www.flacsoandes.edu.ec

BIBLIOTECA
DE LA CASA DE LA CULTURA — Quito
REF. Nº 717
FECHA DE CONSTATACION 30 DIC 1949
VALOR $/. 57.10
CLASIFICACION

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

FLAR
00054

BIBLIOTECA NACIONAL
QUITO - ECUADOR
COLECCION GENERAL
Nº N40068 AÑO 2003
PRECIO DONACION
Factura 14-433

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

POR

LUIS F. BORJA

ABOGADO ECUATORIANO, EX-PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD DE QUITO, MIEMBRO HONORARIO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, INDIVIDUO CORRESPONDIENTE DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE MADRID, DE LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, CORRESPONDIENTE DE LA REAL DE MADRID Y DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

TOMO CUARTO

LIBRO I°.

TÍTULO VII. De los hijos legítimos concebidos en matrimonio. — TÍTULO VIII. De los hijos legitimados por matrimonio posterior á la concepción. — TÍTULO IX. De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos. — TÍTULO X. De la patria potestad. — TÍTULO XI. De la emancipación.

PARIS

R. ROGER Y F. CHERNOVIZ

IMPRESORES-EDITORES

99, BOULEVARD RASPAIL, 99

—

1908

Propiedad del autor.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

OBRAS CITADAS EN ESTE TOMO CUARTO

Accarias. — Précis de Droit romain.

Berriat-Saint-Prix. — Notes élémentaires sur le Code Civil.

Bonnier. — Traité théorique et pratique des preuves.

Calvo. — Le Droit International théorique et pratique (edición de 1896).

Colmet de Santerre. — Cours analytique de Code Civil.

Dalloz. — Jurisprudence générale.

Dalloz-Vergé. — Code Civil annoté et expliqué d'après la Jurisprudence et la Doctrine.

Delvincourt. — Cours de Code Civil.

Demante. — Cours analytique de Code Civil.

Demolombe. — Cours de Code Napoléon.

Despagnet. — Précis de Droit international privé.

Du Caurroy. — Institutes de Justinien.

Duranton. — Cours du Droit Français.

Duvergier. — De la Vente.

Escriche. — Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia.

Esmein. — Le Mariage en Droit canonique.

Fiore. — Diritto internazionale privato.

Foelix. — Traité du Droit international privé.

Freitas. — Codigo Civil. Esboço.

Gaii. — Institutionum Commentarii Quatuor.

Gibbon. — The History of the decline and fall of the Roman Empire.

Gómez, — Ad Leges Tauri commentarium.

Gómez de la Serna. — Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano.

Guttiérrez (B.). — Estudios fundamentales sobre el Derecho civil.

Kent. — Commentaries of American Law.

Laurent. — Principes de Droit Civil.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

LAURENT. — Le Droit Civil international (D. C. I.).
LOCRÉ. — Esprit du Code Napoléon (E.).
LOCRÉ. — La Législation civile, commerciale et criminelle de la France.
MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code Civil.
MAYNZ. — Cours de Droit romain.
MERLIN. — Recueil alphabétique des questions de Droit (Q).
MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence.
MONTESQUIEU. — De l'Esprit des Lois.
ORTOLAN (J.). — Histoire de la Législation romaine.
ORTOLAN (J.). — Généralisation du Droit romain.
ORTOLAN (J.). — Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien.
PACHECO. — Comentario á las Leyes de Toro.
PHILIMORE. — Commentaries upon International Law.
POTHIER. — Œuvres (edición de Bugnet).
SAVIGNY. — Histoire du Droit romain au moyen âge (H) (traducción de Guenoux).
SAVIGNY. — Traité de Droit romain.
SAVIGNY. — Traité des obligations (O) (traducción de Gérardin-Gozon).
STEPHEN. — New Comentaries on the Laws of England (partly founded on Blackstone).
STORY. — Commentaries on the Conflict of Laws.
TOULLIER. — Le Droit Civil français.
TROPLONG. — De la Prescription.
TROPLONG. — Donations entre vifs et testaments.
VAZEILLE. — Traité du mariage.
WHARTON. — On the Conflict of laws.
VINCENT ET PÉNAUD. — Dictionnaire de Droit international prive.
ZACHARIAE. — (Cours de Droit Civil français d'après la méthode de....., par Aubry et Rau.)
ZACHARIAE. — (Le Droit Civil français, traduit de l'allemand suivant l'ordre du Code Napoléon, par Massé et Vergé.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

TÍTULO VII

De los hijos lejítimos concebidos en matrimonio

§ I

Reglas jenerales

Art. 179. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es *hijo lejítimo*.
Lo es tambien el concebido en matrimonio putativo, mientras produzca efectos civiles, segun el artículo 122 (*.)

REFERENCIAS.

"Concebido durante el matrimonio". Art. 76.
Hijo legítimo. 35.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 204. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo *lejítimo* (a).
C. E. 174...
Lo es también el concebido en matrimonio putativo, mientras surta efectos civiles, según el artículo 118.
C. Arg. 246. (Véanse las *Concordancias* del artículo 180.)
C. C. 213. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo.

(*) Locré. I. 291. 62 — VI. 25. art. 2.—38. 8-17. — Merlin. Légitimité. Sect. I. § I. II. — Dalloz. Paternité et Filiation. 1. 2. — Laurent. III. 359. 360. — Demolombe. V. 8. 9. 21. 22. 100. — Zachariae (M. V.). I. § 160. — Zachariae. (A. R.). VI. § 543.

(a) El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es *hijo lejítimo*.
Lo es también el concebido en matrimonio putativo, durante la buena fe de ambos cónyujes, o de uno de ellos. (Artículo 204 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. P. 218. Son hijos legítimos los que nacen de matrimonio...

219. Son también legítimos los que nacen de matrimonio nulo, si ignoraban los padres, ó al menos uno de ellos, la causa de la nulidad.

220. La disposición del artículo anterior comprende no solo á los hijos nacidos, sino tambien á los concebidos ántes de la sentencia que anule el matrimonio.

C. de la L. 198. Son hijos legítimos los que nacen durante el matrimonio.

C. A. 138. Se presume que son legítimos los hijos que nacen durante el mes sétimo después de la celebración del matrimonio, y durante el mes décimo después de su disolución.

160. Los hijos nacidos de matrimonio nulo, pero cuya nulidad no proviene de las causas determinadas en los artículos 62 á 64, son tenidos por legítimos, si el impedimento del matrimonio se ha dispensado después, ó si á lo menos uno de los cónyuges pudiere alegar ignorancia excusable del impedimento del matrimonio...

P. IV. XV. 2. (Véanse las *Concordancias* del artículo 122.)

D. I. V. 12. (Véanse las *Concordancias* del artículo 76.)

COMENTARIO.

1. Para determinar la legitimidad del hijo nos da el art. 179 dos reglas fundamentales:

1ª. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo; y

2ª. Lo es asimismo el concebido en matrimonio putativo mientras surta efectos civiles.

2. I. Si bien el art. 35 había expresado que son hijos legítimos los concebidos en matrimonio, ya verdadero, ya putativo mientras surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio posterior á la concepción; el art. 179 distingue entre los hijos concebidos en matrimonio y los legitimados. El legislador no se propone, en el art. 35, sino definir las palabras *hijo legítimo*, de uso frecuente en las leyes; mas en el art. 179 trata de la constitución misma del estado de hijo legítimo concebido en matrimonio.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

3. Cuando alguno afirma que es hijo legítimo concebido en matrimonio, debe probar:

1°. El matrimonio de los padres; y

2. Que fue concebido en ese matrimonio (1), esto es, que nació después de los ciento ochenta días á él subsiguientes, ó dentro de los trescientos posteriores á la disolución (a).

4. Si presentada la partida de matrimonio y la de nacimiento, que acrediten la legitimidad del hijo, se le *disputa* la identidad; á él le incumbe justificarla. La identidad consiste en que la persona de cuya filiación se trata, pretende que es la misma á quien se refiere la partida de nacimiento.

5. II. En cuanto al hijo concebido en matrimonio putativo, nos referimos al comentario del art. 122.

Art. 180. El hijo que nace despues de espirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él i tiene por padre al marido.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, segun el art. 76, pudiera presumirse la concepcion, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer (').

---

(1) " En Derecho romano un hijo nacia bajo la patria potestad cuando á la época de la concepción habia entre sus padres un matrimonio reconocido por el Derecho civil. Esta condición en cuanto á la patria potestad, de donde se originaban tantos derechos, puede descomponerse así: 1°. Paternidad natural, esto es, el hecho de que un hombre determinado engendró realmente al hijo; 2°. Maternidad natural; 3°. Matrimonio válido entre el verdadero padre y la verdadera madre; y 4°. Existencia del matrimonio cuando la concepción. " (Savigny. II. App. III. p. 379.)

" Cinco requisitos son necesarios para que un hijo sea legítimo: 1°. El matrimonio; 2°. La maternidad de la mujer; 3°. La paternidad del marido; 4°. La concepción del hijo durante el matrimonio; y 5°. La identidad de ese hijo. " (Demolombe. V. S.)

(a) Véase el comentario del art. 76.

(') Savigny. II. App. 3°. p. 379. — Locré. I. 290. 61. — VI.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Los ciento ochenta dias. 48. 50.
Se reputa concebido en él. 76.
Si prueba. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 205.
C. E. 175.

C. de N. 312. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

313. Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant.....

312. El hijo concebido durante el matrimonio, tiene por padre al marido.

Pero éste podrá desconocer al hijo, si prueba que durante el tiempo transcurrido desde el dia trescientos hasta el ciento ochenta antes del nacimiento del hijo, se hallaba, ya por causa de ausencia, y por efecto de cualquier accidente, en imposibilidad física de cohabitar con su mujer.

313. El marido no podrá, alegando su impotencia natural, desconocer el hijo.....

---

25. art. 1—26. art. 4.—31. 4. 5.—38. 8—41. 15-17.—50. 26. —69. 1-4. — 74. 8-10. — 145. art. 1. 2. — 149. 3. — 155. art. 1. 2. 169. 2. — 170. 4. — 191. 1-4. — 197. 12. — 225. 5-10. — 278. 2-4. — 283. 8-14. — Merlin. Légitimité. Sect. II. § I. — Dalloz. Paternité et Filiation. 6-9. 20. 23-26. 29-41. 61. 66. — Laurent. III. 359-361. 363-370. 377. 378. 389. — Demolombe. V. 10-19. 22. 23. 27-39. 103.— Zachariae (M. V.). I. § 161.— Zachariae (A. R.). VI. § 543. 545. — Toullier. II. 786-794. 797. 799. 812. 814-820. — Bonnier. II. 551-560.— Huc. III. 4-10. — Duranton. III. 3-8.-16. 17. 35-47. — Delvincourt. I. p. 361. (6)-Ortolan (I). 118. — Maynz. III. § 319. — Stephen. III. b. III. chap. III. n. I. — Despanet. 211. — Fiore. II. 702. — Montesquieu. XXIII. 11.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. Arg. 240. La ley supone concebidos durante el matrimonio, los hijos que nacieren despues de ciento ochenta días del casamiento válido ó putativo de la madre, y los póstumos que nacieren dentro de trescientos días contados desde el día en que el matrimonio válido ó putativo fue disuelto por muerte del marido, ó porque fuese anulado.

243. El hijo nacido dentro de los trescientos días posteriores á la disolución del matrimonio de la madre, se presume concebido durante el matrimonio de ella, aun cuando la madre ú otro que se diga su padre, lo reconozcan por hijo natural.

244. Las presunciones de la ley espresadas en los artículos anteriores no admiten prueba en contra.

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

246. Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á su disolución, si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

P. de G. 101. Se presumen legítimos los hijos nacidos despues de ciento ochenta días contados desde la celebracion del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á su disolucion.

Contra esta presuncion no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

102. El marido no podrá alegar como causa de imposibilidad física su impotencia anterior al matrimonio; pero sí la posterior, con tal que no se funde en su vejez, ni desconocer al hijo por causa de adulterio de su madre, aunque esta declare contra la legitimidad.

103. El marido podrá desconocer al hijo nacido trescientos días después que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación definitiva ó provisional prescrita en los artículos 81 y 91.

Sin embargo, la mujer podrá proponer todos los hechos conducentes para probar la paternidad de su marido.

C. C. 214.

C. P. 221. Los hijos nacidos ó concebidos durante el matrimonio tienen por padre al marido.

222. El marido, que no se crea padre del hijo de su muger, puede negarlo en los casos siguientes:

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1°. Nacimiento del hijo ántes de cumplidos ciento ochenta y tres días de la celebración del matrimonio;

2°. Ausencia ó enfermedad del marido, ú otro accidente, que hubiese hecho imposible la generación durante los ciento veinte y tres dias primeros de los trescientos cinco precedentes al dia del nacimiento del hijo;

3°. Separacion judicial de los cónyuges por mas de trescientos cinco dias antes del nacimiento del hijo :

4°. Ocultación del parto por la muger.

225. El marido que no hubiese pedido la nulidad de su matrimonio, fundándola en su impotencia natural, no puede tampoco apoyar en la misma causa la negativa de ser suyo el hijo nacido durante el matrimonio.

C. M. 290. Se presumen por derecho legítimos :

I. Los hijos nacidos despues de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio :

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.

291. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

C. de la L. 203. La ley reputa que el marido de la madre es el padre de todos los hijos concebidos durante el matrimonio.

204. (El 213 del Código de Napoleón.)

208. La presunción de paternidad proveniente del matrimonio cesa cuando el marido se halla tan distante de la mujer, que la cohabitación ha sido físicamente imposible.

C. Esp. 108. Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

C. A. 138. (Véanse las *Concordancias* del art. 74).

P. IV. XXIII. 4. (Véanse las *Concordancias* del art. 76.)

D. I. V. 12. Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter

15. Está recibido por la autoridad del doctísimo Hipócrates, que el parto á los

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus, est iustum filium esse.

VI. 6. Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

II. IV. 5... pater is est, quem nuptiae demonstrant.

siete meses es perfecto; y por eso se ha de creer que aquel que á los siete meses nace de legítimo matrimonio, es hijo legítimo.

6. Definimos que es hijo de él si nace de marido y mujer; pero supongamos que el marido estuvo ausente, v. gr. por diez años, y después que volvió encontró en su casa un niño de un año; nos conformamos con la sentencia de Juliano, según la cual aquél no es hijo del marido que estuvo ausente. Mas como el mismo Juliano dice, no se ha de sufrir que el que ha cohabitado continuamente con su mujer, no quiera conocer su hijo, por parecerle no ser suyo; á mí me parece y del mismo sentir es Scevola, que si consta que el marido no tuvo acceso algun tiempo con su mujer, por enfermedad ú otra cualquiera causa, ó el padre de familias tuvo tal enfermedad, que quedase impotente, el que nació en su casa no es hijo suyo, aunque lo sepan los vecinos.

5... el padre es aquel que las nupcias demuestran.

COMENTARIO.

6. Habiéndose determinado, en el art. 179, cuándo es legítimo el hijo; el art. 180 pasa á tratar de la paternidad legítima.

Si bien la filiación legítima y la paternidad legítima son ideas esencialmente correlativas, porque el hijo no es le-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

gítimo sino cuando lo es el padre; el entendimiento puede considerar por separado la filiación legítima y la paternidad legítima, como calidades de distintas personas, para tratar de los respectivos derechos y obligaciones.

7. El inciso 1° del art. 180 da dos reglas sobre la paternidad legítima :

1°. El hijo que nace ciento ochenta días después del matrimonio, se reputa que en él fue concebido; y

2°. El mismo hijo tiene por padre al marido.

8. I. La regla de que si el hijo nace después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él, se funda en dos principios :

1°. Que la concepción hubo de efectuarse en el intervalo entre los ciento ochenta y los trescientos días contados hacia atrás desde la media noche del día en que comience el nacimiento (a); y

2°. Que en caso de duda, debe decidirse ésta á favor del hijo.

Efectivamente, no es imposible, y en ciertos casos aun sería probable, que la concepción se hubiese efectuado doscientos cuarenta, doscientos setenta ó doscientos noventa días antes del nacimiento; pero cuando ha podido efectuarse durante el matrimonio, el legislador cierra la puerta á litigios escandalosos, estableciendo, como *presunción de derecho*, que si el hijo nace después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, durante él fue concebido.

9. Declarada la presunción de que el hijo fue concebido durante el matrimonio, deduce el legislador otra importantísima, esto es, que *el hijo tiene por padre al marido*. Ninguna presunción más grave, como fundada en la esencia misma del matrimonio, en las relaciones que él establece entre los cónyuges, en la moral y en el orden de las familias (2). La certeza de tal presunción raya en

---

(a) Véase el comentario del art. 76.

(2) " Es de sentir que para fijar las reglas sobre la prueba de la paternidad, la naturaleza sola no pueda servirnos de guia.

" Parece que ella señala con caracteres indelebles la paterni-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

evidencia, y se presenta al entendimiento con la claridad de los axiomas.

---

dad, pues llena el corazón de los padres y el de los hijos de los afectos más tiernos, profundos y manifiestos.

" Pero con frecuencia los derechos de la naturaleza, que deberian ser invariables, se alteran ó extinguen por las pasiones que agitan al hombre en sociedad. Las arterias los ocultan, ¿y cómo fijar reglas generales sobre los afectos que deban descubrirse y justificarse en cada individuo?

" Por otra parte, la naturaleza ha cubierto con un velo impenetrable la trasmisión de nuestra existencia.

" Preciso era, sin embargo, que la paternidad no quedase incierta. Por ella se perpetúan las familias, y se distinguen unas de otras : es una de las bases del orden social, y necesario conservarla y consolidarla.

" Para conseguirlo, debemos atenernos á hechos exteriores y susceptibles de prueba.

" El primer punto de apoyo consiste en la institución que, reconocida por todos los pueblos civilizados, tiene su origen y su causa en la naturaleza misma ; que establece, conserva y renueva las familias; cuyo objeto principal es velar por la existencia y educación de los hijos; cuya dignidad inspira religioso respeto : *el matrimonio.*

" Los beneficios que de él obtiene la sociedad deben atribuirse principalmente á que establece, para determinar la paternidad, una presunción que casi siempre basta para disipar todas las dudas.

" Esa presunción, admitida en todos los pueblos, es una regla de orden público, cuyo origen, como el del matrimonio, se pierde en la noche de los tiempos : *pater is est quem nuptiae demonstrant.* ¿Qué indicios pudieran ser más graves que los provenientes de la fe prometida por los dos esposos, de su cohabitación, de la vigilancia de las personas con quienes pasan la vida? " (Bigot-Préamenеu. Locré. VI. 191. 1. 2.)

" Lo que decide del nacimiento de los hombres no es el grado de evidencia, sino de verosimilitud, y cuando esa verosimilitud se apoya en la ley, y se funda en el parecer de los jurisconsultos, se ratifica por la autoridad de la cosa juzgada, adquiere el nombre y la fuerza de presunción legal, y se considera como una luz que alumbra á los que caminan en las tinieblas.

" Tal es en general la naturaleza de las pruebas de la filiación. Este principio es reconocido por todos los que han tratado de estas materias...

" No busquemos, pues, pruebas más claras que la luz, tales como exige la ley en materia criminal, y contentémonos con presunciones ordinarias autorizadas por las leyes y por los sufragios de los jurisconsultos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

10. II. La presunción de que el marido es el padre del hijo que la mujer concibe durante el matrimonio, se funda, insistimos en ello, en las leyes morales é intelectuales, que no aceptan como regla el crimen. Pero la presunción, por grave y vehemente que sea, debe ceder á la evidencia (3). Por tanto, la regla de que el marido es el padre del sobredicho hijo, tiene una excepción fundada en la naturaleza misma de las cosas : EL MARIDO PUEDE DESCONOCER LA PATERNIDAD QUE LA LEY LE ATRIBUYE, CUANDO CONCURREN LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS :

1ª. QUE EL MARIDO HAYA ESTADO EN ABSOLUTA IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE TENER ACCESO A LA MUJER :

2ª. QUE TAL IMPOSIBILIDAD HAYA DURADO LOS CIENTO VEINTE DIAS EN QUE, SEGUN LA PRESUNCIÓN LEGAL, PUDO EFECTUARSE LA CONCEPCIÓN; *y*

3ª. QUE EL MARIDO PRUEBE ESOS HECHOS PLENAMENTE.

11. Compréndense todos los casos en LA ABSOLUTA IMPOSI-

" La primera y principal es la que se deduce del matrimonio: *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* Esta máxima, por indudable que parezca, no es sino una presunción...

" Si examinamos cuál es la fuerza y el efecto de esa presunción, vemos que nunca puede ser decisiva sino en cuanto á los hijos nacidos y concebidos en el matrimonio.

" La ley no presume nunca el crimen; siempre favorable á la inocencia, cuando un mismo efecto puede tener dos causas, una injusta y la otra justa, rechaza absolutamente la primera y á la última es á la que atiende. Así, aunque sea posible que un hijo concebido durante el matrimonio deba la existencia sólo al crimen de la madre; como también puede suceder que no la deba sino á la unión honorable de la mujer con el marido, se presume siempre que la madre es inocente y el hijo legítimo hasta que lo contrario se demuestre con pruebas evidentes. " (D'Agueseau. III. XXXIV. 29.)

(3) " Aunque esta regla es tan necesaria para la conservación de la sociedad, debemos confesar que no se funda sino en indicios, y por lo mismo el legislador estaría en pugna con los primeros elementos del Derecho y la razón, si hiciese prevalecer una presunción sobre una prueba positiva ó sobre una presunción más grave. Lejos de amparar la dignidad del matrimonio, lo envileciera : sería él odioso si fuese pretexto para legitimar un hijo que, á los ojos del público que conoce circunstancias decisivas, no perteneciese al matrimonio. " (Bigot-Préameneu. Locré. 192. 3).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

BILIDAD FÍSICA, ya provenga ella de ausencia, ya de heridas ó mutilación, ya de una gravísima enfermedad. Pero no se pierda de vista que el legislador exige la *absoluta imposibilidad física*, y que excluye, en el presente caso, la imposibilidad moral, que nazca de odio mutuo entre los cónyuges, de haber abandonado la esposa el domicilio conyugal ó de cualquier otra causa no prevista en el art. 181.

A tratarse de ausencia, es necesario que de ella se siga ABSOLUTA IMPOSIBILIDAD FÍSICA de que en los ciento veinte días en que pudo efectuarse la concepción, hubieran podido reunirse los cónyuges ni por un sólo instante (4).

Cuando se alega enfermedad ú otra causa, debe ser tan grave, que obste absolutamente á la paternidad del marido. En ese caso el dictamen de facultativos sería concluyente.

12. III. Tal es la regla general; pero ella comporta una excepción deducida de la esencia misma de la presunción. Si el hijo nace después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y de la época de la concepción se deduce que el marido es el padre. Síguese, pues, que á nacer el hijo después de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio y antes de los trescientos, el marido, para impugnar la paternidad, no deberá probar la imposibilidad física sino durante los días en que dentro del matrimonio, ha podido efectuarse la concepción. Supóngase que Pedro esté en Europa, y se

---

(4) " Es necesario que la separación entre los cónyuges sea constante, continua y de tal naturaleza, que en el intervalo en que pudo efectuarse la concepción, esto es, en el espacio de ciento veinte días que transcurren entre el día ciento ochenta y el trescientos antes del nacimiento del hijo, la inteligencia humana no halle la posibilidad de un sólo instante de reunión entre los dos cónyuges.

