiguen un fin privado y de interés particular; y las fundaciones, que no siempre se administran por todos los fundadores, tienden á un fin moral ó de utilidad pública. Cuando participa de ambos caracteres, la persona jurídica es corporación y fundación al mismo tiempo, porque el objeto de éstas, puede ser político ó de derecho público, civil ó de derecho privado, religioso ó de derecho canónico, ó industrial ó de derecho mercantil.

Aquí tratamos solamente de las de derecho privado, porque las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título: sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código del comercio. (2)

Las corporaciones ó fundaciones de derecho público, como la nación,

(1) Art. 571 — C.

(2) „ 573 — „

el fisco, las municipalidades, las iglesias, y los establecimientos que se costean con fondos del erario, se rigen por leyes y reglamentos especiales, y en lo que no esté expresamente dispuesto en ellos, se sujetarán á las disposiciones de este título. (3)

Los congresos, los tribunales y el ejército aunque tienen leyes y reglamentos especiales, y aunque sean costeados por el erario, no llevan el carácter de personas jurídicas, porque les falta la condición principal que se refiere á la esencia de aquellas, y es la capacidad de adquirir ó de propiedad, no teniendo por consiguiente representación judicial.

El código francés solo equipara la persona jurídica á la natural en las prescripciones; pero no trata de ellas porque su fundación es de derecho público en aquel país.

§ 2º

Cómo se constituye.

No son personas jurídicas las fundaciones ó corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley ó de un decreto del Presidente de la República. (4)

No habría orden en el Estado si hubiese corporaciones dentro de él que no emanasen de una ley: las mismas fundaciones de derecho público deben su existencia á la ley fundamental ó constitutiva: si hubiesen corporaciones dentro del Estado sin autorización y en orden armónico, constituirían un poder dentro del poder, un Estado dentro del Estado, sin que se pudiesen evitar las tendencias ilegítimas ó criminales que abrigasen, como sucede con las sociedades secretas. Por eso es que esta disposición es genérica, y comprende á todas las fundaciones ó corporaciones, con el fin de evitar, no solamente los peligros políticos, sino también los abusos que á la sombra pudiera cometer una corporación desautorizada, y la acumulación excesiva de bienes en manos muertas, con notorio perjuicio de los intereses económicos de la sociedad.

El estado de la persona natural es visible, lo mismo que su aparición que la hace apta para los derechos y obligaciones; pero tratándose de una persona ficticia se necesita una autorización suprema y expresa para darle vida en el derecho, y no dejar este sujeto á la incertidumbre y caprichos de la voluntad individual.

§ 3º

Corporaciones.

Las ordenanzas ó estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos á la aprobación del Presidente de

[3] Art. 574 — C.

[4] „ 572 — „

la República, que podrá concederla sino tuvieren nada contrario al orden público, á las leyes ó á las buenas costumbres.

Todos aquellos á quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al Presidente para que en lo que perjudicaren á terceros se corrijan; y aun después de aprobados les quedará expedito su recurso á la justicia contra toda lesión ó perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado ó puedan resultarles. (5)

Aunque la existencia legal y la capacidad civil de las corporaciones ó personas jurídicas, principia desde el momento de su autorización oficial, no pudieran existir sin estatutos especiales, que deberán ser también aprobados por la autoridad, lo que regularmente se verifica al mismo tiempo de la fundación, porque entes ficticios que deben su ser á la ley, de ella deben recibir la regulación de sus actos.

Natural es que se corrijan estos á solicitud de la persona perjudicada, y que aun se reclamen los perjuicios causados.

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

Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad.

Si una corporación no tiene existencia legal, según el artículo 572, sus actos colectivos obligan á todos y á cada uno de sus miembros solidariamente. (6)

El principio general está tomado de la legislación romana, porque los derechos y obligaciones de las corporaciones no corresponden á los individuos sinó á la persona jurídica, de lo contrario la propiedad sería común y no propiedad de la corporación.

Siguiendo la opinión de los intérpretes del derecho, nuestro Código consiente las obligaciones de los miembros de aquellas y su responsabilidad solidaria, cuando expresamente se contraen, con el fin de facilitar las operaciones de las sociedades; pero si éstas no llevan el carácter de personas jurídicas, todos sus actos colectivos obligan á todos y cada uno de sus miembros solidariamente, según el derecho común.