" Algunos autores para admitir la excepción de ausencia exigían que entre los dos cónyuges hubiese el inmenso espacio de los mares. Esa necesidad era afectada y escolástica. La ausencia real puede modificarse por otras causas y justificarse por otras pruebas decisivas; basta que ella sea tal que en el instante de la concepción toda reunión aun momentánea entre los dos cónyuges sea *físicamente imposible*... 289. 13.)

CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA
BIBLIOTECA
No. 717
Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

casa por poderes; que después de cincuenta días regresa al domicilio conyugal, y que la mujer da á luz un hijo á los ciento ochenta y dos días contados desde el regreso. ¿Debera justificar el marido que estuvo en imposibilidad física durante los ciento veinte días en que pudo efectuarse la concepción? Es evidente que no; porque la concepción en matrimonio no ha podido efectuarse sino en los días que precedieron al día ciento ochenta. Si así no fuése, la ley atribuyera al marido la paternidad de un hijo cuya concepción fue anterior al matrimonio; lo cual pugnaria, insistimos en ello, con la esencia misma de la presunción de paternidad, que no se deduce sino de la fe prometida por los esposos y de su cohabitación durante el matrimonio.

Aunque la ley no establece expresamente la excepción, proviene ella de las reglas fundamentales establecidas en el inciso 1° del art. 180.

Muy análogo es el caso propuesto al que en el art. 206 se determina, esto es, cuando el hijo nace antes de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio. Entonces hay evidencia de que á él precedió la concepción, y el marido no acepta la paternidad sino cuando la reconoce expresa ó tácitamente. De la misma manera, cuando prueba el marido que estuvo en imposibilidad física en los días que transcurren desde el matrimonio hasta el ciento ochenta antes del nacimiento, la concepción no ha podido efectuarse en él, y la ley no atribuye al marido la paternidad.

13. Los redactores del Código de Napoleón, fundándose en las leyes físicas y en las morales, fijaron la regla de que el marido no puede desconocer la legitimidad del hijo alegando impotencia natural (5).

---

(5) " Habréis leído con repugnancia en nuestros libros, y tal vez en nuestro foro, una causa de imposibilidad física, que se llamaba impotencia natural. Esta es mera suposición más ó menos probable, porque diez siglos de controversias y de investigaciones no manifiestan sino la suposición de que hubiese nacido algún hombre que careciese de la facultad de reproducirse.

" La ley romana admitía la impotencia natural; pero ese

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Pero el Código de Chile, que acepta las doctrinas del derecho canónico, permite esos infames litigios que ruboriza-

---

pueblo, para quien la honestidad pública y la reverencia á las buenas costumbres era la suprema ley, no nos ha trasmitido ni un solo ejemplo de aplicación.

" La religión la aceptó en el siglo VIII en sus doctrinas y sus decisiones; pero con la notable restricción de que no expidió nunca sino fallos provisionales, fundándose en la razón, declarada candorosamente, de que la Iglesia podia haberse engañado; y los fallos eran siempre reformables, si el hombre á quien se imputaba impotencia daba después pruebas contrarias y materiales en un matrimonio subsiguiente.

" De ahí la han aceptado nuestros tribunales, pero sin la restricción que moderaba su inconsecuencia. Esa restricción no podia conciliarse con el principio social tan fundado, que el orden de las familias y el estado de los matrimonios deben ser inmutables. Mientras más se procuraba conocer la verdad, más se multiplicaban los insensatos medios de descubrirla; y diez siglos perdidos en investigar los misterios de una causa incierta no han producido sino contradicciones, escándalos, y mentis dado por la naturaleza á sentencias fundadas en las más especiosas probabilidades.

" Hacia mucho tiempo que lo raro de casos tan monstruosos, si los habia, la infamia y la insuficiencia de las investigaciones, la insuperable oscuridad de la causa y del efecto, habian inducido á todos los hombres sensatos á condenar ese medio ridículo de combatir una presunción justa y favorable, elevada por la ley misma á la categoría de la verdad.

" Y habréis notado con placer, en la ley del divorcio, que la causa llamada *impotencia natural* no se cuenta en el número de las que conducen á la disolución del matrimonio.

" No se trata ahora de la disolución del matrimonio; trátase de la legitimidad del hijo en él nacido, y razones de justicia y pudor inducen á proscribir con más fundamento la vergonzosa causal de que hablamos.

" Ni es necesario expresar que todas las excepciones que pueden combatir la presunción legal de paternidad no se establecen sino á favor del marido. Sólo el marido, y sus herederos, en los casos determinados, serán admitidos á deducirlas. En virtud de razones fundadas en la evidencia, ningún otro puede alegar esas excepciones.

" En tal caso sólo el marido, pues sus herederos no lo podrian, alegara públicamente su impotencia para que se declare ilegítimo el hijo del matrimonio; ¿y cómo ni pensar, sin indignarse, en el impudente cinismo de un hombre que pudiese manifestar su desvergüenza y su infamia para deshonrar á su

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

rían á la desvergüenza. Cierto que los tribunales no los presencian, y de ello se deduce que ó bien la causal es tan rara, que hubiera sido mejor no preverla, ó bien que la decencia pública protesta contra la inmoralidad de la ley.

Art. 181. El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepcion, 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 a justificar que él no es el padre (*).

REFERENCIAS.

La época en que pudo efectuarse la concepción. 76.
Probado el adulterio. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 206.
C. E. 176.

---

compañera y su víctima; porque, notadlo, en este caso la mujer habría sido la primera víctima de las arterias de ese hombre impotente que se presenta al matrimonio con todas las esperanzas de la paternidad.

" No, la castidad de la ley reprueba esas confesiones infamantes y esas vergonzosas declaraciones. Los monstruos, si los hay en la naturaleza, no deben figurar en la ley. No, la justicia eterna, esa voz majestuosa de toda conciencia pura, dice que en ese caso, si se presentase, el hombre debiera soportar todas las cargas de la paternidad, cuyo poder ha afectado temerariamente, y devorar la vergüenza de un hijo que si bien no puede ser suyo, ha tenido la fraudulenta audacia de prometer á la mujer y á la sociedad. " (Duveyrier. Locré. VI. 290. 14.)

(*) Savigny. II. app. 3°. p. 379. — Merlin. Légitimité. § II. Locré. VI. 25. art. 1-31, 4. 43. 17. — 70. 3. — 156. art. 2. — 170. 3. 5. — 193. 5. — 225. 5. 6. — 239. 11. 12. — 293. 15. — Dalloz. Paternité et Filiation 20. 31. 42-60. 63. — Laurent. III. 371-375. — Demolombe. V. 40-54. — Zachariae (V. M.) I. § 161. — Zachariae (A. R.). VI. § 545. 3°. — Bonnier. II. 552-560. — Duranton. III. 48-53. — Huc. III. 11. 42. — Delvincourt. I. p. 363. (7. 8). — Toullier. II. 812-818. — Demante. II. 39 bis. IV-XI. — D'Aguesseau. II. XXIII.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. de N. 313... ne pourra (le mari) désavouer (l'enfant) même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.

313... no podrá (el marido) desconocer (al hijo) aun por causa de adulterio, á menos que se le hubiere ocultado el nacimiento; caso en que podrá alegar todos los hechos conducentes á justificar que él no es el padre.

C. Arg. 252. El marido no puede desconocer al hijo, dando por causa el adulterio de la mujer ó su impotencia anterior al matrimonio. Pero si á mas del adulterio de la mujer, el parto le fuese ocultado, el marido podrá probar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo.

P. de G. 102. El marido no podrá... desconocer al hijo por causa de adulterio de su madre, aunque esta declare contra la legitimidad.

C. C. 215.

C. de la L. (El 313 del Código de Napoleón.)

C. Esp. 109. El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad ó hubiese sido condenada como adúltera.

C. A. 158...

El adulterio cometido por la madre y su confesión que el hijo es ilegítimo non son suficientes para privar al hijo de sus derechos de legitimidad.

D. XLVIII. V. 11. § 9º Quae propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare, an debeat audiri? Respondi: non videtur mihi confugere ea mulier ad iustam defensionem, quae aetatem filii praetendit ad eludendam legitimam accusationem; nam non utique crimen adulteri, quod mulieri obiicitur, infanti praeiudicat, quum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

§ 9. ¿Acaso deberá ser oída la que quiere que se le conceda dilación al acusador por no haber llegado el hijo á la pubertad? Respondí, que me parece que la mujer que por la edad del hijo intentaba eludir la acusación legítima, no alegaba justa defensa; porque no perjudica al que está en la edad de la infancia la acusación de adulterio de la madre; porque ésta puede ser adúltera, y el impúber ser hijo del difunto.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

14. I. 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.

Ya hemos visto, en las *Concordancias*, que el Digesto establece el mismo principio, esto es, que la madre puede ser adúltera, y el hijo legítimo.

También lo enunció el Primer Cónsul al discutirse, en el Consejo de Estado, el art. 313 del Código de Napoleón.

Esta regla es conforme á la razón y á los principios; pues del adulterio no se sigue como consecuencia necesaria que el hijo no sea del marido, y, por lo mismo, subsiste la presunción legal declarada por el inciso 1º del art. 180.

Pero la razón y los principios exigían que la ley estableciese la excepción que pasamos á examinar (6).

---

(6) " En vano alzaría la voz el marido contra la mujer por la acusación más grave, la de adulterio.

" Ese crimen, aun probado, no estableciera contra el hijo, cuya legitimidad quiera desconocer el padre, sino una presunción que no podría prevalecer sobre la que resulta del matrimonio. La mujer puede haber sido culpada sin que se hubiese extinguido la antorcha del himeneo.

" Sin embargo, si la mujer, condenada por adulterio, hubiere ocultado al marido el nacimiento del hijo, esa conducta sería un testimonio de mucho peso.

" No podría haber, de parte de la madre, confesión más categórica de que el hijo no pertenece al matrimonio.

" ¿Cómo presumir que la madre añada á su crimen contra el marido el de engañar á su mismo hijo, á quien excluye de la clase de los hijos legítimos?

" Cuando éste es rechazado por la familia, por la mujer que oculta el nacimiento, y por el marido que la hace condenar por adulterio; ello constituye un cúmulo de presunciones; el cual obsta á que el matrimonio ejerza influencia decisiva.

" Aun entonces, á pesar de esas disensiones y de que la madre hubiere sido condenada, el hijo puede siempre alegar la regla general; pero se ha juzgado que no sería posible rehusar al marido la facultad de proponer los hechos conducentes á justificar que él no es el padre. ¿Cómo, en efecto, rechazar á un

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

15. II. Probado el adulterio, y que éste se cometió durante la época en que pudo efectuarse la concepción, se le admite al marido la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes á justificar que él no es el padre.

Según el citado art. 313 del Código de Napoleón, el adulterio de la mujer no da derecho al marido para desconocer al hijo sino cuando concurren el adulterio, ocultación del parto y otras pruebas de donde se deduzca que él no es el padre.

Pero ese principio absoluto no se aceptó sino después de una larga cuanto luminosa discusión (7).

---

marido que, habiendo obtenido sentencia que condena á su mujer como adúltera, é ignorado que ella tuvo un hijo, viese inopinadamente, y acaso después de la muerte de su mujer, que ese hijo se presenta como nacido del matrimonio?

" En tales circunstancias la honestidad pública y la dignidad de la unión conyugal, exigen se conceda al marido el derecho de probar que ese hijo no le pertenece. " (Bigot-Préameneu. Locré. VI. 193. 5.)

(7) Discútese el art. 1°. (a).

El Cónsul Cambacérès. " Este artículo recuerda y declara con razón la máxima : *Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant;* regla fundada en una presunción legal, que debe cesar tan luego como la evidencia de los hechos manifieste lo contrario. Sin embargo el proyecto pugna con esta última doctrina, con otras disposiciones adoptadas, y con algunas que se propone adoptar.

" Ante todo, es imposible admitir que cuando el adulterio de la mujer se hubiese probado y originado el divorcio, no forme, en ningún caso, excepción á la regla general. Á la verdad, no basta probar la infidelidad de la madre para deducir de ahí que el hijo es ilegítimo, *cum possit et illa (uxor) adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse.* Pero sería tan injusto como absurdo que un hijo que evidentemente no puede ser del marido adquiriese ó conservase esa calidad...

" De estas observaciones se deduce que el art. 1°. debía limitarse á su primera parte, cambiándose la redacción, y adoptándose la que se halla en los antiguos proyectos : el hijo tiene por padre el que el matrimonio designa. "

El Primer Cónsul : " Cuando hay adulterio puede solicitarse

(a) L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari. La loi n'admet contre cette paternité, ni l'exception d'adultère de la part de la femme, ni l'allégation d'impuissance naturelle ou accidentelle de la part du mari.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Salta á la vista que por favorecer la legitimidad del hijo, se incurre en el absurdo de atribuír muchas veces al marido la paternidad de hijos que no le pertenecen (8).

---

el divorcio; pero de ahí no se sigue necesariamente que el hijo sea el fruto del adulterio; en caso de duda, la presunción favorece al hijo, que debe pertenecer al marido... "

El Cónsul Cambacérès. " Debe conservarse en toda su pureza la regla en que se funda la tranquilidad de las familias; pero aceptándose esa regla en el Código, no se han de excluir las excepciones establecidas por la prudencia y sancionadas por la sabiduría. Así, además de la imposibilidad física se admite en algunos casos la imposibilidad moral como excepción á la regla *Pater is est*; y además la que resulta de lo indivisible del título, esto es, cuando las pruebas que determinan la maternidad se hallan en pugna con la paternidad...

El Primer Cónsul. " No pudiendo el hijo defenderse en el instante en que se le combate, el legislador debe velar por él. Este hijo ha nacido en matrimonio : tal circunstancia decide á su favor y para disipar todas las dudas es preciso que la regla sea absoluta. El principio contrario menoscabaría la autoridad del marido, que debe tener potestad absoluta sobre la conducta de la mujer, para impedir que ella le dé hijos extraños. La ley extingue esa potestad, si permite al marido desconocer el hijo probando que él no es el padre... "

M. Portalis. " Según las leyes romanas, el adulterio de la madre no comprometía el estado de los hijos. Esa regla era justa, y no debe tener excepción sino cuando, separados los cónyuges, la mujer vive en concubinato público. Tal era la doctrina de los Parlamentos, sancionada por muchas sentencias ".

" M. Maleville lee la ley 6 ff. *de his qui sui vel alieni*, etc... y añade : Esta ley apoya el sistema del Cónsul Cambacérès como fundada en razón. El matrimonio forma una presunción de la paternidad, que no se puede combatir sin pruebas contrarias; pero no excluye estas pruebas, y el buen sentido enseña que si una mujer casada da á luz un hijo, no se sigue necesariamente que éste pertenezca al marido : la protección á los hijos y el reposo de las familias exigen si que el legislador no acepte sino pruebas concluyentes... " (Locré. VI. 31. 4. 5.)

(8) En una causa célebre se expresaba D'Aguesseau en los siguientes términos : " Dos caracteres son esenciales á una presunción, para que sea decisiva, ó á lo menos se considere como la verdad hasta prueba en contrario :

" 1°. Que se funde en una conexión necesaria ó infalible entre el hecho que se conoce y el que se pretende probar :

" 2°. Que la admita la ley.

" Examinemos si esos dos caracteres concurren en la presun-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

No puede revocarse á duda que cuando se hubiere probado el adulterio de la mujer y que ella ocultó el hijo al

---

ción cuya naturaleza investigamos: si es infalible, y si es legítima.

" El hecho que se supone para deducir la consecuencia, *Pater is est quem nuptiae demonstrant,* es la certidumbre y la verdad del matrimonio; y de ese hecho cierto se deduce que si el hijo ha nacido al amparo del matrimonio es hijo legítimo.

" ¿Pero esa consecuencia es necesaria, infalible, indubitable? ¿Su certeza es capaz de excluir toda prueba en contrario? Abusaríamos de los instantes que la Corte concede para tratar de esta causa, si nos propusiésemos probar, con muchos autores, que nada es menos cierto.

" Todo el título *De agnoscendis liberis* encierra estas decisiones. Los jurisconsultos reconocen que sin embargo de esta presunción favorable á los hijos, el padre puede desconocerlos, siempre que pueda demostrar, con pruebas ciertas, que deben ellos la vida al crimen de la madre. El silencio mismo del padre, su reconocimiento tácito, la omisión de las formalidades prescritas por los senado-consultos, nada puede privarle del derecho de impugnar el nacimiento de aquel que según se pretende es su hijo.

" *Si uxore denuntiante se praegnantem, maritus non negaverit... sive maritus neglexerit facere quae ex senatusconsulto debet, natum cogitur omnimodo alere, caeterum recusare poterit filium.* L. I. § et 15, ff. De agnoscendis liberis.

" El efecto de esta presunción se reduce, según la ley, á obligar al padre, aunque haya reconocido por su silencio el estado del hijo, á darle alimentos; pero al tiempo que él se los suministra, puede denegarle la calidad de hijo legítimo.

" No añadamos á esta autoridad otras. Juzgamos que según los principios que hemos establecido sobre la naturaleza de las presunciones, no fundándose ese argumento en una consecuencia infalible, no puede nunca considerarse sino como presunción probable, indicio verosímil, conjetura poderosa; pero que puede combatirse con pruebas más poderosas y más convincentes; y si fuese posible dudar de esa máxima, nos lo contradijera la experiencia.

" Pero si la presunción carece del primer requisito necesario para ser decisiva, tiene el segundo, que basta para que sea legítima. Se halla escrita en la ley, revestida de su autoridad, y tiene un carácter que todas las autoridades y aun las sentencias han respetado.

" La utilidad pública, la tranquilidad de las familias, la tranquilidad de los matrimonios, son los solidísimos fundamentos sobre los cuales se ha establecido, y vosotros la habéis conser-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

marido, hay casi evidencia de que éste no es el padre, y que entonces debe admitirse al marido la prueba de cuales-

---

vado en toda su fuerza por las mismas razones que la habían sancionado.

" Añadamos otro motivo que vuelve esta presunción casi inviolable, es la imposibilidad que hay casi siempre de probar lo contrario; y, si hay duda, la prudencia del legislador presume siempre á favor de la inocencia de la madre y de la legitimidad del hijo.

" Resumanos estos principios, y concluyamos, con todos los jurisconsultos, que si esta presunción no es infalible, á lo menos es muy legitima; y que, si por una parte, es susceptible de prueba en contrario por lo mismo que no es infalible, por otra se considera como la verdad hasta que se combata, porque es legitima.

"¿Pero cuál es la prueba que el Derecho permite que se oponga? Eso es muy fácil explicar por los mismos principios.

" La presunción, que pueda impugnar la ley, debe fundarse en un principio infalible, para combatir una probabilidad tan vehemente como la que sirve de fundamento á esta prueba.

" Ahora bien, salta á la vista que aplicando estas máximas no puede haber sino dos excepciones á la regla general, fundadas ambas en una imposibilidad física y cierta de admitir tal presunción.

" Ellas se determinan en la ley que define el estado de hijo legitimo.

" *Filium eum definimus qui ex viro et uxore eius nascitur: sed si fingamus adfuisse maritum, verbi gratia, per decennium... vel si ea valetudine fuit ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.* L. 6, ff. De his qui sui vel alieni iuris sunt.

" No hay sino dos pruebas contrarias, que puedan oponerse á una presunción tan favorable :

" La larga ausencia del marido, y aun podemos añadir, conforme al espíritu de la ley, que esa ausencia debe ser cierta y continua.

" La impotencia, perpetua ó accidental, es la segunda. La ley no admite otra, y es evidente que es imposible ni suponer otra, pues mientras la ausencia ú otro obstáculo no hayan separado á los que el matrimonio une, no se presumirá nunca que el marido no sea el verdadero padre.

" Apliquemos ahora estos principios á las circunstancias especiales de la causa que examinamos.

" Primeramente, podríamos decidirla en el acto; y pues no se justifica ni una larga ausencia ni otro impedimento, la presunción de la ley debe subsistir en toda su fuerza.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

quiera otros hechos conducentes á justificar que él no es el padre.

" Sin embargo, como se ha pretentido que la reunión de las presunciones que se deducen de los hechos pudieran compararse á las excepciones generales que la ley propone, debemos entrar á discutir estos argumentos y terminar por el examen de la causa.

" La ausencia del marido, la prueba del adulterio, el secreto de la preñez de la mujer y del nacimiento del hijo, las circunstancias que lo han acompañado, la obscuridad de su educación, el esmero del Sr Quinquet, las declaraciones de la madre, el desconocimiento del padre, son los principales medios empleados para impugnar la calidad de hijo legítimo.

" Para combatir todos esos medios, debemos ante todo investigar la verdad de los hechos, y después las consecuencias que de ellos se deducen.

" No tenemos que tratar aquí de una de las controversias frecuentes en las causas sobre estado civil, á saber si es admisible la prueba testimonial. Esa prueba se ha rendido ya, y convence á la madre del crimen de que se la acusa.

" Debemos investigar las declaraciones sobre la prueba de esos hechos.

" La primera, es la ausencia del marido durante tres meses. La segunda, el constar el adulterio. Ambos hechos se justifican con las declaraciones...

" La prueba que opone el Sr. Quinquet no nos parece de ninguna significación... La certeza de los dos primeros hechos no puede ponerse en duda. Ausencia del marido durante tres meses, adulterio durante el mismo tiempo.

" El secreto de la preñez, las tinieblas y el misterio en que se ha procurado envolver el nacimiento del hijo, también son evidentes.

" El público ha ignorado la preñez; se ha ocultado el nacimiento del hijo...

" Por todas estas circunstancias que han acompañado al nacimiento se reconoce igualmente así el temor que ha tenido la madre de que se vuelva público, y el esmero del Sr. Quinquet en criar á ese hijo cuyo padre pretende ser...

" Las circunstancias del bautismo, tan importantes como las que acabamos de explicar, también constan de la declaración del séptimo testigo...

" Tales son las pruebas que resultan de las declaraciones, pruebas tan importantes cuando concurren con los principios mismos del Derecho; y las máximas más ciertas se vuelven dudosas considerando tan gran número de testimonios no sospechosos, que inducen á presumir que el que reclama el estado de hijo legítimo, es el fruto del crimen de la madre.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

16. Mas, ¿por qué la ocultación del parto sería la única prueba de que el hijo no pertenece al marido? ¿No se pre-

---

" No prescindamos sin embargo de los únicos principios que pueden asegurar el nacimiento de los hombres, y no nos dejemos alucinar por esa multitud de presunciones, para que socavemos los fundamentos de la sociedad civil.

" Si bien los argumentos son verosímiles, no son invencibles, y para comenzar por el que parece más especioso, la ausencia del marido, no es suficiente para que pueda dudarse del estado del hijo. Dos condiciones esenciales le faltan absolutamente para que surta ese efecto : el tiempo de la ausencia, y la distancia del lugar donde el marido permaneció durante ese tiempo.

" La ausencia del marido comenzó en marzo y terminó en junio. Desde su partida hasta el nacimiento del apelante no transcurrieron sino diez meses; desde su regreso hay siete meses íntegros de intervalo : en ambos casos, las leyes deciden que el hijo podía nacer legítimo.

" ¿Pero quién puede asegurar por otra parte que el Sr. de Vinantes haya sido tan puntual en el servicio de cuartel que ni un solo día ha faltado á sus deberes? ¿Quién puede probar que de una distancia tan poco considerable como la de veinte leguas no ha venido nunca á su casa de campo? ¿Y se hará depender de un hecho de esa naturaleza la certidumbre del estado de un hijo y su calidad de legítimo? Pero se dice, el adulterio es constante, se condenó á la mujer del Sr. de Vinantes, el crimen no puede ser dudoso.

" No podemos responder á esa objeción sino con la ley que hemos citado : *Potest et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.* No puede comprender al hijo la condena contra la madre : ella puede ser criminal y el hijo legítimo.

" El segundo hecho, que puede presentar más dificultades que el primero, es la declaración de la madre, su reconocimiento reiterado, su negativa todavía más grave que su reconocimiento.

" Para destruir esta presunción debemos deciros que la justicia no atiende á esos reconocimientos forzados, que el temor de la infamia, el deseo de la venganza ó una pasión ciega han podido arrancar á la madre.

" Nadie ignora que el crimen es tímido, que los acusados niegan á menudo los hechos más indiferentes, y que de una mujer apasionada es de quien dice el más grande de los poetas : OMNIA TUTA TIMENS.

" Pero aun cuando se pudiese creer que la madre ha estado exenta de los temores tan ordinarios á los acusados, qué se debe concluir de todos esos reconocimientos, sino que ha podido equivocarse en cuanto al principio de la preñez, y que ha podido juzgar que el marido tenía la misma preocupación. Pero ni sus

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sentan casos en que la ilegitimidad del hijo es evidentísima? La falta de ocultación no es muchas veces sino el cinismo y la desvergüenza que agravan el crimen de la mujer.

Con su clarísimo talento y juicio eminentemente ecléctico, Don Andrés Bello no pudo desconocer que el art. 313 del Código de Napoleón es absurdo, y por eso expresó, en la nota al art. 206 de su Proyecto (artículo absolutamente idéntico al 181 del Código chileno) que este artículo es el 313 del Código de Napoleón, CON ALGUNA AMPLIACIÓN A FAVOR DEL MARIDO. La ampliación es importantísima; pues, según el artículo que comentamos, para que el marido pueda desconocer la legitimidad del hijo es necesario :

1° El adulterio de la mujer :

2° Que el adulterio se hubiese cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción; y

3° Otros hechos de donde se deduzca que el marido no es el padre.

El adulterio cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, es presunción gravísima contra la paternidad del marido. Pero, lo repetimos, la ley, siempre favorable á la legitimidad del hijo, no lo considera como circunstancia decisiva; pues impone al marido la obligación de justificar otros hechos de donde se deduzca que él no es el padre.

Esos hechos, cuya apreciación corresponde al juez, deben ser tan concluyentes, que constituyan absoluta imposibilidad moral de que el marido sea el padre. Así, por ejemplo,

---

pasiones ni sus errores pueden perjudicar al estado del hijo; y, por otra parte, el motivo que la ha determinado á ocultar la preñez es muy incierto para decidir, por esa única circunstancia, sobre la condición y los bienes de fortuna del hijo.

" En fin, en vano se alegan las confesiones del padre para decidir esta controversia. Su testimonio es decisivo cuandoquiera que es favorable al hijo cuya calidad es incierta. *Grande praeiudicium affert pro filio confessio patris.* Pero esa confesión tan poderosa es una presunción insignificante, cuando el padre desconoce al hijo, y sobre todo cuando puede presumirse que quiere vengar en el hijo la afrenta que ha recibido de la madre. " II. XXIII).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

á justificarse que durante los ciento veinte días en que pudo efectuarse la concepción, la mujer y el amante vivían en una misma casa, y que, por tanto, las desavenencias entre los cónyuges eran tan graves que no permitían se reuniesen ellos ni un solo instante; ¿ cómo poner en duda que el marido no es el padre?

Si consta el adulterio en la época de la concepción, y se justifica, además, que el marido pasaba de ochenta años, que habitaba en departamento separado del de la mujer, que á causa de grave enfermedad apenas si salía del lecho, que la mujer no le veía nunca, ni le prestaba ningún servicio; fuera necesario cerrar los ojos para no ver que el marido no es el padre del hijo que su esposa ha dado á luz.

El marido es quien debe rendir prueba plena de todas las circunstancias de donde se deduzca que él no es el padre : el adulterio de la mujer, que éste se efectuó durante la época de la concepción, y los demás hechos que constituyan la imposibilidad moral de la paternidad.

Art. 182. Miéntras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la lejitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo (*).

REFERENCIAS.

Legitimidad del hijo. 35. 179.
Concebido durante el matrimonio. 76. 180.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 207. Miéntras viva el marido, nadie podrá re-

(*) Locré VI. 36. 5 — 290. 14. — Dalloz. Paternité et Filiation. 100. 115-118. — Laurent. III. 435. 436. 441. 442. — Demolombe V. 113-118. — Zachariae (M. V.). I. § 160. — Zachariae (A. R.). VI. § 545 bis. — Bonnier. II. 552-560. — Duranton. III. 68.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

clamar contra la lejitimidad del hijo nacido en el matrimonio, sino el marido mismo.

Si el marido hubiere desaparecido, se podrá hacer esta reclamacion luego que se dé la posesion provisoria de sus bienes (a).

C. E. 177.

C. Arg. 256. Mientras viva el marido, nadie sinó él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio.

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

C. C. 216.

C. M. 297. (Véanse las *Concordancias* del art. 183.)

COMENTARIO.

17. Tan importante como trascendental es la regla que este artículo encierra. Mientras viva el marido nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido en el matrimonio, sino el marido mismo.

Ningún derecho más personal del marido que el de reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. Como el adulterio de la mujer, compromete la honra del marido, y como si la misma lleva á la familia hijos extraños, el marido es quien soporta todas las consecuencias; él es el único que puede juzgar si debe seguir un juicio escandaloso ó devorar en silencio las desgracias provenientes de la pésima conducta de la mujer.

Por otra parte, sólo el marido tiene pleno conocimiento de las circunstancias, y sabe á ciencia cierta si él es el padre del hijo que ha dado á luz la mujer.

Este principio, tan claro como necesario, no se puntualiza explícitamente en el Código de Napoleón. De ahí que

---

(a) Miéntras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la lejitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo. (Art. 207 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sus comentadores no lo deducen sino de las reglas generales concernientes al derecho de desconocer la legitimidad del hijo.

18. Cuando el marido es persona hábil para deducir en juicio las acciones que le competen, ninguna dificultad presenta la regla; ¿ pero el curador del marido pudiera representarle deduciendo la respectiva acción contra la legitimidad del hijo?

Si el marido es menor ó pródigo, conserva sus facultades intelectuales; entonces él es el árbitro para decidir si debe ó no impugnar la legitimidad, y todas las razones que hemos expuesto militan cuando el marido, menor ó pródigo, no tiene la libre administración de sus bienes.

Pero el caso es gravísimo á ser el marido demente. Hállase éste en una casa de locos, y la mujer, que tiene la vida más licenciosa, da á luz hijos ilegítimos. ¿ No podrá el curador, representando al marido, desconocer la legitimidad, si prueba el adulterio de la mujer cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, y la imposibilidad moral proveniente del estado mismo en que se halla el marido? ¿Á no representarle el curador, no se fuerza al marido á recibir en su familia hijos espurios, que participen de los beneficios que la ley concede sólo á los hijos legítimos? Parece, pues, que en ese caso el curador, que es quien ejerce todos los derechos del pupilo, debiera representarle, impugnando la legitimidad del hijo.

Pero si nos atenemos á las razones poderosísimas en que se funda la ley, y á su tenor y espíritu, que no originan ni la más leve duda, deduciremos que en este caso el curador no puede representarle.

Nótese ante todo que no se concede la acción sino al marido mismo, y que si bien por regla general el curador le representa, no ejerce los derechos personalísimos del marido, sino cuando la ley le autoriza para ello; como, por ejemplo, á tratarse de revocar, por ingratitud, una donación entre vivos. El curador no representa al pupilo ejerciendo los derechos de patria potestad y otros de familia absolutamente inherentes á la persona del marido.

Además, la materia es tan delicada, compromete tanto el decoro de las familias, que la ley ha querido, y con razón, que más bien se corra el peligro de que la mujer

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

del demente lleve á su casa hijos que no son del marido, que no constituir al guardador en árbitro de la honra y tranquilidad de la familia.

Por último, " cuando el sentido de la ley es claro no puede el juez desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu "; y la regla que examinamos deslumbra por su claridad : sólo el marido mismo, mas no ninguna otra persona, puede, mientras él viva, impugnar la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio.

Hemos dicho que el Código de Napoleón no encierra la regla expresa y clarísima que comentamos. De ahí que los expositores están discordes sobre este punto; pero parecen convincentísimas las razones que alega Laurent (9)

---

(9) " En general todos los que tienen interés pueden deducir las acciones concernientes al estado de las personas. Así lo exige el derecho común. La ley lo modifica en cuanto á la acción para impugnar la legitimidad; la cual ejerce sólo el marido, que es el único á quien el Código designa en los arts. 312, 313, 314 y 316. La acción no se transmite de derecho ni á los herederos, que no pueden ejercerla, según el art. 317, sino cuando el marido ha muerto antes de deducirla, pero dentro del plazo útil... ¿Cuál es la razón de ese principio especial á la acción para impugnar la legitimidad? Fúndase en la naturaleza misma de esa acción, que conduce á desconocer la paternidad, cuando el hijo es concebido ó nacido durante el matrimonio, é inscríbese la partida en el registro. Todas las probabilidades militan á favor del hijo; sólo el marido puede saber si la presunción de legitimidad pugna con la realidad de las cosas. Si no reclama, su silencio atestigua en pro del hijo, y cuando el marido reconoce la legitimidad, nadie debe ejercer el derecho de impugnarla. Es verdad que el reconocimiento tácito del marido aprovechará algunas veces á un hijo natural y aún adulterino. Pero la ley prefiere la ficción de la legitimidad al escándalo de un litigio para que se declare al hijo natural ó adulterino.

" Síguese de ahí que los acreedores del marido no pueden impugnar la legitimidad...

" Síguese también que si el marido está en interdicción, el tutor no puede desconocer la legitimidad; lo cual nos parece tan evidente, que no comprendemos cómo se controvierta...

" El art. 509 dice que el interdicto se asimila al menor, en cuanto á la persona y los bienes, y que las leyes sobre la tutela de los menores se aplican á la tutela de los interdictos. Ahora bien, según el art. 450 el tutor representa al menor en todos los

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

para demostrar que según el sistema de aquel Código el curador no puede impugnar, á nombre del marido, la legitimidad del hijo.

La Corte de Casación decidió lo contrario (10); pero sus

---

actos civiles. A primera vista esa disposición desata la dificultad: como lo dice la Corte de Casación, se reputa que el interdicto ejerce él mismo las acciones cuando las deduce su representante legal. La regla asentada por el art. 450 es general y ninguna ley la excepciona. Tal es la base de la doctrina que concede al tutor todos los derechos del menor ó del interdicto. ¿No es una manera algo mecánica de interpretar las leyes? ¿No es preciso ante todo ver cuál es el objeto de la interdicción, cuáles son los deberes del tutor del interdicto? ¿No se debe atender á la naturaleza especial de la acción para impugnar la legitimidad? Si se pasa de la superficie de la ley y se penetra en su espíritu, las dudas desaparecen y la verdad se manifiesta con evidencia... La interdicción tiene por objeto esencial resguardar los intereses pecuniarios del demente... Cuando la ley confía al tutor el ejercicio de los derechos del interdicto, se trata de intereses pecuniarios. El interdicto ejerce los derechos morales, á pesar de la interdicción, si hay intervalos lúcidos durante los cuales puede ejercerlos... Si el interdicto es casado, ¿puede el tutor ejercer la potestad marital ó la patria? No, esos derechos son morales, y en nada atañen al tutor. Luego, hay derechos que el tutor no ejerce por generales que sean los términos del art. 450.

" ¿No será uno de esos derechos morales impugnar la paternidad? La ley concede esa facultad al marido que la ejercerá discrecionalmente, según su conciencia, y, añadamos, según su indulgencia. ¿Puede entonces representar el tutor al interdicto? No es eso lo que expresa el art. 450. La personalidad es intransmisible, y por lo mismo lo son los derechos que se refieren á la conciencia. Se dirá que exageramos, que la ley concede acción á los herederos, y que si los herederos pueden ejercerla, también lo puede el tutor. Fácil es la respuesta á esta objeción; los herederos ejercen la acción como derecho pecuniario, y sólo en el caso de que el marido muera dentro del plazo útil para la reclamación, esto es, en el supuesto de que la hubiera ejercido á vivir. Esta es en definitiva una disposición excepcional, y faltan todos los elementos de esa excepción cuando se trata del interdicto. ¿Sabe acaso el tutor que impugnando la legitimidad corresponde á la intención del interdicto? Basta eso para resolver el problema. " (III. 435, 436).

(10) " Vistos los arts. 420, 450 y 509 del Código civil; considerando que el protutor, en el caso previsto por el citado art. 420, y el tutor en todos los demás casos, ejercen las acciones del inter-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

fundamentos se combaten victoriosamente por Laurent y otros jurisconsultos.

Y si aplicándose las leyes francesas esa opinión es la que prevalece, evidentísimo que según el art. 182 del Código chileno el curador del marido demente no puede impugnar la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio.

Art. 183. Toda reclamacion del marido contra la lejitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matri-

---

dicto; que se reputa ejercerlas él mismo cuando se deducen por su representante legal; que esta acción no es exclusivamente personal al marido; pues, según el art. 317 del Código civil, esa acción se transmite á los herederos; que los acreedores no representan al deudor; que al contrario el tutor no sólo tiene derecho sino deber de representar al interdicto en todos los actos civiles; que, por lo mismo, puede gestionar cuandoquiera que se trate de prevenir ó rechazar un atentado á la persona, al estado ó á los bienes del pupilo; que así como cuando reclamase el hijo su estado, el tutor del marido interdicto es la única parte capaz para determinar, conforme al art. 335 del Código civil, probada la maternidad, que el reclamante no es hijo del marido de la madre; de la misma manera, en caso de filiación legítima justificada por la partida de nacimiento, el tutor del marido interdicto puede rechazar, impugnando la legitimidad, la paternidad atribuida al interdicto por la partida de nacimiento:

" Considerando que aun á suponerse que la prescripción ó la caducidad de la acción se suspendiera durante la interdicción, y que tal acción pudiera ejercerse ulteriormente por el marido, levantada la interdicción, ó por sus herederos, después de la muerte; todas las pruebas pudieran desaparecer en ese intervalo, si se negase al tutor el ejercicio inmediato de dicha acción; que, por otra parte, el hijo podría estar, durante largos años, en posesión del estado y de los derechos de hijo legítimo; lo cual menoscabaría los bienes del marido durante esa época, y que éste debe ser admitido á impugnar inmediatamente, no él mismo por cuanto es incapaz, sino por medio de su representante legal:

" Considerando que de cuanto precede se deduce que declarándose al actor sin derecho para impugnar la paternidad, la sentencia recurrida ha violado expresamente los artículos precitados del Código civil, la Corte anula." (Dalloz. Paternité et Filiation. 115. (1).)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

monio, deberá hacerse dentro de los sesenta dias 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; a ménos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultacion del parto.

Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente despues de su vuelta a la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultacion mencionado en el inciso precedente (*).

REFERENCIAS.

Legitimidad del hijo. 35. 179.
Concebido..... durante el matrimonio. 76. 180.
Dentro de los sesenta dias. 48. 49.
Hará presumir. 47. 1712.
Probarse... 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 209.
C. E. 178.

C. de N. 316. Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire, dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant;

Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent;

Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant.

316. En los diversos casos en que el marido está autorizado para reclamar, debe hacerlo dentro de un mes, si está en el lugar donde nació el hijo;

Dentro de dos meses después de su regreso, si, en la misma época, estuvo ausente;

Dentro de dos meses después del descubrimiento del fraude, si se le hubiere ocultado el nacimiento del hijo.

(*) Locré VI. 26 art. 5. — 81. 10. — 146 art. 5. — 156 art. 5. — 158. S. — 197. 14. — 246. 15. — 298. 18. — Dalloz. Paternité et Filiation. 121-140. 152. 154. — Laurent. III. 431. 433. 444-147. 450. — Demolombe. V. 139-146 bis III. 159-162. — Zachariae. (M. V.) I. §. 161. — Zachariae (A. R.). VI. § 545. 3°. 545 bis. — Troplong. Prescription. I. 27. — Huc. III. 21. 22. — Duranton. III. 84-86. — Touiller. II. 834. — Despagnet. 271. Fiore. II. 702. 703.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. Arg. 254. Toda reclamacion del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto.

4042. Se prescribe por dos meses, la acción del marido contra la legitimidad del hijo, concebido ó dado á luz por su mujer, durante el matrimonio.

P. de G. 105. En todos los casos en que el marido puede contradecir la legitimidad del hijo, deberá hacerlo en juicio dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticia de su nacimiento.

C. C. 217. 218.

C. P. 223. En cualquiera de los casos del artículo anterior, no podrá el marido usar de su derecho, sino dentro de los sesenta días después del parto, estando en el lugar: dentro de los sesenta días despues de su regreso, si ha estado ausente; ó en igual tiempo despues del descubrimiento del fraude, si se le ocultó el nacimiento del hijo.

C. M. 296. En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir la legitimidad del hijo, deberá deducir su acción dentro de sesenta días contados desde el del nacimiento, si estaba presente: desde el día en que llegue al lugar, si estaba ausente, y desde el día en que descubra el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

297. Si el marido está en tutela por causa de demencia, imbecilidad ú otro motivo que le prive de inteligencia, este derecho puede ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejerciere, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela; pero siempre en el plazo antes designado, que se contará desde el día que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

298. Cuando el marido, teniendo ó no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la legitimidad en los casos en que podría hacerlo el padre.

C. de la L. 210. (el 316 del Código de Napoleón).

C. Esp. 113. La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes á la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido, ó en su caso, cualquiera de sus herederos.

Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residieren en España; y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará á contarse desde que se descubriere el fraude.

C. A. 158. Si el padre quiere desconocer al hijo nacido

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

durante el matrimonio en el plazo legal, debe impugnar la legitimidad en los tres meses contados desde que recibió aviso del parto.

COMENTARIO.

19. I. Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

Absolutamente necesario fijar un breve plazo para que el marido deduzca la respectiva acción.

Natural que el marido afrentado la deduzca inmediatamente; y si su enojo cede á la reflexión, á la calma, síguese que ha perdonado á la mujer, ó que por lo menos prefiere devorar en silencio los ultrajes que se le han inferido, á deshonrar no sólo á la mujer sino también á toda la familia (11).

---

(11) " Puntualizados con prudente severidad los casos en que la presunción legal de paternidad puede combatirse por la evidencia ó la presunción contraria, y sometidas estas excepciones indispensables, aunque peligrosas, á requisitos que puedan manifestar siempre la justicia; es necesario, además, restringir su ejercicio á los plazos más breves y más perentorios. Muy obvios son los motivos de esta última precaución.

" Según la ley, estas excepciones no surten efecto por sí mismas. Para que lo surtan es preciso que se ejerza la acción conducente á desconocer al hijo; la cual sólo el marido, si existe cuando el nacimiento, tiene el derecho de deducir.

" El motivo que induce al marido á desconocer al hijo que la mujer ha dado á luz es vehemente é impetuoso, aun violento, como el enojo que proviene de la convicción de un ultraje. No es un motivo que el tiempo robustece y que la reflexión fortifica; la reflexión lo modera, y lo borra el tiempo. Si un padre ha tolerado en su casa, sin pesares y sin repugnancia, ó ha conocido sin indignación la existencia de un niño, á quien la ley y la sociedad llaman su hijo; supónese razonablemente que no ha recibido ofensa ó que la ha perdonado; y en ambos casos tanto la ley como la equidad prefieren el perdón á la venganza.

" Así, el marido, á estar presente cuando el nacimiento del hijo, no tendrá sino un mes para la reclamación.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Las pruebas de tan escandalosos sucesos se pierden en breve, y en ningún caso conviene que por mucho tiempo quede incierto el estado civil de las personas.

Todas estas clarísimas razones no estuvieron á los alcances de los jurisconsultos antiguos; pues los redactores del Código de Napoleón fueron los primeros en determinar el brevísimo plazo de un mes para que el marido impugnase la legitimidad del hijo.

20. II. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hace presumir que lo supo tan luego como se efectuó el parto.

La presunción se funda en antecedentes conocidos. La ley impone al marido la obligación de velar por la conducta de la mujer, y, si la cumple, nada más natural que tenga conocimiento del parto.

Síguese, pues, que si el marido presente alega que no tuvo conocimiento del parto, á él le incumbe probarlo.

21. III. Si hubo ocultación del parto, ne se presume que el marido lo supo.

Si el marido alega la ocultación para manifestar que no ha expirado el término de los sesenta días, á él le corresponde justificarla, y, justificada, el curador del hijo debería rendir prueba plena de que el marido tuvo conocimiento del parto, y de que, por consecuencia, ha caducado la acción concedida por la ley.

22. IV. Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, presúmese que tuvo conocimiento del parto tan luego como regresó á la residencia de la mujer.

De la naturaleza misma del matrimonio se deduce que si el marido regresa, llega al domicilio conyugal, y que en él tuvo conocimiento del parto.

Si el marido afirma que á su regreso no supo el parto, á él le incumbe justificar esa circunstancia.

La palabra ausente no se emplea aquí en la acepción

" Si está ausente, deberá deducirla dos meses después de su regreso.

" A ocultársele el nacimiento del hijo, se le conceden dos meses desde que le sea conocido el nacimiento. " (Duveyrier. Locré. VI. 298. 18.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que le da el artículo 473; el marido se ausenta cuando se aleja del lugar donde reside la mujer (12).

23. V. No se presume que el marido, á su regreso, supo el nacimiento, si hubiere habido ocultación del parto.

En caso de ocultación, es aplicable todo lo que acerca de ésta hemos dicho.

24. VI. La regla que comentamos comprende todos los casos. De manera que tan luego como transcurren los sesenta días determinados por la ley, el hijo es *ipso iure* legítimo.

25. VII. Sorprende que el eclecticismo de Don Andrés Bello no hubiese distinguido dos casos muy diversos:

1°. Que en la respectiva partida de nacimiento se hubiere expresado que el hijo es de madre desconocida; y

2°. Que en la propia partida conste que la mujer casada es la madre.

Supóngase que á causa de una misión diplomática, ó por cualquier otro motivo, el marido hubiere estado ausente cuatro ó cinco años; que á su regreso al domicilio conyugal sabe que su mujer ha dado á luz un hijo; indaga por éste, y descubre que se le cría á ocultas, acude á la partida de nacimiento, y ve que según ella el hijo lo es de padres desconocidos.

Si la ley se fundase en la naturaleza misma de las cosas, no impondría en este caso al marido la obligación de impugnar la legitimidad de tal hijo; el cual no cuenta con la partida de nacimiento ni con la posesión notoria del estado civil. Debiera, pues, limitarse á conceder acción al marido para impugnar la legitimidad del hijo tan luego como éste la pretenda.

---

(12) " Es evidente que la palabra ausencia no se emplea aquí en su acepción técnica.

" El art. 316 mismo prueba que se trata del marido que no está en el lugar donde se ha efectuado el nacimiento del hijo.

" ¿Cuándo el marido está ausente, y cuándo está de regreso?

" ¿Cuándo se le ha ocultado el nacimiento y en qué instante ha descubierto el fraude?

" Puntos de hecho que casi siempre deben decidirse según las circunstancias de cada caso. " (Demolombe. V. 141.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Pero si en la partida de nacimiento consta que el hijo concebido durante el matrimonio es de los cónyuges, debiera aplicarse estrictamente la regla de que el marido deduzca acción dentro de sesenta días, contados desde la fecha en que tuvo conocimiento del parto.