§ 4º

Su organización interna.

La mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos, voto deliberativo, será considerada como una sala ó reunión legal de la corporación entera.

[5] Art. 575 -- C.

[6] „ 576 -- „

La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren á este respecto. (7)

Antes de tratar de las relaciones de una corporación con terceros y los principios que la reglan, vamos á ocuparnos de los que se refieren á su organización interna.

Como la voluntad de la corporación tiene fuerza de ley para sus miembros, el Código señala el número preciso de estos que deben tenerse como una reunión legal ó como la corporación misma, mientras los estatutos no determinen otra cosa, y esa mayoría es la relativa, esto es, la mitad y uno mas, á semejanza de lo establecido por nuestras instituciones en las corporaciones políticas. Entiéndase que la voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación, en sus resoluciones.

Así lo disponía el derecho romano, aunque señalaba como mayoría para las deliberaciones los dos tercios de los miembros de la corporación; no obstante que sus comentadores divididos en pareceres, atendiendo á la dificultad de uniformar los votos de tantas personas distintas, exigen algunos, para la validez de las resoluciones, las seis séptimas partes, y otros las tres cuartas de los concurrentes.

Pero estas dificultades cesan con las prescripciones de los estatutos de la corporación, que tienen fuerza obligatoria sobre toda ella, y sus miembros están obligados á obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan. (8)

Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerá este derecho en conformidad á ellos. (9)

Este es un consiguiente del principio sentado en el artículo anterior, y su validez la han reconocido también los intérpretes del derecho.

Los delitos de fraude, dilapidación, y malversación de los fondos de la corporación, se castigarán con arreglo al Código penal. (10)

Cuando se trata de delitos, solo al Estado corresponde castigarlos; por eso es que nos parece mas acertada esta disposición que la de los Códigos chileno y nicaragüense, que suponen que los estatutos de una corporación pudieran contener la sanción penal, que solo corresponde al Estado determinar.

Los de Colombia y Guatemala solo se refieren á la validez de esta clase de instituciones en lo que se relaciona con el régimen interior de la corporación.

§ 5º

Representación de ellas.

Las corporaciones son representadas por las personas á quienes la ley ó las ordenanzas respectivas han conferido este carácter, ó por aque-

(7) Art. 577 — C.

(8) " 580 — "

(9) " 581 — "

[10] " 582 — "

llas á quien la corporación confiera poder legal por falta ó impedimento de dichas personas, ó porque lo juzgare conveniente, según los casos y circunstancias. (11)

Para la vida externa, esto es, para las relaciones de toda corporación con terceros, necesita de un representante determinado, á semejanza del guardador que se dá al pupilo por su falta de aptitudes civiles, como lo tiene ese ente ficticio que se llama persona jurídica para representarse por sí mismo, porque como aquel, tiene también derechos y obligaciones que hacer efectivos, ya sea en juicio ó en los actos de la vida civil.

Estos representantes se han llamado algunas veces síndicos ó procuradores: nuestra ley no les dá un nombre determinado, porque son las ordenanzas ó las leyes respectivas, que lo señalan; pero tampoco ha querido dejar expuestos los intereses de las corporaciones con una determinación exclusiva, cuando aquellos ó la necesidad exijan el nombramiento de un procurador especial.

Y siguiendo los preceptos generales del derecho, establece: que los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, solo obligan personalmente al representante. (12)

A la inversa, cuando se trate de reclamaciones contra la corporación, los acreedores de ella tienen acción contra sus bienes, como contra los de una persona natural que se halle bajo tutela.

Equiparadas las personas jurídicas á las naturales, no tienen ya el beneficio de restitución que le daban las leyes antiguas.

§ 6º

Capacidad de adquisición y sus limitaciones.

Las corporaciones pueden adquirir bienes de todas clases, á cualquier título; pero no podrán conservar los bienes raíces que adquieran, y estarán obligadas á venderlos dentro de los dos años subsiguientes al día en que hayan adquirido la posesión de ellos. Sino lo hicieren, el Presidente de la República ordenará que gubernativamente se vendan con las formalidades legales, y que su producido se entregue á las mismas corporaciones para que los inviertan en los objetos respectivos.