Tanto más necesaria tal distinción cuanto el artículo 184 la establece acerca de los herederos del marido; los cuales no están obligados á impugnar la legitimidad del hijo sino cuando éste ha entrado en posesión de los bienes hereditarios del marido, ó cuando, en caso contrario, el pretenso hijo les disputare sus derechos.

Si bien lo absoluto del artículo envuelve injusticia, y puede originar en la práctica graves dificultades en cuanto á la familia misma, no así respecto de la decisión judicial; porque siendo claro el sentido de la ley, el juez debe aplicarla sin entrar en distinciones.

26. VIII. Pero sí originaría dificultades el resolver si la acción para impugnar la legitimidad *prescribe* en los sesenta días, ó si, transcurridos éstos, *caduca* el derecho que la ley concede al marido.

Aunque la ley no distingue expresamente entre la prescripción y la caducidad de los derechos, tal distinción se deduce de la naturaleza misma de las cosas.

Son caracteres esenciales de la prescripción de los derechos y acciones :

1°. Tan luego como llega la media noche del último día del plazo, los derechos y las acciones que de ellos nacen, se extinguen;

2°. El juez no puede declarar de oficio la prescripción ;

3°. La prescripción, una vez adquirida, puede renunciarse; y

4°. Para que la prescripción se interrumpa es necesario que sea válida la citación.

La caducidad de un derecho consiste en que éste se extingue por el ministerio de la ley en el instante mismo que expira el plazo dentro del cual puede ejercerse, y el juez de oficio declara siempre la caducidad.

Las acciones ordinarias y ejecutivas prescriben en veinte ó en diez años; otras, en corto tiempo, como la rescisoria cuando el contrato adolece de nulidad relativa.

Caduca el derecho de apelar concedido por las leyes

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

adjetivas; el de interponer recurso de queja contra los jueces etc., etc.

Pero casos hay en que se originan dudas sobre si algunos derechos *prescriben* ó *caducan*, y uno de ellos se presenta en el artículo que comentamos.

Si *prescribiese* en sesenta días la acción del marido para desconocer la legitimidad del hijo, deduciríanse necesariamente estas consecuencias;

1ª. El curador nombrado para defender al hijo en el juicio sobre legitimidad debería siempre alegar la prescripción ;

2ª. Á no alegarla, el juez no pudiera declarar, en la sentencia, que la acción fué extemporánea, aun cuando constase que el marido supo el nacimiento del hijo, y que no dedujo la acción dentro de los sesenta días; y

3ª. El mismo curador pudiera renunciar la prescripción ya adquirida.

La primera consecuencia pugna con el sistema mismo de la legislación, según el cual el silencio del marido envuelve reconocimiento de la legitimidad del hijo, bien provenga tal silencio de que el marido tiene graves dudas, bien de que no quiere deshonrar á toda su familia.

Si aceptásemos que hay mera prescripción, el hijo no sería *ipso iure* legítimo tan luego como transcurren los sesenta días. Acaso juzgaría el curador que es más conforme al decoro de la madre y á los intereses mismos del hijo el sostener únicamente que no hubo imposibilidad física de que los dos cónyuges se reunieran, ó que es de todo punto falso el adulterio imputado á la mujer; y entonces prescindiría el juez del hecho importantísimo de que la acción debe proponerse dentro de breve plazo. En otros términos, si el derecho no caducase, la oportunidad de la acción no sería uno de los elementos constitutivos de la demanda sino en caso que el curador alegase la prescripción; mientras que aceptándose la caducidad, el juez, de oficio, debería determinar si constan los hechos de que depende la legitimidad del hijo y la paternidad del padre.

Opinamos, pues, que cuando llega la media noche del último de los sesenta días, *caduca* el derecho de impugnar la legitimidad del hijo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 184. — Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo en los mismos términos los herederos del marido, i en jeneral toda persona a quien la pretendida lejitimidad del hijo irrogare perjuicio actual.

Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público (*).

REFERENCIAS.

El término. 183. 48.
Herederos. 951. 954. 1097.
Todo el inciso 1º. 315. 316.
Testamento. 999.
Instrumento público. 1699.
Todo el inciso 2º. 182.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 210. Si el marido muere ántes del término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo los herederos del marido, i en jeneral toda persona a quien la pretendida lejitimidad del hijo irrogare perjuicio (a).

C. E. 179.

(*) Locré. VI. 26. art. 7. — 47. 25 — 146. art. 6. — 149. 5. 6. — 156. art. 6. — 158. 10. — Dalloz. Paternité et Filiation. 101-111. 114. 147-150. — Laurent. III. 437. 438. — Demolombe. V. 120-133. 136-138. 180-184. — Zachariae. (M. V.) I. § 160. 161. — Zachariae. (A. R.). VI. § 545. 3º. 545 bis. — Huc. III. 23. — Merlin. Question d'état. § III. art. I. n. V. — Duranton. III. 69-73-80-83.

(a) Si el marido muere ántes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo los herederos del marido, i en jeneral toda persona a quien la pretendida lejitimidad del hijo irrogare perjuicio actual.

Cesará este derecho, si el padre hubiese reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento auténtico (Art. 209 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. de N. 317. Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.

317. Si el marido muere antes de hacer la reclamación, pero en el plazo útil para hacerla, los herederos tendrán dos meses para impugnar la legitimidad del hijo, contados desde la época en que este hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del marido, ó desde la época en que el hijo hubiere perturbado á los herederos en esa posesión.

C. Arg. 258. Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, sus herederos y cualquiera persona que tenga interés actual en ello, tendrán dos meses para interponer la demanda. Este término correrá desde el día en que el hijo hubiese entrado en posesión de los bienes del marido. No hay lugar á demanda cuando el padre hubiese reconocido al hijo en su testamento, ó en otra forma pública.

P. de G. 106. Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando él no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamación, pero dentro del término útil para hacerlo, los herederos tendrán dos meses para proponer la demanda, y este término comenzará á correr desde el día en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del marido, ó desde que los herederos se vean turbados por él en la posesión de la herencia.

C. C. 219.

C. P. 224. Cuando hubiere muerto el marido sin reclamar de la filiación, pero sin haber expirado el término que para ello le concede el artículo anterior, solo entónces podrán sus herederos verificar dicha reclamación, por las mismas causas que el marido, menos por la primera del artículo 222.....

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

27. La redacción del inciso primero del art. 184 carece de claridad y exactitud. No basta que el marido muera antes de declarar que no reconoce al hijo como suyo; es necesario, además, que no hubiese deducido la respectiva acción conforme al art. 188.

Las palabras *en los mismos términos* son ambiguas, pues pudieran interpretarse en dos sentidos, ya dándoseles la significación de plazos, ya el de requisitos de que la acción dependa. Tanto más impropia la voz *términos*, cuanto muchos de los artículos del § 1° fijan plazos ó términos. Si no fuera porque el art. 186 señala el *plazo* en que debe deducirse la acción concedida por el art. 184, se juzgaría que "en los mismos términos", son los sesenta días puntualizados en el art. 183.

28. Si el marido muere antes de vencido el plazo que le conceden las leyes para impugnar en juicio la legitimidad del hijo, pueden impugnarla, por las mismas causales, todas las personas á quienes la pretensa legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual.

Si bien el derecho á impugnar la legitimidad del hijo es personalísimo del marido, la ley lo trasmite á los herederos, porque ese derecho es consecuencia necesaria del de suceder en todo cuanto el marido hubiere dejado.

Entre la acción del marido y la de los herederos hay, sin embargo, la diferencia de que la primera tiene principalmente un objeto moral : el de rechazar de la familia á un hijo que al marido no le pertenece; al paso que la acción de los herederos se funda en un interés pecuniario; pues ellos la deducen para privar al pretenso hijo legítimo de los bienes que, á tener él esta calidad, le hubieran pertenecido.

De ahí que la propia acción también se concede á las demás personas á quienes la pretensa legitimidad irrogare perjuicio actual, esto es, un perjuicio pecuniario proveniente de que los derechos que corresponderían á otra per-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sona se trasmitieran al hijo si éste fuese legítimo (13).
29. II. Cesa el derecho concedido á los herederos ú

(13) " Discútese el artículo 7 (a).
El Cónsul Cambacérès. " El derecho á una sucesión es una propiedad; no se puede denegar á los herederos del marido la facultad de reclamarla y de vencer los obstáculos que se les opongan, justificando el estado de los hijos. "
M. Boulay. " La comisión ha juzgado que el derecho de impugnar la legitimidad de los hijos debe ser exclusivo del marido, el único que puede saber á ciencia cierta lo concerniente á la paternidad. Luego, si él no desconoce al hijo en el plazo legal, síguese que acepta la paternidad; pero aun cuando tuviese la convicción de que el hijo no le pertenece, su silencio manifestaría que ha perdonado ó que ha convenido en adoptarle. ¿Por qué se opondrían los colaterales á su generosidad? "
El Cónsul Cambacérès. " No he querido hablar sólo de los colaterales, sino de todos los herederos cualesquiera que sean. Á los hijos cuyo estado se impugne se les permite alegar, como excepción, el silencio del marido; y la excepción podría admitirse cuando se pruebe que el marido no quiso ejercer el derecho de reclamar. ¿Por qué no pudieran los hijos legítimos rechazar de la familia á hijos extraños, sobre todo cuando esa acción no puede ejercerse sino en un breve plazo? "
M. Boulay. " Esos hijos deshonrarían á su propia familia ".
El Primer Cónsul. " Injusto fuera denegar á los herederos del marido ausente, ó que ha muerto antes del plazo en que según la ley podía reclamar, el derecho que el marido mismo estaba en imposibilidad de ejercer; pero es justo también no admitir la reclamación de los herederos, cuando se pruebe que el marido de cualquiera manera reconoció al hijo ".
M. Tronchet. " El proyecto del Código trasmitía la acción á los herederos. Los tribunales han reclamado contra esta disposición: unos desean excluir definitivamente la reclamación de los colaterales; otros, que los herederos no puedan reclamar sino durante el tiempo que falte para expirar el plazo que al marido se concede. Juzgo que el silencio del marido no surte efecto mientras no ha expirado el plazo de la reclamación, y que entonces la acción debe trasmitirse á los herederos. "
M. Réal. " La muerte del marido priva á la mujer de la confesión que él hubiera podido prestar. "
El primer Cónsul. " El artículo 2 (b), no es conforme á mi

(a) Si le mari est décédé sans avoir fait le désaveu, ses héritiers ne seront pas admis à contester la légitimité de l'enfant.
(b) L'enfant né le cent quatre-vingt-sixième jour du mariage n'est plus présumé l'enfant du mariage.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

otros interesados para impugnar la legitimidad del hijo, si el marido hubiere reconocido al hijo como suyo en testamento ó en instrumento público.

---

opinión, pues opino á favor de los hijos; pero admitiéndose que puede impugnarse el estado del hijo que nace seis meses después del matrimonio, la presunción, en este caso, es contra el hijo cuandoquiera que el marido, que sabe si él es el padre, no le ha reconocido... "

M. Réal. " Según este sistema, como la acción se transmite á los colaterales, el padre no puede perdonar ni reconocer tácitamente al hijo. "

M. Tronchet. " Habrá un plazo que, pasado, no se admitirá la reclamación del marido. Puede sorprenderle una enfermedad grave y conducirle á la tumba antes que ese plazo expire. Como estuvo en imposibilidad de reclamar y el plazo no expiraba, no se puede decir que el silencio envuelve reconocimiento del hijo. "

M. Boulay. " Por lo mismo que la impugnación es incierta, debe decidirse, en caso de duda, á favor del hijo. "

El Primer Cónsul. " Llamo la atención al punto discutido; no se trata de perdón, sino de una verdad de hecho : investigase si el marido es ó no es el padre del hijo; en una palabra, si hay paternidad natural. "

" Acéptase la proposición del Cónsul Cambacérès y la de M. Tronchet. " (Locré. VI. 47. 25.)

Cuando se discutió en el Tribunado el artículo 6 (c) del capítulo I, se hicieron las siguientes observaciones : " El desconocimiento á que el marido tiene derecho en el caso del artículo 2 (d) y del artículo 3 (e), no puede fundarse sino en acciones cuyo ejercicio debe corresponder sólo al marido, y se deduce que debe

(c) Si le mari est mort avant d'avoir réclamé, mais étant encore dans le délai de le faire, les héritiers pourront profiter du reste de ce délai, pour contester la légitimité de l'enfant.

(d) Le mari ne pourra désavouer l'enfant, soit en excipant d'adultère de la part de la femme, soit en alléguant son impuissance naturelle, à moins que la naissance de l'enfant ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père.

(e) L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, et qui a survécu dix jours à sa naissance, pourra être désavoué par le mari, excepté dans l'un ou l'autre des cas suivants : 1°. S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2°. S'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Esta regla es consecuencia necesaria del principio fundamental de que sólo al marido le corresponde la acción para impugnar la legitimidad del hijo.

Si él decide como árbitro supremo que el hijo tiene la calidad de legítimo; ninguna otra persona puede disputársela.

En cuanto á la prueba del reconocimiento, la ley no admite instrumentos privados, presunciones, testigos ni la confesión de los herederos ú otros interesados; exige que conste en el testamento del marido ó en otro instrumento público. En materia tan delicada y trascendental era menester no aceptar sino pruebas evidentísimas, que no originen dificultades ni litigios.

Art. 185. A peticion de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilejitimidad del hijo nacido después de espirados los trescientos dias subsiguientes a la disolucion del matrimonio.

Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de

---

limitarse á la aplicación del artículo 6 ó al caso previsto en el artículo 1º.

" Y en efecto, con referencia al artículo 2, se dice que si el marido muere sin haber deducido la acción de adulterio, aunque en el plazo útil, debía presumirse que hubiera dejado transcurrir el plazo íntegro sin gestionar, más bien que conceder ese derecho á los herederos tal vez contra la intención expresa del marido, cuyo silencio obedeció á razones decisivas y que sólo él conocia. " (Locré. VI. 172. 9.)

" Si el marido muere antes de deducir la acción, y dentro del término, tal acción es de aquellas que se trasmiten á los herederos. Se ha juzgado que con frecuencia los hijos cuya legitimidad puede impugnarse no se presentan á la familia sino después de la muerte del marido, que hubiera contado con todos los medios conducentes á rechazarle. Por otra parte, el marido que muere en el breve plazo en que según la ley puede reclamar, con frecuencia no está en posibilidad de atender sino á lo conducente á prolongar sus últimos días. Peligroso hubiera sido despojar á las familias injustamente, á no concederse acción contra el hijo que el marido hubiera podido desconocer. " (Bigot-Préameneu. Locré. VI.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tener acceso a la mujer desde ántes de la disolucion del matrimonio, se contarán los trescientos dias desde la fecha en que empezó esta imposibilidad.

Le dicho acerca de la disolucion, se aplica al caso de la separacion de los cónyujes por declaracion de nulidad del matrimonio (*).

REFERENCIAS.

Ilegitimidad del hijo. 35. 36.
Trescientos dias. 48. 76.
Disolucion del matrimonio. 123.
Todo el inciso 3°. 182. 183.
Todo el artículo 315. 316.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 208. A peticion de cualquiera persona que tenga interés en ello declarará el juez la ilejitimidad del hijo nacido despues de espirados los trescientos dias subsiguientes a la disolucion del matrimonio.

Si el marido estuvo en imposibilidad absoluta de tener acceso a la mujer desde ántes de la disolucion del matrimonio, se contarán los trescientos dias desde la fecha en que empezó esta imposibilidad absoluta (a).

(*) Savigny IV. § 181. — Locré. VI. 26. art. 3. — 38. S. — 146. art. 4. — 172. S. — 197. 13. — 243. 14. — 298. 17. — Dalloz. Paternité et Filiation. 9. 84-90. 94-96. 183. — Toullier. II. 828. Laurent. II. 150. 361. — III. 386. 387. 389. — Demolombe. V. 81-89. 96-99. — Delvincourt. I. p. 356. (3). — Zachariae (M. V.). I. § 161. — Zachariae (A. R.). VI. § 543. 545. 2°. 3° — Troplong. Donat. II. 606. — Duranton. III. 56-62. — Demante. II. 42-42 bis II. V. — Maynz. I. § 14. — Despagnet 271.

(a) A peticion de cualquiera persona que tenga interes actual en ello declarará el juez la ilejitimidad del hijo nacido despues de espirados los trescientos dias subsiguientes a la disolucion del matrimonio.

Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde ántes de la disolucion del matrimonio, se contarán los trescientos dias desde la fecha en que empezó esta imposibilidad.

Lo dicho acerca de la disolucion, se aplica al caso de la separacion de los conyujes por declaracion de nulidad del matrimonio. (Art. 210. del Proyecto Inedito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 180.

C. de N. 315. La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée.

315. La legitimidad del hijo que nace trescientos días, después de la disolución del matrimonio, podrá ser impugnada.

C. Arg. 243. El hijo nacido dentro de los trescientos días posteriores á la disolucion del matrimonio de la madre, se presume concebido durante el matrimonio de ella, aun cuando la madre ú otro que se diga su padre, lo reconozcan por hijo natural.

251. Declarado el fallecimiento presunto del marido ausente, si la mujer, durante la ausencia, tuviere algun hijo nacido después de los trescientos días, desde el primer día de la ausencia, los herederos presuntivos del marido pueden intentar contra el hijo una accion negativa de la paternidad, si la madre está en posesion provisoria ó definitiva de los bienes, ó para escluirla, si ella pretende obtenerlos.

P. de G. 103. El marido podrá desconocer al hijo nacido trescientos días despues que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separacion definitiva ó provisional prescrita en los arts. 81 y 91.

Sin embargo, la mujer podrá proponer todos los hechos conducentes para probar la paternidad de su marido.

C. C. 220.

C. P. 5. Al que ha muerto trescientos cinco días antes del nacimiento de un niño, no se le reputa su padre.

C. M. 293. El marido podrá desconocer al hijo nacido despues de trescientos dias contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación definitiva por divorcio, ó la provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo ó el tutor de éste pueden sostener en estos casos la legitimidad.

295. Las cuestiones relativas á la filiación y legitimidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona á quien perjudique la filiación ó la legitimidad del hijo.

C. de la L. 206. No se presume que es del marido el hijo que nace trescientos días después de la disolución del matrimonio.....

C. Esp. 108. Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la cele-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

bración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

111. El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido.

P. IV. XXIII. 4. Mas si la nascencia de la criatura tañe un dia del onzeno (mes) despues de la muerte del padre, non deue ser contado por su fijo.....

D. XXXVIII. XVII. 3. § 11. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.

§ II. El que nació diez meses después de la muerte del testador, no será admitido á la herencia legítima.

COMENTARIO

30. I. A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio.

Pudiera juzgarse que esta regla pugna con el artículo 76, según el cual se presume de derecho que entre la concepción y el nacimiento no pueden transcurrir más de trescientos días; porque si el hijo nace después de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio, *ipso iure* es ilegítimo, y, por lo mismo, de todo punto nugatoria la declaración judicial. Pero se hace otra concesión á la legitimidad del hijo y á la tranquilidad de las familias.

31. La historia fidedigna del artículo 315 del Código de Napoleón, muy semejante á nuestro artículo 185, nos conduce á interpretar rectamente el pensamiento del legislador.

El artículo 3°. cap. I, *De los hijos legítimos nacidos en*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

matrimonio, decía : " No se presume hijo del matrimonio el que nace doscientos ochenta y seis días después de la disolución del matrimonio ".

Discutido largamente este capítulo I, se presentó un nuevo proyecto ante el Consejo de Estado, y según el artículo 4° : " La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, puede impugnarse. "

Cuando el proyecto pasó al Tribunado, éste hizo las siguientes observaciones :

" Según la redacción del art. 4°, parece que si no se impugna la legitimidad del hijo nacido, por ejemplo, doce meses después de la disolución del matrimonio; se le reputará legítimo. No es esa la intención de la ley. Opinamos que el artículo debe redactarse en términos más precisos y más positivos, y que en vez de concederse el derecho de impugnar la legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, sea cual fuere el tiempo que haya transcurrido; es menester, añadiendo un día á ese plazo, fijar la época fatal de una excepción que no admita prueba en contrario.

" La comisión redactó el artículo como sigue : " La ley no reconoce la legitimidad del hijo, que nace trescientos un días después de la disolución del matrimonio. "

El Consejo de Estado no aceptó la redacción.

Y los discursos posteriores de Bigot-Préameneu (14), Lahary (15) y Duveyrier (16) evidencian que á pesar de la

---

(14) " El nacimiento tardío puede oponerse al hijo, si nace trescientos días después de la disolución del matrimonio.

" Pero la presunción que de ahí se deduce no será decisiva contra él sino cuando no se atenúe por otras circunstancias. " (Locré. VI. 197. 13.)

(15) " El art. 309 (315 del Código), relativo á los nacimientos tardíos, se ha redactado como sigue :

' La legitimidad del hijo que nace trescientos días después de la disolución del matrimonio, puede impugnarse. '

" El análisis de este artículo talvez hubiera sido más oportuno al tratarse del art. 306 (312 del Código); pero me ha parecido conveniente hacerlo ahora, bien para evitar repeticiones, bien, si puedo expresarme así, para que cada uno de los ar-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

regla inflexible que determina el máximum y el mínimum de la gestación, el hijo que nace después de los trescientos

---

ticulos participe de la discusión general del proyecto á que pertenece.

" Examinemos este artículo en dos aspectos :

" 1°. Renueva una de las disposiciones del art. 306 (312 del Código); y como el art. 308 (314 del Código) ha fijado en ciento ochenta el término del nacimiento precoz, éste fija en trescientos el término del nacimiento tardio.

" 2°. No declara de una manera absoluta que el hijo nacido después de los trescientos días será ilegítimo, sino que podrá ser declarado tal.

" Primeramente, la palabra *podrá*, que es facultativa, manifiesta el motivo de esta previsora disposición. Permite el artículo que se impugne la legitimidad del hijo, pero también declara que puede triunfar de todas las objeciones que no sean fundadas. Y en realidad hay casos que no lo serían. En segundo lugar, para conocer la sabiduría del legislador cuando fija el tiempo del nacimiento tardío, debe recordarse el antiguo estado de nuestra jurisprudencia sobre este punto, la versatilidad, la divergencia, la contradicción misma de las decisiones de los tribunales, y la absoluta necesidad de fijar reglas invariables que en lo sucesivo sirvan de guía.

" Esas dudas é incertidumbres no tenían otro origen que la obscuridad y la contradicción de las leyes romanas á este respecto, la diversidad de las opiniones de los jurisconsultos y la pugna entre las de los médicos, cuya ciencia, por profunda que se suponga, no llega á sorprender las operaciones de la naturaleza.

" En efecto, como lo ha dicho muy elocuentemente un antiguo filósofo, la fecundidad no siempre corresponde ni á nuestros deseos ni á nuestra esperanza : la naturaleza es libre, y no se esclaviza á las leyes humanas; bien acelera su curso, bien lo suspende ó retarda, burlándose de nuestra impaciencia. *Non respondet ad propositum, nec ad certam diem fecunditas; sui iuris rerum natura est, nec ad leges humanas componitur : modo properat, modo vota praecurrit, modo lenta est et demoratur.*

" Pero precisamente á causa del misterio en que la naturaleza se oculta, y de la incertidumbre ó de la indecisión que de ahí proviene, ha debido el legislador consultar el curso más ordinario y más regular.

" Ahora pues, los naturalistas, los filósofos, los legisladores antiguos, aun los médicos tan á menudo divididos en muchos puntos, se acuerdan en que el plazo más largo de la gestación de la mujer son diez meses.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

días subsiguientes á la disolución del matrimonio no es *ipso iure* ilegítimo.

El verdadero sistema del artículo consiste en que si el hijo nace trescientos un días y aun trescientos diez después de disuelto el matrimonio; si en la partida de nacimiento se expresa que es hijo legítimo, y si los padres (puede vivir el padre en caso de nulidad del matrimonio) le aceptan como hijo legítimo, lo es en realidad, á menos que cualquiera persona interesada solicite oportunamente que el juez declare la ilegitimidad.

Pero si el hijo nace un año ó más después de disuelto el matrimonio, y la madre, como es natural, no hace constar en la partida de nacimiento que el hijo es legítimo, ni tiene él la posesión notoria del propio estado; evidente que no fuera necesario seguir un juicio sobre una legitimidad que nadie pretende.

32. El artículo 185 del Código chileno es más claro que el artículo 315 del Código de Napoleón, pues da un precepto absoluto. Impugnada la legitimidad del hijo, basta probar que han transcurrido más de trescientos días desde la disolución del matrimonio hasta el nacimiento, para que el juez declare que el hijo es ilegítimo aplicando la

---

" Los romanos habían aceptado la XXXI disposición de la ley de las XII tablas, según la cual es legítimo el hijo que nace dentro de los diez meses subsiguientes á la muerte del marido.

" Esta decisión se halla sancionada también por la ley III, § II del Digesto *De suis legitimis heredibus*, en la cual decide Ulpiano que si el hijo nace después de los diez meses completos, no se le admite á la sucesión... " (Locré. VI. 243. 14.)

(16) " Los nacimientos tardíos no exigen nunca disposición condicional. Es claro que la legitimidad de un hijo puede ser impugnada si nace en el undécimo mes después de la disolución del matrimonio, ó, más bien dicho, á lo menos trescientos días después de la disolución, porque entonces no se puede suponer en el matrimonio su concepción, ni por consecuencia la presunción legal de su legitimidad.

" ¿Por qué no es de derecho ilegítimo, y contado entre los hijos naturales? Porque todo interés privado puede combatirse por otro interés contrario. La ley no es llamada á reformar lo que ignora; y si el estado del hijo no se impugna, queda al abrigo del silencio que nadie tiene interés en interrumpir. " (Duveyrier. Locré. VI. 298. 17.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

regla según la cual *se presume de derecho* que entre la concepción y el nacimiento no puede haber más de trescientos días.

La obscura redacción del artículo 315 del Código de Napoleón y el parecer de los que intervinieron en la formación del propio Código, han originado gravísimas dificultades en el foro francés; pues algunos jurisconsultos (17) opi-

---

(17) " Veamos la redacción del art. 315 : ' La legitimidad del hijo que nace trescientos días después de la disolución del matrimonio, puede impugnarse. '

" Si el nacimiento del hijo se efectúa cuando han transcurrido más de trescientos días desde la disolución del matrimonio, ¿cuál es su estado?

" Según los principios ya conocidos, á primera vista parece tal pregunta muy extraña. Sabemos, en efecto, que el tiempo más largo de la gestación es de trescientos días. Ahora bien, si el nacimiento se efectúa transcurridos más de trescientos días desde la disolución del matrimonio, no puede presumirse que durante el fue concebido el hijo; luego, por lo tardío del nacimiento, el hijo es *ipso iure* ilegítimo. ¿Donde poner el límite si él se traspasa? Á declararse legítimo el hijo nacido trescientos uno ó trescientos dos días después de disuelto el matrimonio, ¿cómo se procederá para declarar ilegítimo el hijo que nace uno ó dos años después de la muerte del marido? No habrá regla ni medida, y habrá de aceptarse lo imposible y lo absurdo. Pues nótese que es tanto menos razonable derogar la regla que fija en trescientos días el máximum de la gestación, cuanto la imposibilidad física nunca es más cierta que á disolverse el matrimonio por la muerte natural del marido.

" Por exacto que, en ciertos aspectos, sea este razonamiento, juzgamos que no puede aceptarse de una manera tan absoluta, tan radical. Los términos mismos de nuestro art. 315 se oponen, en efecto, á la ilegitimidad *ipso iure... : Su legitimidad...podrá impugnarse...* Luego, es preciso que ella lo sea, y que se expida una decisión judicial. Tan evidente es eso, que el Tribunado había propuesto se redactase el art. 315 en estos términos : ' La ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido trescientos un días después de la disolución del matrimonio.' Tal redacción, que establecía precisamente la ilegitimidad *ipso iure*, no fue aceptada, y la redacción muy diversa del artículo es en extremo significativa...

" Pero en fin, ¿cuál es el estado del hijo? ¿Debe sostenerse que es legítimo?

Veamos dos hipótesis: si el hijo nace más de trescientos días

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nan que á impugnarse la legitimidad por cualquier interesado y probarse que el hijo nació después de los tres-

---

después de la disolución del matrimonio; en la partida de nacimiento no consta que el marido es el padre, y ni pretende la legitimidad; nada más sencillo : la madre y el hijo se han juzgado á sí mismos. El hijo es entonces un hijo natural como cualquier otro : hijo de una viuda y no de una soltera; y esa hipótesis será siempre la que se presente en el caso de un nacimiento en extremo tardío. Lo cual obsta ya al argumento deducido de que la doctrina, que no acepta la ilegitimidad *ipso iure*, llegaría á la consecuencia absurda de que el hijo nacido dos ó diez años después de muerto el marido debiera tenerse por legítimo. La verdad es que esas pretensiones no se han presentado nunca, precisamente porque serían absurdas.

" Pero, si al contrario, la partida de nacimiento expresa que el hijo es del marido, si por lo menos de hecho se halla el hijo en posesión del estado de legítimo, ó si reclama las prerrogativas y derechos de tal; entonces sí que será necesario impugnar la legitimidad, y que el juez declare que ésta no le pertenece ¿Y cuándo se presenta esa hipótesis? Cuando el hijo ha nacido poco tiempo, talvez pocas horas, después de expirado el plazo legal; el día trescientos uno ó trescientos dos; y entonces nada más razonable que exigir se deduzca una acción contra el hijo para que se declare la ilegitimidad.

" Necesario, pues, que se deduzca una acción. ¿Pero cuál es el problema de resolver? ¿En qué consisten entonces las atribuciones de los jueces? ¿Pueden declarar que el hijo es legítimo, si circunstancias especiales manifiestan que la gestación ha podido durar más de trescientos días? ¿O, al contrario, sean cuales fueren las circunstancias, deben declarar que es ilegítimo el hijo, por el mero hecho de haber nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio? Como se ve, este es el célebre problema de *partu undecimestri*... Nos proponemos demostrar que el hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio debe en todo evento ser declarado ilegítimo cuando su legitimidad se impugna. Según el art 315 la legitimidad del hijo puede impugnarse... Sin duda lo puede, como el art. 312 declara que el marido puede desconocer el hijo si prueba, etc., etc. Ahora bien, si el marido desconoce el hijo probando que estuvo en imposibilidad física desde el día trescientos hasta el ciento ochenta antes del nacimiento, es evidente que el juez debe declarar la ilegitimidad. Así, Demante, según el cual el hijo puede afirmar, en el caso del art. 315, que la gestación ha durado más de trescientos días, debió, para ser consecuente en su doctrina, sostener que aun en el caso del art. 312 el hijo á quien el marido desconoce puede alegar

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio, el juez debe necesariamente declarar la ilegitimidad del hijo. Mas otros sostienen (18) que en virtud del artículo

---

que la gestación duró más de trescientos días. Pero entonces no tendríamos reglas, y nuestro Código, que precisamente ha querido evitar la incertidumbre de la antigua jurisprudencia, no habría correspondido á su objeto, y tal sería el caso del art. 315.

" La impugnación de la legitimidad es lo facultativo en el art. 315, así como lo es la acción para desconocerla en el art. 312; no es la resolución de los jueces en ninguno de los dos casos. Hé aquí explicado el cambio de la redacción primitiva; la cual declaraba que la ilegitimidad era de derecho, é independiente de la resolución de los tribunales... " (Demolombe. V. 82-85).

(18) " Si el término de trescientos días es el más largo de la gestación, parece que el hijo nacido después de ese término debe ser reputado *ipso iure* ilegítimo, y que no es suficiente expresar que su legitimidad se impugne. Puede darse en efecto por cierto que si el hijo nace después de trescientos días no tiene á su favor la presunción de paternidad del marido, y que no es necesario impugnarla en la forma y en los plazos antes prescritos. Pero como puede estar de hecho en posesión del estado de hijo legítimo, será necesario entonces, para privarle de él, que los interesados susciten controversia. Pero en esta controversia los actores no deberían probar sino el hecho mismo del nacimiento tardío. El problema consiste en saber si, probado el hecho, el hijo podrá defender su legitimidad, pretendiendo que la gestación ha durado más de trescientos días. Sobre este punto se enseña generalmente la negativa; fúndase tal doctrina en el art. 312, que considerando el término de trescientos días como el más largo posible, permite sin otro requisito la impugnación cuando la imposibilidad física se retrotrae á un término mayor.

" Añádese que el término de trescientos días puede ocasionar fraudes, y que la ciencia moderna considera una gestación tan larga como imposible. En todo evento, se dice, era necesaria una regla fija para la seguridad de las familias, y el legislador ha debido establecer esa regla aun á peligro de cometer injusticia en un caso especial, que por cierto será en extremo raro, y nunca bien demostrado.

" Pero es preciso convenir en que la redacción del art. 315, si no es seguramente inconciliable con esta solución rigorosa, está muy lejos de exigirla. En cuanto á los argumentos en que la fundan, debemos decir, sin desconocer la importancia, que no nos parecen sin réplica. Trataremos de combatirlos; pero

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

315 el juez, apreciando las circunstancias, pudiera declarar que el hijo es legítimo.

33. II. Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad.

Clarísima es la regla, consecuencia necesaria de la ya establecida : la gestación no dura en ningún caso más de trescientos días. El marido se ausentó á lugares remotos, donde le sobrevino la muerte. Evidente que los trescientos días se cuentan desde aquel en que principió la ausencia.

34. III. Estas reglas se aplican al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio.

Ni mencionáramos esta regla, si no presentara graves dificultades.

La nulidad del matrimonio, prescindiendo de los efectos civiles á ser él putativo, es idéntica á la disolución por causa de muerte.

Pero en cuanto al derecho mismo de impugnar la legitimidad, debían distinguirse dos casos :

1° El nacimiento del hijo se efectúa después de los trescientos días subsiguientes á la declaración de nulidad del matrimonio :

---

principiemos por manifestar que siempre es temerario poner límites á las aberraciones de la naturaleza en vista de los fenómenos inexplicables que se presentan tan frecuentemente. Sin optar, pues, entre la ciencia antigua, según la cual era posible que la gestación durase hasta el mes undécimo, y la ciencia moderna, que lo niega, confieso que el plazo legal de trescientos días rara vez se completa; y en este aspecto me parece que la ley, determinándolo, abre anchas puertas al fraude. Así, muy lejos estoy de exigir más amplitud para la presunción de paternidad. Pero desearía que el examen de los hechos, por extraordinarios que parezcan, fuese siempre permitido á los jueces, en cuya prudencia confío, y á quienes no debe condenarse á cometer contra su convicción una clamorosa injusticia. Tal fué, además, el pensamiento del orador del gobierno, que admitiendo contra el hijo cuyo nacimiento es tardío la presunción de ilegitimidad, añade que esa presunción no será decisiva sino cuando no se atenúe por otras circunstancias ". (Demante. II. 42 bis. I.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

2º El nacimiento se efectúa después de los trescientos días contados desde aquel en que principió la imposibilidad física de que el marido tuviese acceso á la mujer; pero dentro de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio.

En el primer caso, es evidentísimo que cualquiera persona que tenga interés actual en ello, puede pedir que se declare la ilegitimidad del hijo.

En el segundo, si la ley fuese consecuente no habría concedido sino al marido ó á sus herederos el derecho de impugnar la legitimidad del hijo; porque sólo el marido, aun á pesar de la aparente imposibilidad física, pudo saber si él es el padre del hijo.

Ya hemos visto que conforme al artículo 182 nadie puede impugnar la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo; ¿y por qué se concede á cualquiera el derecho de impugnar la legitimidad del hijo concebido en matrimonio putativo que ha surtido efectos civiles?

Cuando el matrimonio no ha surtido tales efectos, no hay necesidad de ninguna declaración judicial, porque *ipso iure* los hijos son ilegítimos; pero si el matrimonio ha conferido al hijo la legitimidad, ¿por qué, lo repetimos, contraviniéndose al sistema protector de la moral y de la honra de las familias, se concede á cualquiera el derecho de pedir que se declare ilegítimo al hijo?

Si bien el artículo es absolutamente absurdo, porque se contraviene á la regla fundamental establecida en el artículo 182, su tenor y espíritu son clarísimos, y, siéndolo, el juez tiene de aplicarlo.

Pero tal inciso, no comprendido en el Proyecto de Dn. Andrés Bello, es una de las disposiciones cuya reforma exigen la moral, la utilidad y la ciencia.

35. El artículo 185 puede originar una gravísima dificultad, que ya se ha presentado ante los tribunales franceses.

Después de los ciento ochenta días subsiguientes á la muerte del marido, la mujer da á luz un hijo; exprésase en la partida de nacimiento que es hijo natural de la mujer y de un individuo que también firma la partida; poco tiempo después se casan la mujer y aquel hombre, y legitiman al hijo que habían reconocido como natural.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

¿Deberá aplicarse la regla prescrita en los artículos 180 y 185, según la cual el hijo que nace en los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio es hijo legítimo, á menos que se impugne su legitimidad por alguna de las causales puntualizadas en los artículos 180 y 181, ó prevalece sobre esta regla el reconocimiento de hijo natural y la legitimación por subsiguiente matrimonio?

Discutida la controversia ante el Tribunal de París, éste declaró que no tenía excepción la regla de que es *ipso iure* legítimo el hijo que nace antes de expirar los trescientos días subsiguientes al matrimonio. Mas la Corte de Casación anuló la sentencia del Tribunal de París, fundándose en que habiendo nacido el hijo doscientos ochenta y seis días después de la disolución del matrimonio, y efectuádose así el reconocimiento de hijo natural como la legitimación, los tribunales podían apreciar los hechos de donde se deduzca el actual estado civil del hijo, y que en el caso propuesto, había más probabilidades de que el hijo perteneciese al padre que le había reconocido como natural.

Demolombe (19) y Laurent (20) opinan que es fundado

---

(19) " La presunción legal que atribuye al marido difunto la paternidad del hijo que nace en los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio, puedo ceder, según la opinión de muchos, á otra presunción que atribuye al hijo otra filiación legítima. Ahora bien, el reconocimiento de un hijo natural origina también una presunción de paternidad y de filiación, una presunción menos grave, á no dudarlo, que la que establece la filiación legítima; pero en fin el reconocimiento es en verdad una prueba legal de filiación; luego en esta hipótesis hay dos presunciones contradictorias; dos títulos que pueden ser verdaderos; dos filiaciones reconocidas por la ley, entre las cuales debe elegirse.

" Supuestos tales antecedentes, ¿será lógico y razonable prescindir siempre de ese reconocimiento que también confiere al hijo una filiación que la ley misma reconoce? Evidentemente no. Por ejemplo, una viuda da á luz un hijo doscientos noventa y nueve días después de la muerte del marido; y éste mucho tiempo antes de la muerte estaba valetudinario ó ausente. Evidentísimo á todos que este hijo no es del marido; y se pretendería, empero, declararle legítimo, cuando tiene otra filiación más conforme á los hechos y reconocida por la ley. Pero veamos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

lo que también puede suceder. Los herederos del marido impugnan la legitimidad del hijo. ¿Cuál es la consecuencia? Que para evitar que el hijo sea natural, se le convierte en adulterino, refiriendo la concepción al tiempo del matrimonio, aunque los hechos son evidentes. Pero se alega que según los arts. 312 y 315 el máximum de la gestación puede ser de trescientos días; y como el hijo ha nacido en los trescientos días de la disolución del matrimonio, presúmese que pertenece al marido y que la concepción se efectuó durante el matrimonio. Si, el máximum puede ser de trescientos días; pero la ley no dice, en verdad, ni podía decir razonablemente, que ese sea el término normal, el término ordinario; la ley ha señalado dos límites: uno para la duración más corta, el otro para la más larga; y legalmente la concepción es posible en todo el espacio intermedio. Ahora bien, habiendo nacido el hijo doscientos ochenta días ó aun doscientos nóventa y nueve después de la disolución del matrimonio, pudo, según la misma presunción legal, ser concebido después de la disolución; luego, el reconocimiento, que le atribuye una filiación natural, no pugna con esa presunción.

" Y hé aquí lo que diferencia la hipótesis del art. 312 de la del art. 315. En el caso previsto por el art. 312, es evidente que el hijo fue concebido durante el matrimonio. ¿Es hijo del marido ó de un extraño, esto es, legítimo ó adulterino? Tal es el problema; y no hay entonces dos filiaciones igualmente posibles, dos filiaciones legales. En el caso previsto por el art. 315, al contrario, el problema consiste en si el hijo fue concebido durante el matrimonio; eso es incierto, y la ley no lo decide sino por una mera presunción de la cual se sigue la paternidad del marido.

" Pero entonces, se dirá, el hijo que nace en los trescientos días de la disolución del matrimonio, ¿puede ser impugnado como ilegítimo por los herederos del marido por otras causas que las determinadas por la ley? No es esa la consecuencia de la doctrina que proponemos; la presunción de legitimidad, que resulta implícitamente para el hijo del art. 315, surte dos efectos:

1º Que los herederos del marido no pueden conferirle el estado de hijo adulterino, sosteniendo que fué concebido antes de la disolución del matrimonio y que el padre no es el marido, á menos que aleguen una de las causas legales de impugnación; y

2º Que tampoco pueden conferirle el estado de hijo natural, *sine patre..... spurius*, sosteniéndose pura y simplemente que fue concebido por la viuda después de la muerte del marido; porque esta pretensión conduciría á privar al hijo de la legitimidad que la presunción le confiere, y no le atribuiría otro estado que otra presunción legal también le confiere. En ese sentido el art. 315 se conexiona con el art. 312.

" Pero si, al contrario, los interesados no se limitan á denegar

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

la legitimidad del hijo; si á ella se sustituye otra filiación igualmente reconocida por la ley, no obsta á ello el art. 315; la presunción legal que de él se deduce no es lo que directamente se impugna; alégase otro estado, otra filiación, que una presunción distinta, también legal, attribuye al propio hijo. " (V. 97.)

(20) " Se ha presentado una grave dificultad en un caso célebre, resuelta por sentencias varias. Nace un hijo doscientos ochenta y tres días después de la muerte del marido de la madre. Reconócenle como hijo natural el padre y la madre. Después se le legitima por el matrimonio de los padres. ¿Cuál es la filiación de ese hijo? La Corte de París decidió que el hijo pertenecia al marido difunto en virtud de una presunción legal : concebido durante el matrimonio, el marido es el padre, y esa presunción no cesa sino por la impugnación; el reconocimiento y la legitimación no extinguen esa presunción ni privan al hijo de un estado que la ley le confiere. Tal parecer no fué el de la Corte de Casación, que anuló la sentencia de la Corte de París. El hijo reconocido y legitimado habia muerto en posesión del estado de hijo legítimo del segundo marido de la madre. El reconocimiento y la legitimación le confieren estado, que no puede perder por la presunción del art. 315, que atribuye el hijo al primer marido; porque esa presunción se establece para proteger al hijo que nace en los trescientos días, y que está en posesión del estado de hijo legítimo del padre difunto. No pudiera, pues, alegarse esta presunción contra el hijo que se halla en el goce de otro estado, porque se le privaria de él en virtud de una presunción que no es aplicable al caso, y que, por lo mismo, puede perjudicar al hijo. La Corte de Orleáns, á la cual se envió la causa, falló en el mismo sentido.

" Los autores están discordes. Unos aceptan la doctrina de la Corte de París; otros, la de la Corte de Casación. Hay un punto que nos parece cierto, y consiste en que el hijo de que se trata tiene dos filiaciones. La Corte de París aplica, no el art. 315, sino el art. 312: el hijo que nace en los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio es concebido en él; luego tiene por padre al marido, salvo la impugnación. A eso nada puede objetarse. ¿Pero no tiene el hijo otra filiación? Reconocido y legitimado, pertenece al padre que le ha reconocido y legitimado. ¿ Se dirá que ese reconocimiento es nulo porque lo es de un hijo adulterino ? No; se aplicaria erróneamente la presunción que determina la duración de la preñez; presunción ajena á los hijos naturales. En el caso propuesto, la concepción del hijo reconocido pudo ser posterior á la disolución del matrimonio; si sus padres hubieran estado casados cuando el reconocimiento, el hijo hubiera podido alegar el art. 314, se hubiera presumido la concepción en el segundo matrimonio, y por lo mismo seria legítimo. La concepción no era, pues, adulterina; no lo seria sino en caso de que pudiese perjudicar al hijo el término más largo de la gestación; ¿pero no es evidente que una

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

el fallo de la Corte de Casación; Dalloz, (21) que el Tribunal de París aplicó la ley rectamente.

---

presunción establecida para asegurar la legitimidad del hijo no puede alegarse para declararle adulterino? El reconocimiento es válido, y por consecuencia la legitimación. Luego, el hijo tiene doble filiación." (III. 389.)

(21) Si el hijo nace entre los doscientos setenta y trescientos días subsiguientes á la muerte del marido, esto es, en una época en que, según el curso de la naturaleza, debe suponerse verosímilmente que fué concebido después de la muerte, fuese reconocido por otro hombre, con beneplácito de la madre, como su hijo natural; ese reconocimiento ¿no debe formar excepción á la regla general establecida en el art. 315? ¿Sobre todo no habrá la excepción si algunos años después, el reconocimiento se transforma en legitimación á causa del matrimonio de los padres? Protegido el hijo por una nueva legitimidad, ¿se le excluirá de la primera familia á que pertenció por su nacimiento en los trescientos días? Estas controversias, largamente discutidas en un proceso célebre, no se han resuelto de una manera uniforme por los tribunales que en ellas han conocido. Así, la Corte de París resolvió que el hijo nacido doscientos ochenta y nueve días después de la disolución del primer matrimonio se reputa legalmente concebido en ese matrimonio, y que, por consecuencia necesaria, tiene por padre al marido, aunque al propio hijo se le hubiera reconocido por otro que, algunos años después, contrajo matrimonio con la madre, y no obstante todas las circunstancias que conducían á demostrar que el hijo lo era realmente del segundo marido; que el reconocimiento, en ese caso, es nulo, pues atribuiría la calidad de adulterino á un hijo que, según la presunción legal del art. 312 del Código de Napoleón, deberemos reputarle nacido en legítimo matrimonio. Pero en virtud del recurso de nulidad se resolvió que el hijo nacido entre los doscientos setenta y los trescientos días después de la muerte del marido y reconocido como hijo natural con voluntad de la madre, por otro individuo que después le legitimó por su matrimonio con ella; debe ser reputado hijo legítimo de este último y no del primer marido; y que los herederos del segundo marido impugnaron erróneamente la legitimidad de ese hijo para privarle de la sucesión del mismo; que el art. 315 del Código de Napoleón, que confiere al hijo, hasta la impugnación, el estado de que goza, trata de favorecerle, y no puede alegarse para conferirle otra legitimidad que la destinada á protegerle.