Lo dispuesto en este artículo sobre bienes raíces no se extiende á los previos ó fondos necesarios para el uso y dependencias de dichas corporaciones. (13)

Esta disposición tiende á evitar la estagnación de la propiedad, los males económicos consiguientes á su falta de desarrollo y circulación, principalmente en los bienes raíces que forman la base de la riqueza pública.

(11) Art. 578 — C.

(12) „ 579 — „

(13) „ 583 — „

La ley concede un plazo regular para evitar los perjuicios que pudieran originarse de una enagenación precipitada, y para que se llenen los requisitos de hacerse en asta pública, previa tasación judicial; (14) pero no tan dilatado que prolongue el perjuicio que se infiere á la sociedad con esta clase de retenciones.

El Código chileno y á su semejanza los que le siguen, permiten la posesión de esta clase de bienes con la autorización de la legislatura, y amplían el término de enagenación hasta por cinco años; pero el nuestro, mas consecuente en sus propósitos, obliga al Jefe del Estado á ordenar la venta gubernativamente en el plazo señalado, exceptuando solamente los fundos ó predios necesarios para el uso y dependencias de dichas corporaciones; y una ley posterior deroga la que exceptuaba á la Junta de Caridad de esta regla.

Los hospitales, hospicios, bibliotecas públicas, templos y toda clase de institutos de esta naturaleza, como indispensables y de pública utilidad, han hecho necesaria aquella excepción consignada en nuestro Código; sin que haya sido preciso comprender los derechos de usufructo, uso, habitación y otros de esta naturaleza, que no constituyen la propiedad; y menos el de censo, por estar abolido, como lo hicieron aquellas legislaciones; ni tampoco señalar reglas para los que se posean con permiso especial de la legislatura, porque no existen entre nosotros.

§ 7º

Fundaciones.

Las fundaciones de utilidad pública que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad á este respecto, ó solo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la República. (15)

Las fundaciones solamente se distinguen de las corporaciones, en que su origen y sus estatutos dimanen de la voluntad del fundador, y que el fin de ella no es otro que el que éste se propuso.

Lo que en los artículos 575 hasta 588 se dispone acerca de las corporaciones, de sus estatutos y de los miembros que la componen, se aplicará á las fundaciones de utilidad pública y á los individuos que las administran. (16)

§ 8º

Fin de la existencia de la persona jurídica.

Las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia.

Pero pueden ser disueltas por disposición de la ley á pesar de la

[14] Art. 584 — C.

[15] " 589 — "

[16] " 590 — "

voluntad de sus miembros, si llegan á comprometer la seguridad ó los intereses del Estado, ó no corresponden al objeto de su institución. (17)

La persona jurídica no son los miembros que componen la asociación, y ella tiende á un fin que no depende de la voluntad de éstos, por eso es que no pueden disolverse á su arbitrio sin la intervención de la autoridad que legalizó su existencia; y como ésta no depende de la de aquellos para llenar el objeto propuesto, aunque falten los miembros que la compusieron en su organización, deben renovarse ú organizarse de nuevo según lo establezcan sus estatutos.

Pero si por muerte ú otros accidentes quedan reducidos los miembros de una corporación á tan corto número que no puedan ya cumplirse los objetos para que fué instituida, ó si faltan todos ellos, y los estatutos no hubieren prevenido el modo de integrarla ó renovarla, en estos casos corresponderá á la autoridad que legitimó su existencia, dictar la forma en que haya de efectuarse la integración ó renovación. (18)

Cuando no corresponde al objeto de su institución, ó compromete los intereses del Estado, ó cuando, siendo establecimiento público, quiera dársele mejor forma con un fin de utilidad pública, puede ser disuelta la corporación ó fundación por el Estado, en razón de que lo exige un interés superior.

Disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos á los de la institución. Tocar á al Cuerpo Legislativo señalarlos. (19)

Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados á su manutención. (20)

[17] Art. 586 — C.

[18] " 587 — "

[19] " 588 — "

[20] " 591 — "

FIN DEL LIBRO PRIMERO.

ÍNDICE.