"Opinamos que la Corte de París interpretó más fielmente que la Corte de Casación y que la Corte de Orleáns el pensamiento del legislador. Ante todo, si atendemos al reconoci-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si en asuntos resueltos por autoridades cuyo voto es tan competente, nos fuese permitido dar nuestro parecer, sin vacilar opinaríamos que aplicándose los artículos 76, 180 y 185 del Código chileno, se declararía que el hijo nació *ipso iure* legítimo, y que actos posteriores de la madre y del pretenso padre que le reconoció como hijo natural, no pudieron alterar en manera alguna el estado civil del hijo legítimo.

El artículo 76 del Código chileno fija una regla que obvia todas las dificultades concernientes á la duración de la preñez; la cual en ningún caso puede pasar de trescientos días.

El artículo 180 fija otras dos reglas absolutas, fundadas en la que acabamos de copiar y en la naturaleza misma del matrimonio :

1ª. El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él; y

2ª. Ese mismo hijo tiene por padre al marido.

¿Hasta cuándo subsisten esas dos reglas? Hasta los trescientos días subsiguientes á la disolución del matri-

---

miento en sí mismo, prescindiendo del matrimonio ulterior, que pudo ó no efectuarse, diremos que ese reconocimiento, aun de acuerdo con la madre, no pudo surtir el efecto de privar al hijo de la legitimidad que el art. 315 le confiere. La legitimidad no puede alterarse por la voluntad de los particulares y depender de los intereses que surjan de la cuna misma del niño. Los actos de que hemos hablado son, á no dudarlo, de grande importancia; facilitarán la prueba de la imposibilidad física ó aun moral de la cohabitación del marido; pero no pueden surtir el efecto de derogar las reglas de cuya interpretación tratamos.

" En cuanto á la legitimación, parece que se presenta en aspecto más favorable que el reconocimiento puro y simple, pues conduce, no á privar al hijo de su legitimidad para comprenderle en la clase de los hijos naturales, sino á sustituir una legitimidad á otra; pero la doctrina de la irrevocabilidad del estado del hijo en el momento en que vió la luz, y el principio según el cual se presume legalmente hijo del difunto, á menos que lo contrario se declare mediante la impugnación; esta regla, decimos, nos parece que interpreta fielmente el pensamiento del legislador. " (Paternité et Filiation, 94.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

monio; porque según el artículo 185 no puede declararse ilegítimo sino al hijo que nace después de los trescientos días.

Las únicas excepciones á estas reglas fundamentales son las determinadas en los artículos 180 y 181, esto es, la imposibilidad física de la cohabitación mientras la concepción pudo efectuarse y así el adulterio de la mujer en la misma época como la imposibilidad moral de que el marido sea el padre.

Cuando no se justifica alguno de los hechos puntualizados en los artículos que acabamos de citar, el hijo es *ipso iure* legítimo. ¿Quién le disputaría la calidad de legítimo, si habiendo nacido doscientos noventa días después de la disolución del matrimonio, se expresase en la partida de nacimiento que es hijo de la madre? Nada significara en este caso que en la partida se determine ó no el nombre del marido muerto; porque tal partida no justifica sino le maternidad, y, probada ésta así como el matrimonio, por el ministerio de la ley se determina el padre.

Ahora bien, el estado civil, una vez adquirido, ¿puede alterarse en virtud de hechos posteriores de la madre? ¿No es verdad que la ley establece las sobredichas reglas fundamentales para evitar todos los litigios que atañen á la legitimidad de los hijos, comprometiéndose la honra, la moral y el decoro de las familias?·No pudieron los pretensos padres naturales reconocer al hijo, sino arrancándole la calidad de legítimo concedida por el ministerio de la ley; pues sólo los hijos ilegítimos pueden ser reconocidos como naturales; y el matrimonio posterior, conducente á la legitimación, tampoco altera de modo alguno la legitimidad que la ley atribuye al hijo que nace dentro de los trescientos días subsiguientes al matrimonio.

Demolombe opina que en ese caso pudiera haber duda sobre la legitimidad del hijo, ó sobre su estado de hijo natural legitimado por matrimonio posterior á la concepción; y que por eso al hijo le corresponde el derecho de elegir cualquiera de los dos estados. Pero tal argumento se funda en una premisa manifiestamente falsa, á saber, *hay duda sobre la legitimidad del hijo;* pues, lejos de haberla, esa legitimidad no es ni disputable tan luego

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

como expira el plazo dentro del cual los herederos del marido pueden impugnarla.

Art. 186. Los herederos i demás personas actualmente interesadas tendrán, para provocar el juicio de ilejitimidad, sesenta dias de plazo, desde aquel en que supieron la muerte del padre, en el caso del artículo 184, o en que supieron el nacimiento del hijo, en el caso del artículo 185.

Si los interesados hubieren entrado en posesion efectiva de los bienes sin contradiccion del pretendido hijo lejítimo, podrán oponerle la escepcion de ilejitimidad en cualquier tiempo que él o sus herederos les disputaren sus derechos.

Si el marido hubiere desaparecido, el primero de los plazos señalados en este artículo se contará desde el primer decreto de posesion concedida a sus herederos presuntivos (*).

REFERENCIAS.

Herederos. 951. 954. 1097.
Sesenta dias de plazo. 48, 50.
Posesión efectiva. 688.
Si el marido hubiere desaparecido. 80.
El primer decreto de posesión. 81. n. 6°. 7°. 82
Herederos presuntivos. 85.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 211. Los herederos i demas personas interesadas tendrán para provocar el juicio de ilejitimidad sesenta dias de plazo, desde aquél en que tuvieron conocimiento de la muerte del padre, ó desde aquél en que el pretendido hijo lejítimo les disputare sus derechos.

(*) Locré. VI. 70. 3-74. 8-10.— 156. art. 6. — 158. 10. — 172.9. — 197. 15.— 247. 16. — Dalloz. III. 116. 117. 141-150. 153. 154. (Paternité et Filiation. — Laurent. II. 200-218. — III. 439. 440-448. 450. — Demolombe. V. 145-151. 159-162. — Zachariae (M. V.). I. § 161. — Zachariae. (A. R.). VI. § 545. 545 bis. — Demante. II. 43 bis. X. XII. XIII. — Huc. III. 23. 24. — Despagnet. 271.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si el padre hubiere desaparecido, se contarán los sesenta días desde aquél en que se dicte por el juez la posesion provisoria de sus bienes (a).

C. E. 181.

C. de N. 317. (Véanse las *Concordancias* del artículo 184).

C. Arg. 251. (Véanse las *Concordancias* del artículo 185).

258. (Véanse las *Concordancias* del artículo 184).

4043. Se prescribe igualmente por dos meses, la accion de los herederos del marido para reclamar contra la legitimidad del hijo, cuando el marido hubiese muerto sin hacerlo en el tiempo que dispone el artículo anterior.

P. de G. 106. (Véanse las *Concordancias* del artículo 184).

C. M. 299. Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando él no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil para hacerla, los herederos tendrán para proponer la demanda, sesenta días desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del marido, ó desde que los herederos se vean turbados por él en la posesión de la herencia.

C. de la L. 211. (El 317 del Código de Napoleón).

C. Esp. 112. Los herederos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1° Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

2° Si muriere después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella.

3° Si el hijo nació después de la muerte del marido.

C. A. 159. Si el marido muere en el plazo que se le concede, sus herederos, á quienes sobrevendría perjuicio, tendrán tres meses desde el día de su muerte para impugnar la legitimidad.

(a) Los herederos i demas personas actualmente interesadas tendrán, para provocar el juicio de ilejitimidad, sesenta dias de plazo, desde aquél en que supieron la muerte del padre, en el caso del artículo 209, o en que supieron el nacimiento del hijo, en el caso del artículo 210... (Art. 211 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

35. I. Los herederos y demás personas actualmente interesadas podrán proponer la demanda sobre ilegitimidad dentro de sesenta días, contados desde aquel en que supieron la muerte del padre, cuando ella se hubiere verificado antes de expirar el plazo en que pudo impugnar la legitimidad, ó en que supieron el nacimiento del hijo, á efectuarse el nacimiento después de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio.

Ya hemos visto (art. 184) que entre los derechos inherentes á la herencia, se transmite el de impugnar la legitimidad del hijo (22) que, á ser legítimo, fuera, según los

---

(22) Discútese el artículo 6 (a).

M. Tronchet. « Cuando la muerte del padre pueden no quedar sino pocos días del plazo que se le había concedido; puede suceder que el heredero no conozca al instante su muerte; luego el derecho que al heredero se concede sería algunas veces ilusorio, si el plazo no corriese desde el día en que el heredero ha conocido la muerte del padre. Ese instante se probaría por haber comparecido á la formación del inventario. "

El Cónsul Cambacérès. " En general los plazos concedidos por el proyecto son demasiado cortos; conviene sin duda no dejar el estado de los hijos mucho tiempo incierto; pero también es justo conceder á las partes interesadas en disputarlo el tiempo de preparar las pruebas y deducir las reclamaciones ».

M. Boulay. " Conviene se conceda al heredero un nuevo plazo igual al que tuvo el padre. "

M. Berlier. " Me opongo á esta reforma. El artículo es ya muy liberal hacia los herederos. Todos los tribunales que estudiaron el artículo exigían que fuese rechazado, fundándose en que la reclamación era una acción personal intransmisible, cuando la voluntad del difunto no se había manifestado.

" Esta opinion era, á no dudarlo, muy fundada; porque el derecho es entonces inseparable del hecho. Ahora bien, ¿quién sino el marido, fuera del caso de imposibilidad física, puede reclamar contra la paternidad?

" Si bien acepto la voluntad de la mayoría, y no reclamo ya

(a) Si le mari est mort avant d'avoir réclamé, mais étant encore dans le délai de le faire, les héritiers pourront profiter du reste de ce délai, pour contester la légitimité de l'enfant.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

casos, el único heredero del marido ó concurriría con los demás herederos, y que por personas actualmente intere-

---

contra su resolución, me opongo á que el plazo se extienda.

" En vano se objeta que si el marido muere cuando faltan veinticuatro horas para que el plazo expire, sería casi siempre imposible que el heredero ejerciera el derecho que se le concede; pero si el marido no ha reclamado hasta entonces, ¿no es mil veces probable que no quería reclamar? En todo caso el favor á la presunción de la legitimidad no permite que la condición del hijo sea peor que cuando vivía el marido, y se conceda nuevo plazo en beneficio de los herederos. "

El Cónsul Cambacérès. " En vano se leería de nuevo el proyecto, si no fuera posible mejorarlo. El artículo 5 prevé el caso en que el nacimiento del hijo se ha ocultado al padre. En esta hipótesis nada favorece al hijo, y sin embargo el padre no tiene sino un mes para reclamar después que el fraude le es conocido. Este plazo es muy corto, y apenas si el padre tiene tiempo para decidirse.

" Supongamos que mientras delibere transcurre la mayor parte del plazo, y que muere antes de haber deducido la acción; ¿sería justo que el heredero, que tal vez ignora la existencia del hijo, no tenga sino algunos días para proponer la reclamación? Valdría más denegarle esa facultad que convertirla en ilusoria. "

M. Boulay. " Propongo conceder dos meses al padre desde el descubrimiento del fraude, y, en todo caso, un mes al heredero. "

M. Tronchet. " La objeción del Cónsul Cambacérès es tanto más fundada, cuanto la mayor parte de los hijos de que se trata no aparecen sino después de la muerte del padre. "

M. Berlier. " Esta objeción es ajena al caso discutido. En efecto, si se trata de un hijo cuyo nacimiento se ha ocultado al marido hasta los últimos instantes de su vida, el art. 5 dispone en este caso que el plazo para reclamar no comience sino desde el descubrimiento del fraude; y como este plazo, en la hipótesis propuesta, todavía ni comenzaba, queda, aceptado el principio, íntegro para los herederos.

" La dificultad consiste sólo en el caso en que el término ha corrido en parte contra el marido *que conocía el nacimiento del hijo :* el artículo que se discute supone muy claramente que principió el plazo cuando vivía el marido; pues resuelve cómo ha de transcurrir lo demás.

" Esto asentado, juzgo que no se me ha respondido ".

" El Cónsul Cambacérès. " Procedo sobre el supuesto de que el padre conoce la existencia del hijo. Entonces el plazo que se conceda á él ó á sus herederos debe ser útil. "

" M. Real. " El heredero no tiene más derecho á quejarse cuando

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sadas se entiende todas aquellas á quienes se privaría de un derecho si el hijo tuviese el estado de hijo legítimo.

La determinación de los plazos ne presenta ninguna dificultad; los sesenta días contados desde la muerte del padre ó desde el nacimiento del hijo.

La ley no establece presunción alguna en cuanto al hecho de saberse la muerte del padre ó el nacimiento del hijo; y al juez le corresponde apreciar las circunstancias varias de cada caso.

Si los herederos estuvieren presentes cuando la muerte del padre, y, deducida la acción después de los sesenta días, alegan que no la supieron, á ellos les correspondería justificar su ignorancia.

De la misma manera, si se hallaren presentes cuando el nacimiento del hijo, muy natural suponer que lo supieron tan luego como se hubo efectuado. Pero si hubiere ocultación del parto, los sesenta días no se contarán sino desde que cesó la ocultación; y al curador del hijo le correspondería probar en qué fecha conocieron el nacimiento los herederos ú otros interesados.

36. II. Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretenso hijo

---

la sucesión no se abre sino algunos días antes que expire el plazo, que cuando ella se abre veinticuatro horas después que ha expirado. "

"El Cónsul Cambacérès. " El proyecto de ley también me parece injusto. La verdadera regla consiste en que cuando se conoce el hecho, es necesario tiempo suficiente para reunir las pruebas. Hay otro inconveniente á no conceder al heredero sino el resto del plazo concedido al padre; pues sería posible que, por una información fraudulenta, el hijo consiguiese probar que su nacimiento fué conocido del padre en una época calculada de manera que el plazo hubiera podido expirar hacia mucho tiempo. En general, no hay plazo contra el dolo. Se pretende ver siempre herederos colaterales, cuyos intereses son menos favorables. Y sin embargo la ley mira también por los intereses del hijo legítimo. "

M. Maleville. " Los redactores del proyecto del Código civil habían concedido el plazo de seis meses, y el Tribunal de apelación de París conceptuó que era demasiado corto. "

" El consejo resuelve que el plazo establecido por el proyecto se fijará en un tiempo más largo. " (Locré, VI. 149. 5. 6.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

legítimo, podrán oponerle la excepción de ilegitimidad en cualquiera tiempo que él ó sus herederos le disputaren sus derechos.

No puede ser más conveniente esta regla; la cual evita litigios escandalosos que fuera necesario seguir si en todo caso los herederos ú otros interesados tuvieran que impugnar la legitimidad del hijo dentro del breve término que la ley señala (23).

---

(23) " Discútese el artículo 6 (b).

" M. Berlier. " No trato de la disposición según la cual se trasmite á los herederos la acción de desconocer concedida al marido, y les da un nuevo plazo para ejercerla; pero no comprendo cómo se pondrá en práctica la última parte del artículo relativa á la notificación, por cuanto el hijo que se halla en posesión de su estado no hará notificar á los herederos del padre que se propone gozar de tal estado: esa posesión es al contrario legítima. En cuanto al hijo que no se halla en posesión de su estado y cuyo nacimiento se ha ocultado, bastará declarar que el plazo no corre sino desde el descubrimiento del fraude, si todas las disposiciones del art. 5 no manifiestan que esa explicación es nugatoria. "

" M. Boulay. " No puede haber controversia sino en caso que el hijo reclame un estado de que no gozaba. "

" M. Regnaud (De Saint-Jean-d'Angely). " Conviene distinguir dos casos: si en la partida de nacimiento del hijo consta que lo es del marido, y si el nacimiento se ha ocultado. La observación de M. Berlier no se refiere sino á este último caso ".

" El Cónsul Cambacérès. " Se presenta, á no dudarlo, una excepción contra el heredero cuando el hijo se hallaba en posesión de su estado, y ha participado de la sucesión; pero no es lo mismo cuando su nacimiento permanece oculto: entonces el hijo que se presenta para heredar es el actor. Los herederos, al contrario, no son sino demandados á quienes la ley no puede obligar á investigaciones sobre los hijos que existen; pues los que pretenden la calidad de hijos deben notificar sus pretensiones. "

" M. Tronchet. " No puedo aceptar las disposiciones del artículo. Los herederos deben siempre ser rechazados cuando la partida de nacimiento expresa que el hijo es del marido, y si éste no

(b) Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant à compter de l'époque où sa prétention leur sera notifiée.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Muchas veces la ilegitimidad es tan manifiesta, que ni el hijo mismo ni la madre pretende que él tiene derecho á

---

ha reclamado. No se puede conceder acción á los herederos, á falta de reclamación del marido, sino cuando el hijo no se halla en posesión de su estado, y entonces es conveniente limitar esa acción dentro de un plazo. Los herederos, en esta hipótesis, que es la más ordinaria, no pueden nunca ser rechazados, porque no son sino reos, y el hijo es quien los demanda. Sólo contra él es posible admitir la excepción. "

" M. Regnaud (De Saint-Jean d'Angely). " La obligación de notificar, impuesta al hijo, acarrearía injusticias. Por ejemplo, pare una mujer durante la ausencia del marido, y en la partida de nacimiento consta que el hijo es legítimo : muere el marido ausente, dentro del plazo en que podía reclamar. El hijo permanece en posesión de su estado; y sería posible que después de veinte años viniesen los herederos á disputársela, porque no les había hecho notificar la pretensión. Le combatirían con muchas ventajas, porque en una época tan remota podrían reunir contra él muchas probabilidades. "

" El Cónsul Cambacérès. " También es justo obligar á la restitución á un hombre que goza, sin derecho, hace veintinueve años bienes que no le pertenecen. M. Regnaud (De Saint-Jean-d'Angely) no responde á la objeción, por cuanto supone que siempre los herederos son actores, al paso que, á la verdad, se limitan á defenderse contra un individuo que pretende introducirse en la familia. Ahora bien, sería injusto declararlos sin derecho después de un corto plazo, que expira aun antes que la acción se hubiese deducido. Lo cual pondría á las familias á discreción de los intrigantes. "

" M. Berenger. " Parece que no debe sujetarse á requisitos á los herederos en posesión, para conservar sus derechos contra el que se pretendiera hijo del marido; así como no debe haberlos para el hijo que está en posesión de su estado, y que trata de conservar su derecho contra los herederos. El artículo carece de claridad, en cuanto no distingue los dos casos, y obliga al hijo á investigar quiénes son los herederos que pudieran disputarle su estado. De ahí resultara algunas veces que perdería sus derechos por no haber citado á los verdaderos herederos. "

" El Cónsul Cambacérès. " El artículo no es susceptible de esta distinción; pero en todo caso importa conceder un plazo más largo. Nada es más raro que ver colaterales que después de veintinueve años disputen al hijo la sucesión del padre. "

" M. Tronchet. " Conviene determinar lo que sucede más ordinariamente. Es posible que una madre desvergonzada presente, después de la muerte del marido, un hijo contra quien el marido no ha reclamado, y haga formar á su nombre el inventario; en-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

suceder al marido. Estuvo éste largo tiempo ausente, la madre observó vida licenciosa, fallece el marido durante la ausencia, procédese á los juicios de inventario y partición, no se cuenta para nada con los hijos que la mujer dió á luz durante la ausencia del marido, y nadie disputa los derechos de los herederos llamados por el testamento ó por la ley. ¿ No fuera absurdo que los herederos tuvieran de seguir un juicio escandaloso contra la madre, cuyos hijos no figuran en las partidas de nacimiento como del marido, ni pretenden derecho alguno á la herencia ?

Más claro es todavía el caso si el hijo nace después de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio, y si los herederos, sin contradicción del hijo, entran en pacífica posesión de los bienes hereditarios.

¿Á qué conduciría entonces la decisión judicial que, á solicitud de los herederos, declarase la ilegitimidad del hijo nacido después de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio? Evidentísimo que la declaración sería absolutamente nugatoria; porque la madre y el hijo reconocen de la manera más inequívoca que éste, como ilegítimo, no puede ejercer ningún derecho sobre la sucesión del marido.

Pero si el hijo, escuchando los consejos de la codicia, pretendiese disputar los derechos de los herederos ó de otros interesados, aquéllos ó éstos pudieran, en cualquier tiempo, impugnar la legitimidad del hijo; justificando, según los casos, ó la absoluta imposibilidad de la paternidad en los ciento veinte días en que pudo efectuarse la concepción, ó el adulterio de la madre y la imposibilidad

---

tonces los herederos que sobrevienen son los actores; pero ordinariamente la madre, más tímida, procede con menos precipitación. Los herederos forman inventario, y el hijo no se presenta sino después de un lapso de tiempo. En el primer caso, conviene conceder un término á los herederos, y bastan dos meses. En el segundo, en que los herederos son demandados, es imposible limitar sus derechos por un plazo.

" Conviene distinguir los dos casos. "

El Cónsul Cambacérès. " Si el plazo corriese contra el menor, se le dejaría á discreción del guardador ".

" El artículo es devuelto á la comisión (Id. 158. 10).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

moral de que el hijo pertenezca al marido, ó, en fin, que transcurrieron más de trescientos días desde la disolución del matrimonio hasta el nacimiento del hijo.

37. Las expresiones : « Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes », son ambiguas; pues, según el artículo 688, es necesaria sentencia judicial que confiera la posesión efectiva. Como lo veremos al comentar ese artículo, la sentencia que confiere la posesión efectiva surte dos efectos :

1° Habilita al heredero para disponer de los inmuebles hereditarios; y

2° Sirve de justo título de la herencia al heredero aparente.

Luego, la sentencia sobre posesión efectiva no es necesaria cuando los herederos no son meramente putativos. Fallece abintestato el padre legítimo, deja hijos legítimos concebidos en matrimonio, procédese al inventario y partición de los bienes, é inscríbese la sentencia que aprueba la partición. Pasan desde entonces ocho ó diez años, y el pretenso hijo legítimo, cuya partida de nacimiento expresa que no es hijo del marido de la madre, deduce la acción de petición de herencia. ¿No podrán oponerle los hijos legítimos la excepción de ilegitimidad? Entraron, efectivamente, en posesión de los bienes, pues no hubo contradicción del pretenso hijo legítimo.

En el caso propuesto no dice la ley que se confiera á los herederos la posesión efectiva, sino que entren en tal posesión.

Las palabras *posesión efectiva* pueden significar que no basta la posesión conferida por el ministerio de la ley tan luego como la sucesión se abre, y que es necesario, además, que los herederos hagan actos de poseedores. Pero como las propias palabras tienen también significado técnico especialísimo, hubiera sido mejor, para evitar todo motivo de duda, se dijese que si los herederos ejecutan actos de tales sin contradicción del pretenso hijo legítimo, pueden objetarle la legitimidad en cualquier tiempo que él les disputare sus derechos.

38. III. Si el marido hubiere desaparecido, el primero de los plazos señalados en este artículo se cuenta desde la primera resolución que concede la posesión de los bienes á los herederos presuntivos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Esta regla prevé que no siendo cierta la muerte del marido, no haya sino presunción fundada en el desaparecimiento. ¿Desde cuándo se cuentan entonces los sesenta días dentro de los cuales pueden los herederos impugnar la legitimidad del hijo? Desde la primera sentencia que concede á los herederos presuntivos la posesión de los bienes que dejó el desaparecido.

Si una persona recibió una herida grave en la guerra, ó naufragó la embarcación en que navegaba, ó le sobrevino otro peligro semejante, y no se han tenido nuevas del desaparecido, la sentencia sobre posesión efectiva se expide después de cuatro años contados desde la fecha en que sobrevino el peligro.

Si no ha precedido posesión provisional de los bienes, la sentencia sobre posesión definitiva es la que concede la posesión de los bienes.

También hemos visto, al comentar el artículo 185, que son herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios ó legítimos que lo eran á la fecha de la muerte presunta.

Art. 187. Los ascendientes lejítimos del marido tendrán derecho para provocar el juicio de ilejitimidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesion del marido; pero deberán hacerlo dentro de los plazos señalados en el artículo precedente (a).

REFERENCIAS.

Ascendientes legítimos. 28.
Juicio de ilegitimidad. 180. 184.
Sucesión. 951.
Dentro de los plazos. 48. 49.
Todo el art. 315-316.

(a) Los ascendientes lejítimos del marido tendrán derecho para provocar el juicio de ilejitimidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesion del marido; pero deberán hacerlo dentro de los mismos plazos señalados en el artículo precedente. (Art. 212 del P. 1.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 212. Los consanguíneos lejítimos del marido podrán provocar el juicio de ilejitimidad aunque no tengan parte alguna en la sucesion del marido; pero deberán hacerlo dentro de los sesenta días subsiguientes a la muerte del marido, si residieren en la misma provincia, o dentro del año subsiguiente a la muerte, en el caso contrario.

C. E. 182.

COMENTARIO.

39. Los ascendientes legítimos del marido tienen derecho para seguir el juicio de ilegitimidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión del marido.

La palabra *provocar*, empleada en el inciso 1° del artículo 187, no expresa la idea de intervenir en el juicio como parte. Los ascendientes del marido son en realidad de verdad interesados, porque el hijo entraría en la familia y ejerciera contra los ascendientes todos los derechos que la ley le confiere, como el de exigir alimentos y el de suceder, representando al padre, á los ascendientes legítimos.

Esta regla, que no se halla en el Código de Napoléon, es otra de las innumerables pruebas de que Dn. Andrés Bello, cuando no se ofuscaba por las preocupaciones y la rutina, procedía con un buen sentido admirable.

Los ascendientes legítimos del marido no pueden seguir el juicio de ilegitimidad sino en dos casos :

1° Cuando el marido hubiere muerto en los sesenta días que se le conceden para impugnar la legitimidad del hijo; y

2° Si el hijo nace después de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio.

En los demás casos carecen de derecho para impugnar la legitimidad del hijo concebido en matrimonio.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 188. Ninguna reclamacion contra la lejitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el juez, el cual nombrará curador al hijo que lo necesitare, para que le defienda en él.

La madre será citada, pero no obligada, a parecer en el juicio.

No se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de lejitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio (*).

REFERENCIAS

Legitimidad del hijo. 35. 179.
Por el marido. 180.
Por otra persona. 182. 184. 187.
En tiempo hábil. 183. 186. 49.
Curador. 338. 345. 348. 494.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 213. Ninguna reclamacion o protesta contra la lejitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el juez; el cual mandará abrir el juicio, i nombrará curador al hijo que lo necesitare, para que le defienda en él.

La madre será citada, pero no obligada a parecer en el juicio, si no quiere.

(*) Locré. VI. 26 art. 6. — 47. 24. — 146. art. 7. — 199. 16. — 218. 17. — 300. 20. — Dalloz. Paternité et Filiation. 42. 119. 155-171. 182. — Toullier. II. 813. — Laurent. III. 443. 451-456. — Demolombe. V. 134. 135. 154. 163-172. — Zachariae (A. R.). VI. § 545. 3°. 545 bis. — Zachariae (M. V.). I. § 161. — Demante. II. 44. — 44 bis. V. — Delvincourt. I. p. 366. (1-5). Duranton. III. 92-97. — Huc. III. 26-28. — Antonii Gomezii. Comentarii in legem 91. n. 3.

(a) Ninguna reclamacion contra la lejitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el juez, el cual mandará abrir el juicio i nombrará curador al hijo que lo necesitare, para que le defienda en él.

La madre será citada, pero no obligada, a parecer en el juicio si no quiere. (Art. 113 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 183.

C. de N. 318. Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers, sera comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice, dirigée contre un tuteur *ad-hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère.

318. Todo acto extrajudicial sobre impugnación de parte del marido ó de sus herederos, no tendrá valor alguno, sino cuando, dentro de un mes, se deduce la acción en juicio contra un curador *ad-hoc* nombrado al hijo y citándose á la madre.

C. Arg. 255. Cualquiera declaracion ó confesión de la madre, afirmando ó negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna.

P. de G. 102. (Véanse las *Concordancias* del art. 181).

C. C. 223.

C. P. 234. No vale en juicio ningun acto extrajudicial en que se hubiese negado la legitimidad del hijo, si no se reclamó contra ella en los términos señalados por los artículos 223 y 224.

C. M. 301. El desconocimiento de un hijo, de parte del marido ó de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo acto de desconocimiento practicado de otra manera, es nulo.

302. En el juicio de contradicción de la legitimidad, serán oídos la madre y el hijo, á quien, si fuere menor, se proveerá de un tutor interino.

C. Esp. 109. (Véanse las *Concordancias* del art. 181).

C. A. 158. (Véanse las *Concordancias* del art. 183).

P. III. XIV. 9. Ensañanse las mugeres a las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus maridos, dizen que los fijos que tienen en los vientres, o que son nacidos, que non son dellos, mas de otros. E en tal caso como este dezimos, que si pudiere ser prouado por los vezinos de aquel logar, que el fijo de alguna muger que dixesse tales palabras como sobredichas son, naciera della, seyendo casada con aquel marido, e non auiendo el marido estado alongado della tanto tiempo, que pudiessen verdaderamente sospechar, segund natura, que el fijo fuera de otri; por tales palabras, que el padre, o la madre dixessen, non deue el fijo ser deseredado, nin le empece en ninguna manera.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

40. I. Ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido ó por otra persona, tendrá valor alguno, si en tiempo hábil no se dedujere la respectiva acción.

La regla que examinamos es reminiscencia innecesaria del artículo 317 del Código de Napoleón (copiado en las *Concordancias*), según el cual el marido ó cualquier otro interesado puede impugnar la legitimidad extrajudicialmente, y desde entonces corren los treinta ó sesenta días de plazo. (24) Mas, conforme al Código chileno, son absolutas las reglas que fijan los plazos dentro de los cuales deben deducirse las acciones contra la legitimidad del hijo, y es de todo punto nugatoria la advertencia de que se deduzca acción judicial.

41. El juez competente para intervenir en el juicio es en general el del domicilio del marido; porque, como lo veremos, la legitimidad se presume mientras no se justifique lo contrario; y en tal caso el hijo legítimo sigue el domicilio paterno.

Pero si el juicio se propone contra el hijo mayor de edad, su domicilio sería el que determinase la competencia del juez.

---

(24) " Se ha previsto que el marido y sus herederos procurarian prolongar el plazo, limitándose á un acto extrajudicial sobre desconocimiento.

" La ley declara que ese acto no surtirá efecto, si después no se deduce, dentro de breve plazo, una acción judicial contra el tutor nombrado al hijo y citándose á la madre " (Bigot-Préameneu. Locré. VI. 199. 16.)

" La prescripción de ese derecho poco favorable es tan justa que no puede ejercerse fuera de los plazos perentorios puntualizados por la ley, y, para suspenderla, no basta un acto extrajudicial que manifieste la intención de impugnar la legitimidad del hijo. Ese derecho se extingue irrevocablemente, si en el mes siguiente al acto preliminar el marido ó los herederos no han deducido su acción contra el guardador que será especialmente nombrado para defender al hijo. " (Duveyrier. id. VI. 300. 20.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

42. II. El juez debe dar curador al hijo que le necesitare para que le defienda en el juicio.

Tres casos pueden ocurrir en cuanto á la representación del hijo :

1° El marido mismo es quien deduce la acción :

2° La acción se deduce por los herederos ó ascendientes del marido contra el hijo menor de edad; el cual puede estar bajo la guarda de la madre; y

3° El hijo tiene otro tutor ó curador.

En el primer caso, el hijo debe ser representado por un curador *ad litem* nombrado por la judicatura que conoce en el pleito.

Si el padre ha muerto, y el hijo se halla bajo la guarda de la madre, ésta, según el tenor de la ley, no puede representar al hijo en el juicio; ya porque el odio al marido puede inducirla á omitir las pruebas conducentes á la defensa del hijo, ya porque el juicio le es vergonzoso á ella, y no fuera equitativo imponerle semejante sacrificio.

También en ese caso se nombra al hijo un curador *ad litem*.

De los términos en que está redactada la última parte del inciso 1° no se deduce con claridad si cuando el hijo tuviere guardador general, éste, mas no un curador *ad litem*, debe representar al hijo. Las palabras : "El juez nombrará guardador al hijo que le necesitare", son ambiguas, por cuanto pueden significar : bien al hijo menor, bien al hijo que carezca de curador.

Si nos atenemos á la historia fidedigna del artículo, que es el 318 del Código de Napoleón, deduciremos que en todo caso debe el juez proveer de curador al hijo que no ha cumplido veinticinco años. (25) Eso es conforme á la

---

(25) " Compréndese fácilmente que la ley ha prescrito se nombre al hijo curador *ad litem* si el matrimonio existe todavía, pues entonces el marido, su representante legal, es su adversario; ó si, disuelto el matrimonio, el guardador del hijo es, bien el marido que litiga contra él, bien la mujer, su madre, que por ciertas consideraciones podría sacrificar los intereses del hijo fruto de sus faltas. Pero si el guardador del hijo es persona que carece de interés en el litigio, parece que no hay razón alguna para que el guardador le defienda en la acción

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

naturaleza misma del litigio. Tratándose de un asunto de tanta importancia, que compromete los bienes del pupilo, su estado civil, la honra de la madre y el decoro de toda

---

sobre desconocimiento, y que, por consecuencia, no sería necesario nombrar curador *ad litem*. Mas, como la ley es expresa y no distingue, opinamos que en todos los casos debe nombrarse curador *ad litem*. Puede suceder que el tutor general no convenga para ese asunto; como si fuese, por ejemplo, pariente del marido ó de la madre, ó interesado en el buen éxito de la impugnación. " (Dalloz. Paternité et Filiation. 161.)

" Según el art. 318, la acción de desconocimiento debe deducirse contra un curador *ad litem* que se nombre al hijo, y citada la madre.

" La madre del hijo cuyo estado se impugna debe ser citada necesariamente para el litigio; su honra está interesada, y su ternura maternal procurará que el hijo conserve todas las prerrogativas que le asegura su nacimiento. Añádese, en fin, que nadie más que la madre puede suministrar todos los datos conducentes á la defensa, y determinar sus relaciones con el marido cuando la concepción.

" Pero tampoco convenía que la madre se encargase exclusivamente de la defensa del hijo, sobre todo cuando el marido es quien impugna la legitimidad.

" Como ella vive bajo su potestad, pudiera carecer de la libertad necesaria para la defensa.

" Si fuese culpada, acaso buscaría perdón ó indulgencia sacrificando el estado civil del hijo.

" Por todas estas razones es necesario se nombre un curador *ad litem* para la defensa.

" ¿Debe darse curador *ad litem* al hijo que tiene guardador general?

" Es verosímil que el art. 318 ordene se nombre ese tutor, porque de ordinario el hijo no le tendrá si el matrimonio subsiste, ó, disuelto el matrimonio, será tutor el cónyuge sobreviviente, esto es, la madre; la cual, por las razones que acabamos de exponer, no puede sola defenderle, y el marido menos todavía, pues él es el actor. Pero si la madre sobreviviente se hubiese excusado de la tutela, y nombrádose otro tutor, sería menos manifiesta la necesidad de curador *ad litem*.

" Pero como la ley es general, y prescribe curador *ad litem*, juzgamos que en todo caso debe efectuarse el nombramiento. Puede suceder, en verdad, que el tutor no sea idóneo para este cargo especial; por ejemplo si fuese, como lo sería casi siempre, pariente del marido ó de la madre, é interesado por tanto en el éxito del litigio. " (Demolombe. V. 163-165.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

la familia; muy conveniente, y acaso necesario, que el juez designe para curador una persona absolutamente imparcial, que sin consideraciones de ningún género procure á todo trance defender al hijo.

43. III. La madre será citada, pero no obligada á aparecer en el juicio (26).

Necesario citar á la madre, ya porque ella tiene interés inmediato y directo en el pleito, ya porque puede suministrar datos decisivos conducentes á la defensa del hijo. Pero la intervención de la madre debe ser voluntaria, porque si juzga ella que las pruebas comprometen su honra, no puede imponérsele la pena de presenciarlas. La madre que no haya perdido absolutamente el pudor, no podrá intervenir en el juicio sino cuando esté cierta de que triunfará su inocencia.

44. IV. No se admitirá el testimonio de la madre, que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberle concebido en adulterio.

Salta á la vista que sobre ese punto no pudiera exigirse confesión á la mujer. Pero si ella espontáneamente expresare ante el juez que el hijo de cuya legitimidad se trata no es del marido, tal dicho no suministrará ni el más leve indicio contra el hijo. La declaración de la madre proviniera de odio al marido, del deseo de agradar al amante, ó del infame arbitrio de favorecer á los otros hijos á expensas de los bienes y la honra de aquel cuya legitimidad se ha puesto en tela de juicio. El legislador juzga que exacerbado el ánimo de la mujer por las circunstancias de un litigio tan odioso, su declaración no puede provenir del sincero deseo de hablar lisa y llanamente la verdad. La reflexión, la severa imparcialidad, no aconsejan entonces á la mujer, y el legislador desconfía de sus dichos.

---

(26) Discútese el artículo 6 (a).

M. Tronchet. " Propongo que se cite á la madre.

" Acéptase el artículo con esta reforma. " (Locré. VI. 47. 24.)

(a) Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari, est inutile, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une accusation en justice, dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 189. Durante el juicio, se presumirá la lejitimidad del hijo, i será mantenido i tratado como lejítimo; pero declarada judicialmente la ilejitimidad, tendrá derecho el marido, i cualquiera otro reclamante, a que la madre les indemnice de todo perjuicio que la pretendida lejitimidad les haya irrogado (*).

REFERENCIAS.

Se presumirá. 47. 1712.
Legitimidad del hijo. 179.
El marido. 180. 181.
Cualquier otro reclamante. 184. 185. 187.
Indemnice de todo perjuicio. 1546-1548.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 214. Durante el juicio, se presumirá la lejitimidad del hijo, i será mantenido i tratado como verdadero hijo lejítimo; pero, declarada judicialmente la ilejitimidad, tendrá derecho el marido, i cualquiera otro reclamante, a que el verdadero padre, si fuere conocido, i subsidiariamente la madre, les indemnice de todo perjuicio que la pretendida lejitimidad les haya irrogado (a).

C. E. 184. Durante el juicio se presumirá la legitimidad del hijo, y será mantenido y tratado como legítimo. Pero declarada judicialmente la ilegitimidad, tendrán derecho el marido, y cualquiera otro reclamante, á que la madre les indemnice de todo perjuicio que la pretendida legitimidad les haya causado.

(*) Locré. VI. 43. 17. — 47-25. — Dalloz. Paternité et Filiation. 178. 179. — Demolombe. V. 174. 175. — Zachariae (M. V.). I. § 161. — Zachariae (A. R.). VI. § 545. 2°. — Duranton. III. 97 bis.

(a) Durante el juicio, se presumirá la lejitimidad del hijo, i será mantenido i tratado como lejítimo; pero declarada judicialmente la ilejitimidad, tendrá derecho el marido, i cualquiera otro reclamante, a que la madre les indemnice de todo perjuicio que la pretendida lejitimidad les haya irrogado. (Art. 214 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

45. I. Durante el juicio se presume la legitimidad del hijo, que será mantenido y tratado como legítimo.

Si bien la regla es casi siempre equitativa, hubiera convenido distinguirse tres casos:

1° Si el marido mismo ó sus herederos impugnan la legitimidad del hijo en virtud de los artículos 180, 181 y 184:

2° Si se controvierte sobre la legitimidad conforme al artículo 185; y

3° Si se suscita juicio sobre la legitimidad entre los herederos que entraron en posesión de los bienes sin contradecirlo el pretenso hijo legítimo y el mismo hijo que después les disputa sus derechos.

En el primer caso la regla fundamental establecida en el artículo 180 exige que el hijo sea mantenido y tratado como legítimo. La ley presume que es hijo del marido, le confiere *ipso iure* la calidad de legítimo, y no la pierde mientras no se justifique plenamente que el marido no es el padre.

Pero si la partida de muerte del marido y la de nacimiento del hijo evidencian que han transcurrido más de trescientos dias desde la muerte del marido hasta el nacimiento del hijo, nada más absurdo que presumiéndose la ilegitimidad del hijo, sea mantenido y tratado como legítimo.

Las personas que cuidan de la crianza y educación del hijo tuvieran un aliciente para entorpecer la sustanciación del juicio, y conseguir que durante largo tiempo se le suministren alimentos.

Si bien el Código de Napoleón no encierra un artículo análogo al que comentamos, algunos jurisconsultos franceses opinan que se presume la legitimidad del hijo. Pero Dalloz distingue los casos, y expone que si consta que el nacimiento se ha efectuado después de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio, no puede presumirse la legitimidad.

El sistema mismo de la legislación exige, lo repetimos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que en este caso no se presuma la legitimidad del hijo, ni estén obligados los herederos ni el supuesto padre (en el caso de nulidad del matrimonio) á mantenerle y tratarle como á hijo legítimo.

En el tercer caso, el no haber reclamado el hijo los derechos de legítimo tan luego como fallece el marido, neutraliza, por decirlo así, los efectos de la presunción legal establecida por el artículo 180; y lo más equitativo fuera que el juez, según las circunstancias de la causa, conceda ó no alimentos al hijo. De otra manera la ley autoriza los abusos de las personas que lucran con los pleitos y con la tranquilidad de las familias. Mientras subsista el artículo, tal como está, no será raro que se susciten litigios sobre la legitimidad del hijo, sin más objeto que el de obtener los alimentos y educación que la propia ley señala.

46. II. Declarada judicialmente la ilegitimidad, tendrá derecho el marido y cualquier otro reclamante, á que la madre les indemnice de todos los perjuicios que la pretensa ilegitimidad les haya irrogado.

Esta disposición nos parece en ciertos casos demasiado severa, por no decir tiránica, contra la madre. Proviene ello de que no se distinguen casos que necesariamente debieron distinguirse.

Cuando el marido mismo ó sus herederos suscitan el juicio de ilegitimidad contra el hijo concebido durante el matrimonio, y la madre hubiere aparentado que el hijo es del marido; su conducta es la que origina el juicio y acarrea todos los daños provenientes de la pretensa legitimidad del hijo.

Justo, pues, que entonces la madre indemnice los perjuicios.

Pero si el hijo es concebido después de la disolucion del matrimonio, si la madre ni pretende que el hijo sea del marido, si otros interesados son los que piden se declare la ilegitimidad, ¿por qué respondería ella de los perjuicios?.

Cierto que si la madre da á luz un hijo poco tiempo después de la muerte del marido, su conducta es vituperable y le acarrea deshonra. Pero á eso debía limitarse la sanción; pues las indemnizaciones pecuniarias no pueden provenir entonces sino de un delito ó cuasidelito, y, hablándose solo

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

civilmente, no lo hay cuando la madre tiene conducta licenciosa después de la muerte del marido.

Si los herederos entran en posesión efectiva de los bienes hereditarios sin contradicción del pretenso hijo legítimo, y, por consecuencia, la madre no ha ejecutado actos de donde se deduzca que se opone á los derechos de los herederos, ¿por qué sería responsable de los perjuicios provenientes de la litis sostenida por el curador del hijo? *Dura lex sed lex.* Mientras subsista el artículo cual está redactado los jueces tienen de aplicarlo, haciendo responsable á la madre de todos los perjuicios provenientes de la pretensa legitimidad del hijo. ¿Cuáles son esos perjuicios?

1° Los gastos del litigio mismo :

2° Los alimentos y educación que á costa de los herederos del marido se hubieren dado al hijo :

3° Los frutos que, producidos por los bienes hereditarios y percibidos por el hijo, no se hubieren restituido á los herederos.

De manera que muchas veces la madre se arruinaría á causa de un litigio en que no ha tenido ninguna participación, y que ella, por no publicar su deshonra, ha querido evitar á todo trance.

---

§ 2

Reglas especiales para el caso divorcio

Art. 190. El concebido durante el divorcio temporal o perpetuo de los cónyujes, no tiene derecho para que el marido le reconozca por hijo suyo, a ménos de probarse que el marido por actos positivos le reconoció como suyo, o que durante el divorcio intervino reconciliacion privada entre los cónyujes (*).

(*) Locré. V. 192. art. 45. — 229.13. — 252. 10. — 503-507. — VI. 26. art. 4. — 85. 14. — Dalloz. Paternité et Filiation. 21.64. 65. — Toullier. II. 772. — Laurent. III. 376. — Demolombe. IV. 503. — Zachariae (A. R.). VI. § 545. 3°. — Demante. II. 40-40 bis.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Concebido durante el divorcio. 76. 180. 196.
El marido. 180.
Probarse. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 215. El concebido durante el divorcio de los conyujes, no tiene derecho para que el marido le reconozca por hijo suyo, a ménos de probarse que el marido, sabedor del parto, no protestó contra la lejitimidad del hijo en tiempo hábil, o que por actos positivos le reconoció como suyo, o que durante dicho estado intervino reconciliacion privada entre los cónyujes (a).

C. E. 185. El concebido durante el divorcio de los cónyuges no tiene derecho para que el marido le reconozca por hijo suyo, á menos de probarse que el marido, por actos positivos, le reconoció como suyo, ó que, durante el divorcio, intervino reconciliación privada entre los cónyuges.

Ley francesa de 6 de diciembre de 1850

En cas de séparation de corps prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'art. 878 du Code de procédure civile, et moins de cent

En caso de divorcio (quoad thorum et cohabitationem) sentenciado ó demandado, el marido podrá desconocer al hijo que nazca trescientos días después de la providencia del presidente, dictada conforme al art. 378 del Código de procedimiento

III. — Delvincourt. I. p. 363. (8). — Duranton. III. 54-55. — Huc. III. 13. — Stephen (on Blackstone). II. b. III. Chap. III. n. 1.

(a) El concebido durante el divorcio de los cónyuges no tiene derecho para que el marido le reconozca por hijo suyo, a ménos de probarse que el marido por actos positivos le reconoció como suyo, o que durante el divorcio intervino reconciliacion privada entre los cónyujes. (Art. 115 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

quatre-vingts jour depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux.

civil, y menos de ciento ochenta días desde que se rechace el divorcio ó de la reconciliación. La acción para desconocer al hijo no será admitida si los cónyuges se hubieren reunido.

C. Arg. 250. En caso de divorcio, si la mujer despues de su separación definitiva ó provisoria tuviere algun hijo nacido despues de los trescientos días desde aquel en que la separación se realizo de hecho, el marido ó sus herédos tienen derecho á negar la paternidad, á menos que se probase que hubo reconciliación privada entre los esposos. Estas disposiciones se extienden al caso de separacion provisoria de los cónyuges, por motivo de acción de nulidad del matrimonio.

P. de G. 103. (Véanse las *Concordancias* del art. 185).

C. de la L. 207. La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la sentencia sobre separación de habitación y lecho, puede impugnarse, á menos de probarse cohabitación entre los cónyuges; porque se presume que las partes han obedecido á la sentencia de separación.

COMENTARIO.

47. I. El hijo concebido durante el divorcio de los cónyuges no tiene derecho para que el marido le reconozca por suyo.

Expedida la sentencia de divorcio, los cónyuges no viven juntos, ni el marido puede vigilar la conducta de la mujer; por lo cual cesa la presunción de paternidad establecida en el artículo 180.