	PÁGINA.
Discurso de introducción ó filosofía de la historia de las legislaciones que han precedido á la salvadoreña.....	3
Título preliminar.	
Capítulo I. — § 1º — De la Jurisprudencia, legislación y justicia.....	21
„ 2º — Del derecho en general y sus divisiones.....	23
„ 3º — Derecho civil y su importancia.....	25
„ 4º — Código civil y partes en que está dividido.....	26
Capítulo II. — § 1º — De la ley, sus condiciones y caracteres.....	27
„ 2º — De la costumbre.....	29
„ 3º — De la promulgación de la ley.....	32
„ 4º — Efectos de la ley.....	34
Parte 1ª — Efecto retroactivo.....	„
Parte 2ª — Efecto de la ley prohibitiva.....	37
Parte 3ª — Efecto jurisdiccional de la ley.....	38
Sección 1ª — Efecto de la ley sobre las personas.....	„
Sección 2ª — Efecto de la ley sobre las cosas ó bienes.....	41
Sección 3ª — Excepciones.....	43
Parte 4ª — Forma de los actos.....	44
§ 5º — Interpretación de la ley.....	45
„ 6º — Derogación de la ley.....	48
Capítulo III.—Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes.....	„

LIBRO 1º — De las personas.

Título I. — *De las personas en cuanto á su nacionalidad y domicilio.*

Capítulo I. — De la nacionalidad.	
§ 1º — División de las personas.....	55
„ 2º — Modo de adquirir la calidad de salvadoreño.....	56
„ 3º — Modo de perder la calidad de salvadoreño.....	59
„ 4º — Derechos civiles concedidos á los extranjeros....	60
Capítulo II. — Del domicilio.	
§ 1º — Del domicilio y sus divisiones.....	66
„ 2º — Del domicilio en cuanto depende de residencia y permanencia.....	67
„ 3º — Del domicilio según la condición ó estado de la persona.....	70

Título II. — Del principio y fin de la existencia de las personas.	
Capítulo I. — Del principio de la existencia de las personas.	
§ 1.º — Protección que la ley dá al que está por nacer....	71
„ 2.º — Momento en que principia la existencia.....	„
„ 3.º — Tiempo legal del nacimiento.....	73
„ 4.º — Cómputo del tiempo.....	74
„ 5.º — Presunción de prioridad en el nacimiento.....	76
„ 6.º — Momento en que la criatura comienza á gozar de sus derechos.....	77
Capítulo II. — Fin de la existencia de las personas.	
§ 1.º — Causas por qué termina la existencia legal.....	„
„ 2.º — Muerte natural.....	78
„ 3.º — Muerte presunta.....	79
„ 4.º — Muerte civil.....	87
Título III. — De los esposales.....	91
Título IV. — Del matrimonio.	
Capítulo I. — Nociones preliminares.....	94
Capítulo II. — De la naturaleza y efectos del matrimonio civil.....	97
Capítulo III. — § 1.º — Cualidades y condiciones para el matrimonio..	98
„ 2.º — Impedimentos.....	99
Parte 1.ª — Falta de edad competente.....	101
Parte 2.ª — Falta de consentimiento por demencia, error, coacción ó miedo.	
Sección 1.ª — Carencia de razón.....	102
Sección 2.ª — Error.....	103
Sección 3.ª — Coacción ó miedo grave.....	104
Parte 3.ª — Impotencia física perpétua.....	105
Parte 4.ª — Vínculo matrimonial, civil ó religioso.	106
Parte 5.ª — Inobservancia de formalidades.....	107
Parte 6.ª — Parentesco de consanguinidad y afinidad.....	„
Parte 7.ª — Adulterio.....	109
Parte 8.ª — Conyugicidio.....	„
Parte 9.ª — Falta de consentimiento de los padres, etc.....	110
§ 3.º — Dispensas.....	114
Capítulo IV. — „ 1.º — De la publicación del matrimonio.....	116
„ 2.º — De la denuncia de impedimentos.....	117
„ 3.º — Celebración del matrimonio.....	119
Capítulo V. — Del divorcio.....	121
Capítulo VI. — De la nulidad del matrimonio.....	123
Capítulo VII. Disposiciones generales.....	124
Capítulo VIII. — § 1.º — Matrimonio celebrado entre extranjeros.....	126
„ 2.º — Por salvadoreño en país extranjero ..	127
„ 3.º — Disolución del matrimonio de extranjeros.....	„
Capítulo IX. — Matrimonio putativo.....	128

Título V. — De las segundas nupcias.

§ 1.º — Reglas relativas al viudo	131
„ 2.º — Reglas relativas á la viuda	133

Título VI. — Obligaciones y derechos entre los cónyuges.

Capítulo I. — Reglas generales.	
§ 1.º — Derechos y obligaciones personales entre los cónyuges.	135
„ 2.º — Incapacidad civil de la mujer.	139
„ 3.º — Autorización marital.	141
„ 4.º — Autorización judicial.	147
Capítulo II. — Excepciones relativas á la profesión ú oficio de la mujer.	149
Capítulo III. — Excepciones relativas á la separación de bienes.	
§ 1.º — Separación de bienes	150
„ 2.º — Causa de que se origina la separación de bienes.	152
„ 3.º — Quién puede pedir la separación de bienes.	155
„ 4.º — Formalidades de la separación.	156
„ 5.º — Efectos de la separación.	157
„ 6.º — Cómo termina la separación	160
„ 7.º — Separación parcial de bienes	161
Capítulo IV. — Excepciones relativas al divorcio perpétuo.	
§ 1.º — Formalidades y requisitos del divorcio	163
„ 2.º — Efectos del divorcio.	167
„ 3.º — Terminación del divorcio	171

Título VII. — De los hijos legítimos concebidos en matrimonio.

Capítulo I. — Reglas generales.	
§ 1.º — Presunción de paternidad y causas de impugnación.	173
„ 2.º — Personas que tienen derecho de impugnar la legitimidad.	177
„ 3.º — Plazos para la acción.	179
Capítulo II. — Reglas especiales para el caso de divorcio.	
§ 1.º — Presunción de paternidad en estado de divorcio.	182
„ 2.º — Recurso de la mujer contra la nueva presunción.	184
„ 3.º — Presunciones correlativas dadas al marido	185
Capítulo III. — Reglas relativas al hijo póstumo	186
Capítulo IV. — Reglas especiales en el caso de segundas nupcias.	188

Título VIII. — Hijos legitimados por matrimonio posterior.

§ 1.º — Condiciones de la legitimación	191
„ 2.º — Matrimonios que operan la legitimación.	194
„ 3.º — Hijos que pueden ser legitimados.	195
„ 4.º — Legitimación ipso-jure.	„
„ 5.º — Legitimación voluntaria.	196
„ 6.º — Impugnación de la legitimación	197
„ 7.º — Efecto de la legitimación	199
„ 8.º — De la adopción	200

Titulo IX. — Derechos y obligaciones entre padres é hijos legítimos.

§ 1º — Principios fundamentales	201
„ 2º -- Obligaciones y facultades de los padres	203
„ 3º -- Reglas en caso de divorcio é inhabilitación	208

Titulo X. — De la patria potestad.

§ 1º — Nociones generales	211
„ 2º -- Usufructo del padre y peculio del hijo	213
„ 3º -- Administración	215
„ 4º -- Representación	218

Titulo XI. — De la emancipación.

§ 1º -- Origen de la emancipación	219
„ 2º -- Emancipación voluntaria	221
„ 3º -- Emancipación legal	223
„ 4º -- Emancipación judicial	225
„ 5º -- Efectos de la emancipación	227

Titulo XII. — De los hijos naturales.

Capítulo I. — Origen y fundamento del reconocimiento.	
§ 1º -- Qué se entiende por hijo natural	231
„ 2º -- Clase de hijos naturales	232
„ 3º -- El reconocimiento base de la filiación natural	234
Capítulo II. — Naturaleza del reconocimiento.	
§ 1º -- Quiénes pueden reconocer	236
„ 2º -- Condiciones del reconocimiento	237
„ 3º -- Sus efectos	238
„ 4º -- Impugnación del reconocimiento	239

Titulo XIII. — Derechos y obligaciones entre padres é hijos naturales.

§ 1º — Paternidad natural	241
„ 2º -- Obligaciones de los hijos naturales	242
„ 3º -- Obligaciones de los padres naturales	243
„ 4º -- Obligaciones y derechos de padre y madre para los hijos naturales	244

Titulo XIV. — De los hijos ilegítimos no reconocidos.

§ 1º — Qué se entiende por hijo ilegítimo	247
„ 2º -- Modo de acreditar la pertenencia ilegítima	248
„ 3º -- Modo de acreditar la maternidad ilegítima	250
„ 4º -- Efectos de la justificación de ambas	252

Titulo XV. — De la maternidad disputada.

§ 1º -- Maternidad	255
„ 2º -- Hechos que deben probarse en la impugnación	256
„ 3º -- Personas que pueden impugnar	„
„ 4º -- Términos en que se entabla la acción	257

	PÁGINA.
Título XVI. — De la habilitación de edad.	
§ 1.º — Qué es habilitación de edad.....	259
„ 2.º — A quiénes puede otorgarse	260
„ 3.º — Condiciones de su otorgamiento	261
„ 4.º — Efectos que produce.....	262
Título XVII. — De las pruebas del estado civil.	
Capítulo I. — Disposiciones preliminares.	
§ 1.º — Antecedentes y naturaleza actual de registro...	263
„ 2.º — Autoridades encargadas de llevarlo.....	264
„ 3.º — Requisitos que se observan.....	265
„ 4.º — Responsabilidades.....	266
Capítulo II. — Del registro de nacimientos.	
§ 1.º — Personas que deben dar aviso á la autoridad....	267
„ 2.º — Requisitos del registro.....	268
Capítulo III. — Del registro de matrimonios.....	„
Capítulo IV. — Del registro de defunciones.....	269
Capítulo V. — Disposiciones generales.	
§ 1.º — Pruebas del estado civil.....	271
„ 2.º — Prueba supletoria	272
„ 3.º — Impugnación de la prueba	274
„ 4.º — Legítimos contradictores	275
„ 5.º — Efectos del fallo sobre el estado.....	276
„ 6.º — Sanción penal.....	277
Título XVIII.—De los alimentos que se deben por ley.	
§ 1.º — Qué se entiende por alimentos.....	279
„ 2.º — A quiénes se deben alimentos.....	„
„ 3.º — Hasta dónde llega esta obligación.....	283
„ 4.º — Orden de las personas obligadas.....	284
„ 5.º — Formas en que se piden	286
„ 6.º — Efectos de este derecho.....	288
„ 7.º — Tiempo en que cesa la obligación	289
„ 8.º — Procedimientos.....	290
Título XIX.—De las tutelas y curadurías en general.	
Capítulo I. — Definiciones y reglas generales.	
§ 1.º — Origen de la guarda	293
„ 2.º — Reglas generales	294
„ 3.º — Reglas especiales.....	295
„ 4.º — Excepciones	297
„ 5.º — Clases de tutelas y curatelas.....	298
Capítulo II. — De la tutela ó curaduría testamentaria.	
§ 1.º — Quiénes pueden nombrar guardador por testa- mento.....	„
„ 2.º — A quiénes puede dárseles	301
„ 3.º — Podrán designarse dos ó más guardadores?	„
„ 4.º — Condiciones del nombramiento	303
Capítulo III. — De la tutela ó curaduría legítimas.	
§ 1.º — Cuándo tiene lugar la guarda legítima	304
„ 2.º — Personas que deben ejercerla	305
„ 3.º — Guarda legítima del hijo natural ó espúrio	307
„ 4.º — Reemplazo de la guarda	„
Capítulo IV. — De la tutela ó curaduría dativa.....	„

Título XX. — *Formalidades que preceden á la guarda.*

§ 1.º	— Diligencias previas á su ejercicio	310
„ 2.º	— Discernimiento de ella	311
„ 3.º	— Caución que debe rendir el guardador	312
„ 4.º	— Inventario de los bienes del pupilo	314

Título XXI. — *Administración de los tutores y curadores.*

Capítulo I.	— Representación y sus límites.	
§ 1.º	— Actos y método en el ejercicio de la guarda	320
„ 2.º	— Representación del pupilo	„
„ 3.º	— Casos especiales	324
Capítulo II.	— Administración y sus límites.	
§ 1.º	— Qué es administración	326
„ 2.º	— Actos que ejecuta por sí el guardador	327
„ 3.º	— Actos que necesitan autorización	330
Capítulo III.	— Responsabilidades de los guardadores	332
Capítulo IV.	— Cuenta de la administración.	
§ 1.º	— Necesidad de la cuenta y su forma	334
„ 2.º	— Quiénes deben rendirla	336
„ 3.º	— A quiénes debe rendirse	„
„ 4.º	— Plazo en que se entregan los bienes al menor	337
Capítulo V.	— Del guardar indebido	338

Título XXII. — *Reglas especiales relativas á la tutela.*

§ 1.º	— Qué es tutela	340
„ 2.º	— Cuidado y dirección de la persona del pupilo	„
„ 3.º	— Provisión de los gastos de crianza y educación	342
„ 4.º	— Fin de la tutela	344

Título XXIII. — *Reglas especiales relativas á la curaduría.*

§ 1.º	— Qué es curaduría	346
„ 2.º	— Derecho de elegir curador y sus funciones	347
„ 3.º	— Administración propia en algunos bienes	„
„ 4.º	— Administración de bienes procedentes de su trabajo	348
„ 5.º	— Fin de la curatela	349

Título XXIV. — *Reglas especiales de la curaduría del disipador.*

§ 1.º	— Origen y naturaleza de esta guarda	350
„ 2.º	— Caracteres de la prodigalidad	351
„ 3.º	— Personas que pueden provocar la interdicción	352
„ 4.º	— Los que pueden ser curadores del pródigo	353
„ 5.º	— Efectos de la interdicción	355
„ 6.º	— Derechos reservados al disipador	„
„ 7.º	— Rehabilitación y fin de la interdicción	356

Titulo XXV. — Reglas especiales relativas á la curaduría del demente.

§ 1º — Demencia y naturaleza de esta guarda	358
„ 2º — Interdicción del demente.....	359
„ 3º — Quién puede provocar la interdicción	360
„ 4º — Formalidades especiales	361
„ 5º — Quiénes pueden ser curadores del demente.....	363
„ 6º — Efectos de la interdicción	364
„ 7º — Rehabilitación	367

Titulo XXVI. — Reglas especiales relativas al sordo-mudo.

§ 1º — Naturaleza y origen de esta guarda	368
„ 2º — Requisitos especiales	„
„ 3º — Efectos.....	369
„ 4º — Fin de la guarda.....	„

Titulo XXVII. — De las curadurías de bienes.

Capítulo I. — Curaduría de bienes del ausente.	
§ 1º — Objeto y naturaleza de esta guarda	370
„ 2º — Qué se entiende por ausente	„
„ 3º — Requisitos de esta curaduría	371
„ 4º — Quiénes pueden provocarla	372
„ 5º — A quiénes puede nombrarse curador.....	373
„ 6º — Facultades de éste.....	„
„ 7º — Fin de la guarda	374
Capítulo II. — Curaduría de la herencia yacente.	
§ 1º — Cuándo se nombra curador á la herencia	375
„ 2º — Quiénes pueden provocar el nombramiento.....	376
„ 3º — Requisitos	„
„ 4º — A quiénes puede nombrarse	377
„ 5º — Efectos y facultades	„
„ 6º — Fin de esta guarda	378
Capítulo III. — Curaduría de bienes del hijo póstumo.	
§ 1º — Naturaleza de esta guarda.....	„
„ 2º — Fin de ella.....	379
Capítulo IV — Efectos y facultades que se originan de toda curaduría de bienes	380

Titulo XXVIII. — De los curadores adjuntos..... 382

Titulo XXIX. — De los curadores especiales..... 384

Titulo XXX. — De las incapacidades y excusas para la tutela ó curaduría.

Capítulo I. — De las incapacidades.	
§ 1º — Aclaraciones generales	386
„ 2º — Reglas relativas á defectos físicos y morales....	387
„ 3º — Sobre profesiones, empleos y cargos públicos ..	389
„ 4º — Reglas relativas al sexo.....	390
„ 5º — Reglas relativas á la edad.....	„

	PÁGINA.
§ 6.º — Reglas relativas á las relaciones de familia	392
„ 7.º — Reglas relativas á la diferencia de intereses ó religión	„
„ 8.º — Reglas relativas á la incapacidad sobreviniente	394
„ 9.º — Reglas generales sobre las incapacidades	395
Capítulo II. — De las excusas.	
§ 1.º — Quiénes pueden excusarse de la guarda y por qué causas	396
„ 2.º — Tiempo en que deben proponerse las excusas	399
Capítulo III. — Reglas comunes á las incapacidades y á las excusas	401

Titulo XXXI. — De la remuneración de los tutores y curadores.

§ 1.º — Remuneración y su origen	402
„ 2.º — De la quinta y modo de computarla	403
„ 3.º — Cómo se distribuye	404
„ 4.º — Cómo se computan las asignaciones hechas al tutor	405
5.º — Quiénes no tienen derecho á la quinta	406

Titulo XXXII. — De la remoción de los tutores y curadores.

§ 1.º — Remoción	408
„ 2.º — Causas de ella	„
„ 3.º — Quiénes pueden provocar el juicio	409
„ 4.º — Formas de éste y sus efectos	410
„ 5.º — Responsabilidad del guardador excluido	„

Titulo XXXIII. — De las personas jurídicas.

§ 1.º — Qué es persona jurídica	412
„ 2.º — Cómo se constituye	413
„ 3.º — Corporaciones	„
„ 4.º — Su organización interna	414
„ 5.º — Representación de ellas	415
„ 6.º — Capacidad de adquisición y sus limitaciones	416
„ 7.º — Fundaciones	417
„ 8.º — Fin de la existencia de la persona jurídica	„

ERRATAS.

DICE.	LÉASE.	PÁGINAS.	LÍNEAS.
Gallo	Gayo	8	27
Capítulo 1º	Capítulo I.	21	2
„ 2º	„ II.	27	17
„ 3º	„ III.	48	32
Capítulo III.	„ II.	77	22
§ 4º	„ IX	128	18
Gollena	„ Goyena	129	6
§ 4º	„ § 3º	171	4
Capítulo I.	191	3
Capítulo I.	201	3
Capítulo I.	211	3
nombre patria	nombre de patria	212	15
Capítulo I.	219	3
Opinaba que se:	Opinaba: que se	241	39
excluyen	excluyendo	242	15
nacimiento	nacimientos	267	15
Posesión	posición	271	20
Congruos	congruos	280	10
creencia de la	creencia ó la	317	25
ejercicio aquellos	ejercicio de aquellos	321	27
guardado	guardador	321	34
menor porque	menor, porque	324	14
herencia de bienes	herencia ó de bienes	324	21
disposición previene	disposición, previene	324	25
semejantes que	semejantes, que	325	32
Curador que en	curador en	325	44
esta manera	este modo	326	10
los bienes de	los bienes, de	326	35
improductivo obligando	improductivo, obligando	327	31
utilidad en	utilidad, en	327	36
posiciones	posiciones	328	16
cuando existe	cuando no existe	330	14
quedando	para quedar	330	18
hasta el	hasta del	332	14
Abogado	abogado	333	9
que les cede	que les concede	333	17
administración que	administración, que	333	26
actos pudiendo	actos, pudiendo	333	30
cumplirse caudrieno	cumplirse el cuadrieno	334	23
prescribe, en	prescribe en	334	25
expuesta	impuesta	335	7
modernas es	modernas, es	335	10
personales	personal	335	41
señala	indica	337	14
Triburgo	Friburgo	337	20
lo dando	lo, dando	338	1
responde la	responde de la	338	16
guardador careciendo de validez	guardador y careciendo de validez,	339	8
el caso	en caso	339	22
á persona	á la persona	340	12
curaduría conformándonos	curaduría, conformándonos	340	19
554.	553	340	35
á debilidad	á su debilidad	341	13
sin ninguna	sin mas	341	19
corresponde	corresponden	341	41
Y si apelare	Y si se apelare	362	44
aquellos	estos	663	31
lo hacia con la testamentaria	no lo hacia con la testamentaria	364	4
menores	menores,	366	23
§ 6º	§ 7º	367	1
previsoria	provisoria	370	26
nombra	nombre	373	36
se ha	han	391	13
acréditos	créditos	393	10