Esta disposición, tan jurídica como necesaria, fué copiada, como lo observa Dn. Andrés Bello, del artículo 207 del Código de la Luisiana transcrito en las *Concordancias*.

48. El Código de Napoleón origina sobre esto gravísimas dificultades. Cuando se discutía el Proyecto ante el Consejo de Estado, se observó que el hijo concebido durante el juicio de divorcio, no podía alegar la presunción legal de paternidad. Pero el Primer Cónsul hizo notar que de ese punto se trataría cuando se examinasen las disposi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ciones sobre el divorcio, y después no se dictó ninguna en cuanto á la ilegitimidad de los hijos concebidos durante dicho juicio (27).

---

(27) Discútese el artículo 45 (a)

El Primer Cónsul : " La severidad de este artículo perjudica al hijo. "

M. Emmery : " La comisión creyó necesario distinguir en el caso que hubiese habido cohabitación entre los cónyuges; lo cual hace prevalecer la regla : *Pater is est;* pero juzga que esta regla no debe aplicarse cuando, por una parte, los cónyuges ya no habitan reunidos, y, por otra, la mujer es tildada de adúltera. "

El Primer Cónsul : " Este artículo merece la mayor atención. En legislación, sólo por el cálculo de las distancias se juzga de la imposibilidad de que los cónyuges se reunan. Las palabras habitación común son indefinidas, y es difícil que enuncien una idea precisa. "

M. Boulay : " La disposición del artículo, que se limita al caso de adulterio, supone que se ha juzgado ya á la mujer, y que la concepción es posterior á la separación de hecho ordenada judicialmente. "

M. Emmery : " Según el art. 83, la mujer contra quien se propone demanda debe habitar la casa que el juez designe. La comisión juzga que el hijo concebido después de esta separación no debe pertenecer al matrimonio. "

M. Tronchet : " Como la reconciliación de los cónyuges extingue la demanda de divorcio, la ley no puede permitir que ella continúe, si admite que el hijo que nace después pertenece al marido. Luego, para conferir al hijo la calidad de legítimo, y dejar sin embargo que continúe la demanda de divorcio, fuera necesario suponer que el hijo fué concebido antes. Así, en vez de decir que el hijo no pertenece al matrimonio, si fué concebido después de la separación de los cónyuges, conviniera aclarar que no será del marido el hijo concebido después de la demanda de divorcio por adulterio. Resultaría de la separación la presunción de que el hijo no es legítimo; la mujer debería probar lo contrario manifestando reconciliación con el marido. "

" M. Emmery acepta esta proposición. "

(a) Quoique l'adultère soit prouvé et le divorce prononcé, l'enfant appartiendra au mari, si les deux époux habitaient ensemble à l'époque de la conception; mais s'ils étaient déjà séparés d'habitation, l'enfant n'appartiendra pas au mariage, à moins que le mari ne le reconnaisse.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los jurisconsultos franceses opinaban de una manera varia; pues si bien no había en el Código una disposición

---

" Acéptase el artículo con la reforma de M. Tronchet. " (Locré. V. 229. 13.)

En la sesión del Consejo de Estado de 2 de setiembre de 1802 volvió á discutirse el propio artículo.

El Cónsul Cambacérès : " El artículo 45 debe hallarse en armonía con las disposiciones relativas á la *Paternidad* y á la *Filiación*.

" Inconveniente fuera, á no dudarlo, separarse de la máxima según la cual el adulterio de la madre no decide de la legitimidad del hijo; pero debemos aceptarla de modo que pueda cederse á la evidencia, en una materia en que los jueces necesitan más ejemplos que reglas. "

M. Tronchet : " El artículo es peligroso. Estas controversias deben juzgarse según las reglas generales de la materia. Es permitido á la mujer oponer á la demanda de divorcio la excepción de reconciliación; alegaría que, después de la separación, el marido la ha visitado, y que el hijo que acaba de nacer es el fruto de la reunión; y sin embargo la segunda parte del artículo prohibiría al juez oirla. La ley no debe impedir que los tribunales decidan todos los casos según las circunstancias. "

M. Emmery : " Opino que el artículo debe suprimirse; que la comisión no lo ha presentado sino por conformarse con el parecer que ha prevalecido en el Consejo. Habíase previsto que la mujer pudiese concebir durante el curso de la causa : para resolver sobre la suerte del hijo se habían distinguido los tiempos y la situación respectiva de las partes, y juzgándose que convenía dejar á la conciencia del marido decidir si era padre del hijo concebido después de la separación de los cónyuges. "

M. Maleville : " El artículo es justo, porque no se refiere sino al hijo concebido después que el adulterio se ha probado, y pronunciado la sentencia de divorcio. No es probable que este hijo pertenezca al marido, y fuera cruel compeler á este último á adoptarle por una ficción legal cuya falsedad se desmiente por todas las circunstancias, y en perjuicio de sus hijos legítimos. "

M. Tronchet : " Sería justo el artículo si sus efectos se redujesen á este caso; pero, cual está redactado, se extienden también al caso en que la concepción del hijo ha precedido á la prueba del adulterio y á la disolución del matrimonio. "

M. Bigot-Préameneu : " Juzgo que el artículo debe suprimirse. "

M. Berlier : " Puede suprimirse la segunda parte del artículo; pero, en mi concepto, debe subsistir la primera. El legislador no debe permitir que haya incertidumbre sobre el caso á que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

expresa según la cual cesase la presunción de paternidad en el caso de divorcio *quoad thorum et cohabitationem*

---

esta parte se refiere; y la protección que el hijo merece exige que tal caso se determine como lo hace el artículo".

El Cónsul Cambacérès : " Opino por la supresión del artículo.

" No juzgo que la situación del hijo de una mujer sentenciada por adulterio, y cuyo matrimonio se ha disuelto por esa razón, sea más favorable que la del hijo nacido durante el matrimonio, del hijo que puede reclamar la aplicación de la regla *Pater is est* en toda su plenitud; conviene, pues, por lo menos, que la situación de ambos sea una misma. Se examinará, cuando se discuta el Título *de la Paternidad*, si es posible hallar, en esta materia, reglas tan generales que no comporten excepciones. No juzgo que podamos conseguirlo; estoy cierto de que, en esta materia, la ley debe limitarse á establecer presunciones; las cuales cederán, por tanto, á la evidencia de los hechos."

M. Bigot-Préameneu : " La circunstancia de morar el marido en otra casa que la mujer no es tan decisiva que dependa de ella la suerte del hijo."

" Suprímese el artículo, y acéptanse los otros del proyecto." (Id. 252. 10).

Cuando se presentó, en 1816, el proyecto sobre abolición del divorcio, el Duque de Richelieu decía :

" En cuanto á los efectos de la separación, materia del Título V, se ha presentado un problema difícil. Una vez ordenada y consumada la separación personal (*separation de corps*), ¿subsistiría la presunción legal de que el hijo de la mujer lo es del marido?

" Esta presunción es la salvaguardia de las familias contra los celos de los maridos, y el odio que pueden cobrar á las mujeres y á los hijos : es un obstáculo prudente contra la impugnación. Preferible es que el marido tenga de reconocer un hijo cuyo padre no se juzga á que los hijos y la madre sean víctimas de sospechas que no pueden surtir efecto cuando los cónyuges están cubiertos con el sagrado velo del matrimonio. En este caso, aun probado el adulterio no cesa la filiación legítima, porque, como lo dice la razón escrita : *Potest illa esse adultera et filius legitimus.*

" Pero esta presunción, que tiene su fundamento en el respeto al matrimonio, y en los impenetrables secretos del lecho conyugal, ¿puede fundarse en otras bases que aquellas sobre las cuales está asentada? El matrimonio designa de antemano el padre; pero cuando los derechos del matrimonio se suspenden, cuando en vez de habitación y vida comunes, que dan ocasión diaria de reunión, y autorizan á suponerla, los cónyuges no

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

(separation de corps), les repugnaba que viviendo separados los cónyuges se atribuyese al marido la paternidad de todos los hijos que diese á luz su mujer.

---

están bajo un mismo techo; cuando están separados más todavía de afectos que de habitación; cuando tienen menos relaciones entre sí que con los extraños; cuando no se ven y su mutua indiferencia es tan pública, tan notoria como lo había sido su unión, ¿cómo dar á una presunción, que ninguna circunstancia apoya, que todas la contrarían, esa fuerza de derecho y de justicia que los jurisconsultos llaman *iuris et de iure?*

" Mientras los esposos habitan reunidos, el marido, como jefe y señor de la casa, es quien la vigila, puede separar de ella todo lo que le es sospechoso : no puede suponerse que los hijos que ahí nacen tengan otro padre que aquel que tiene derecho de serlo, que permanece junto á la madre, que puede y debe cuidarla como su más cara propiedad y por consecuencia percibir los frutos sin poder rehusarlos. Pero cuando la separación le priva de todos los medios de consejo, de persuasión y de autoridad, ¿cómo constituirle responsable de lo que no puede prevenir é impedir? Si la habitación común establece la presunción de paternidad, cesando la habitación común, la presunción se menoscaba y aun se extingue, pues la diferencia de habitación proviene de diferencias tan graves entre los cónyuges que han vuelto la vida común insoportable.

" La publicidad del matrimonio es el título de los hijos; la publicidad de la separación destruye ese título ó á lo menos le convierte en incierto. ¿Cómo acordar los privilegios del matrimonio á un estado en que no subsiste ninguna de las relaciones del matrimonio? Queda el vínculo, pero sólo para impedir que los cónyuges formen otro : en una palabra hay *separation de corps*. ¿Cómo conciliar con tal separación legal, solemne, una concepción legítima? La separación es un hecho : debe prevalecer sobre la paternidad putativa, que es una presunción que nace del matrimonio, inherente á su integridad y no á sus ruinas. " (Id. 503.)

" Cuando se discutía en el Consejo de Estado el título de la Paternidad y de la Filiación volvió á tratarse de este importantísimo punto.

" Discútese la excepción proveniente de la separación de los cónyuges.

El Cónsul Cambacérès : " Difícil es aceptar esta excepción, porque la *separation de corps* no establece entre los cónyuges la imposibilidad de cohabitación. No es ordinario que se vean; pero tal suceso es posible. Si la excepción se admitiese, convi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Las disputas y dificultades han desaparecido en virtud de la ley (también copiada en las *Concordancias*) que en 1858 se expidió á propuesta de Demante (28).

---

niera, para no contradecirse, suprimir la palabra *física* en la ley que establece la imposibilidad de cohabitación. "

" El Primer Cónsul. " En efecto, las entrevistas que procurarán entre los esposos los que tratasen de reconciliarlos pueden originar reuniones, sin que haya reconciliación definitiva. "

M. Boulay : " La circunstancia de la separación es grave presunción contra la paternidad, y no debe ceder sino á la evidencia de las pruebas. "

El Primer Cónsul : " Esa reflexión manifiesta que es necesario, antes de decidir, tratar de la materia de separación. ¿Cómo aceptar una idea definitiva cuando se ignora si el hijo de la mujer divorciada *quoad thorum* (*séparée de corps*) llevará el apellido del marido, si en ciertos casos la separación no será seguida de clausura? "

M. Tronchet : " El aplazamiento es tanto más necesario cuanto la materia del divorcio exigirá un capítulo de excepciones, que resuelva la mayor parte de estos puntos.

" Decídese el aplazamiento. " (Locré. VI. 85. 14.)

No volvió á tratarse de esta materia.

(28). El 6 de diciembre de 1850 se agregó al artículo 313 del Código de Napoleón, como inciso, la ley que hemos copiado en las *Concordancias*.

" Como la separación no disuelve el matrimonio, " dice Demante, " y puede cesar siempre por consentimiento de las partes, no basta para extinguir la presunción de paternidad. Pero como entonces es inverosímil el comercio ulterior de los cónyuges, la comisión de legislación del Consejo de Estado propuso que entonces cesase la presunción de paternidad si no hubiese habido reconocimiento. Esta proposición no surtió efecto á causa de haberse resuelto un nuevo examen, que no se verificó; el caso de divorcio *quoad thorum* (séparation de corps) quedó en el Código civil puro y simplemente bajo el imperio de la presunción de paternidad. Había un vacío tan notable en el sistema mismo de la legislación que admitía el divorcio; pero ese vacío lo fué más todavía cuando la abolición del divorcio no dejó al marido ningún medio de sustraerse y de sustraer á su familia de las tristes consecuencias de la mala conducta de una mujer infiel, tan audaz que publicase el fruto de sus desórdenes. Así varias tentativas se hicieron para llenar este vacío; pero ninguna tuvo buen éxito. Más de una vez había expresado yo esa necesidad en la cátedra. Cuando la confianza de mis conciudadanos me honró con un mandato legislativo, consideré que debía ejercer á este respecto

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

49. Para decidir si el hijo es concebido durante el divorcio se aplica la regla del artículo 76, favoreciéndose siempre la legitimidad del hijo. Síguese, pues, que éste no es concebido durante el divorcio sino cuando nace después de los trescientos días subsiguientes á la sentencia que, declarándolo, cause ejecutoria.

Según el artículo 190 el marido no está obligado á deducir acción alguna contra la legitimidad del hijo; y en cualquier tiempo que éste la reclamare, podrá oponérsele como pruebas suficientes la sentencia de divorcio y la partida en que conste la fecha del nacimiento.

50. II. El hijo tiene derecho á que el marido le reconozca por suyo, si hubiere hechos positivos de donde se deduzca que el marido acepta la paternidad.

La ley no determina en qué consisten esos hechos positivos que envuelven aceptación. Deben ser tales que el marido no hubiera podido ejecutarlos sino reconociendo que él es el padre; como si le provee de alimentos, cuida su educación, ó vive con él tratándole como legítimo.

Cualesquiera pruebas, aun la testimonial, serían admi-

---

el derecho de iniciativa que se me había concedido. Cierto que mi proposición no tuvo los alcances de la ley que á ella se siguió; pues sólo pedí que después de la *separation de corps* no se exigiese el requisito de ocultación de nacimiento para que el marido desconociese el hijo, y que entonces se le aceptasen todos los hechos conducentes á justificar que él no es el padre. En ese sentido el proyecto fué al principio aceptado por la comisión que tenía yo la honra de presidir y á cuyo nombre leí el informe el 6 de agosto de 1850. El informe fué discutido dos veces; pero en la tercera discusión se propuso una reforma por MM. de Vatismesnil y Valette y que, aceptada por la comisión, cambió el sistema: juzgóse que en el estado de *separation de corps* era inverosímil el comercio de los cónyuges, y que la presunción de paternidad, consecuencia de un matrimonio siempre subsistente, debía durar hasta el desconocimiento del marido; pero éste, efectuado en los plazos y en la forma prescritas, no debía exigir otra prueba que la de la existencia de la *separation de corps* ó del litigio sobre la *separation* cuando el hijo fué concebido. Agregóse que no se admitiría la impugnación en caso de reconciliarse los cónyuges; lo cual, por otra parte, no podía tener otro significado que reservar á los adversarios del marido el derecho de probar esa reunión, para que la impugnación se desechase." (II. 40 bis. I.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sibles para justificar los hechos positivos; porque éstos no son los hechos jurídicos comprendidos en el artículo 1707 del Código civil.

Los hechos positivos se probarían en cualquier tiempo que se suscitasen controversias sobre la legitimidad del hijo.

51. III. También tendrá derecho el hijo para que el marido le reconozca por suyo, si durante el divorcio hubiere habido reconciliación privada entre los cónyuges.

Basta la reconciliación para deducirse la paternidad del marido; pues entonces es razonable suponer que el hijo no proviene de un crímen.

También son admisibles todas las pruebas para justificar la reconciliación de los cónyuges.

Es de observar que la reconciliación privada entre los cónyuges y los hechos positivos sobre reconocimiento de la paternidad pueden estar íntimamente relacionados; y entonces la una prueba se completa por la otra. Si á causa de la reconciliación privada, aunque no se pruebe plenamente, el marido juzga que él es el padre, después del nacimiento del hijo ejecutará, á no dudarlo, los hechos positivos de que ya hemos hablado.

Art. 191. La mujer recien divorciada, o que, pendiente el juicio de divorcio, está actualmente separada de su marido, i que se creyere preñada, lo denunciará al marido dentro de los primeros treinta dias de la separacion actual.

Si la mujer hiciere esta denunciacion despues de dichos treinta dias, valdrá, siempre que el juez, con conocimiento de causa, declarare que ha sido justificable o disculpable el retardo.

REFERENCIAS.

La mujer recién divorciada. 76. 180.
Juicio de divorcio. 168.
Lo denunciará. 191.
Treinta dias. 48. 50.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 216. La mujer recien divorciada, o que, pendiente el juicio de divorcio, está actualmente separada de su marido, i que se sintiere o creyere preñada, lo denunciará al marido dentro de los treinta dias subsiguientes a la separacion actual.

Si la mujer hiciere esta denunciacion despues de dichos treinta dias, valdrá, siempre que el juez, con conocimiento de causa, opinare que ha sido justificable o disculpable el retardo (a).

C. E. 186.

C. Arg. 249. La mujer recien divorciada, que se creyere embarazada, debe denunciarlo al juez ó al marido, en el término de treinta días desde su separación; y éste podrá pedir las diligencias necesarias para asegurarse también de que el parto es efectivo, y ha tenido lugar en el tiempo necesario para que el hijo deba ser reputado legítimo.

C. C. 225. La mujer recién divorciada, ó que, pendiente el juicio de divorcio, estuviere actualmente separada de su marido, y que se creyese en cinta, lo denunciará al marido dentro de los primeros treinta días de la separación actual.

Igual denunciación hará la mujer que durante el juicio sobre nulidad del matrimonio, ó recién declarada la nulidad, se creyere en cinta.

Si la mujer hiciere estas denunciaciones después de dichos treinta días, valdrán siempre que el Juez, con conocimiento de causa, declare que ha sido justificable ó disculpable el retardo.

D. XXV. III. I. § I. Permittit igitur mulieri paren- | § 1. Esto supuesto, permite á la mujer ó al ascen-

(a) La mujer recien divorciada, o que, pendiente el juicio de divorcio, está actualmente separada de su marido, i que se creyere preñada, lo denunciará al marido dentro de los treinta dias subsiguientes a la separacion actual.

Si la mujer hiciere esta denunciacion despues de dichos treinta dias, valdrá, siempre que el juez, con conocimiento de causa, declare que ha sido justificable o disculpable el retardo. (Art. 216 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tive, in cuius potestate est, vel ei, cui mandatum ab iis est, si putet praegnantem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandus ipsi marito, vel parenti, in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat.

§ 7. Si mulier esse se praegnantem intra triginta dies non denuntiaverit, postea denuntians causa cognita audiri debebit.

§ 9. Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles.

§ 10. Eleganter autem apud Iulianum libro nonodecimo Digestorum quaeritur, si intra dies triginta mulier marito non denuntiaverit, et intra triginta partum ediderit, an Senatus consultu locus sit? Et ait Plancianum Senatus consultum cessare, quia de eo partu non videtur sentire, qui intra diem trigesimum nascatur, quippe dies tringinta ac denuntiandum praestituit Senatus; sed hanc rem non facere praeiudicium partui arbitror.

diente, en cuya potestad está, ó al que tiene poder de éstos, hacerles saber al mismo marido, ó al ascendiente, en cuya potestad está, dentro de treinta días despues del divorcio, si juzga que está preñada, ó hacerlo saber á los domésticos, si no se puede á los mencionados.

§ 7. Si la mujer no hiciere saber dentro de treinta días, que estaba preñada, haciéndolo saber despues, deberá ser oída con conocimiento de causa.

§ 9. Debemos entender que los treinta dias despues del divorcio, son continuos, y no útiles.

§ 10. Elegantemente pregunta Juliano al libro diez y nueve del Digesto, que si la mujer no denunciare al marido dentro de treinta días, y pariere dentro de este tiempo, si tendrá lugar la constitucion del Senado, y dice, que cesa la constitucion del Senadoconsulto Planciano; porque parece que no habló de lo que nace dentro de treinta días, y que dio el Senado este término para hacerlo saber; pero juzgó que esto no perjudica al parto.

COMENTARIO.

52. I. La mujer recién divorciada, ó que, pendiente el juicio de divorcio está actualmente separada de su marido,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

y juzgare que está preñada, lo denunciará al marido dentro de los primeros treinta días de la separación actual.

No bastaba dar reglas sobre la legitimidad del hijo concebido después del divorcio, era menester, además, prescribir las concernientes á otros dos casos:

1° Si la mujer recién divorciada juzgare que está en cinta:

2° Si juzgare que lo está la mujer que se halla separada durante el juicio de divorcio.

La mujer está recién divorciada, si el hijo nace dentro de los trescientos días subsiguientes al divorcio.

Si el nacimiento se efectúa después, el caso se comprende en el artículo 190.

Como el divorcio origina graves desavenencias entre los cónyuges, y, á veces, enemistad irreconciliable, era necesario conceder al marido los medios de impedir que se le engañase, haciendo pasar por suyos hijos adulterinos, ó que la mujer supusiese parto, ó suplantase un hijo ajeno al verdadero.

Como la mujer conoce bien los síntomas de la preñez, debía concedérsele un plazo brevísimo para que la notificase al marido. Treinta días son suficientes para que la mujer se cerciore de si está ó no preñada y para que, en caso afirmativo, lo ponga en conocimiento del marido.

53. II. Valdrá la denunciación después de los treinta días contados desde la separación actual, si el juez, con conocimiento de causa, declara justificable ó disculpable el retardo.

Al marido le incumbe la prueba de que la denunciación es extemporánea, y si, probado el hecho, la mujer pretende que el retardo es justificable ó disculpable, á ella le corresponde alegar y probar las causales, que el juez apreciará según las circunstancias.

El retardo es justificable, cuando á la mujer le hubiere sido imposible ó por lo menos muy difícil la denunciación, como si ha estado enferma, ó en prisión, ú oculta á causa de persecuciones.

El retardo es disculpable cuando, sin haber sido imposible ó muy difícil la denunciación, se aleguen y prueben hechos de donde se deduzca la buena fe de la mujer: el haberse ausentado del domicilio del marido, su ignorancia

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

absoluta en cuanto al deber de la denunciación, una calamidad doméstica, etc. etc.

Después veremos qué efectos surte la resolución judicial que declara no justificable ni disculpable el retardo.

Art. 192. El marido podrá, a consecuencia de esta denunciacion, o aun sin ella, enviar a la mujer una compañera de buena razon que le sirva de guarda, i ademas una matrona que inspeccione el parto; i la mujer que se crea preñada, estará obligada a recibirlas, salvo que el juez, encontrando fundadas las objeciones de la mujer contra las personas que el marido haya enviado, elija otras para dicha guarda e inspeccion.

La guarda i la inspeccion serán a costa del marido; pero si se probare que la mujer ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada sin estarlo, o que el hijo es adulterino, será indemnizado el marido.

Una i otra podrán durar el tiempo necesario para que no haya duda sobre el hecho i circunstancias del parto, o sobre la identidad del recien nacido (*).

REFERENCIAS.

Obligada. 1437.
Si se probare. 1698.
El hijo es adulterino. 37. 180. 181.
Indemnizado. 1556-1558.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 217. El marido, u otra persona a su nombre, podrá a consecuencia de esta denunciacion, o aun sin ella, enviará la mujer una compañera de buena razon que le sirva de guarda, i ademas una matrona que inspeccione el parto; i la mujer que se sienta o crea preñada, estará obligada a recibirlas; salvo que el juez, encontrando fundadas las objeciones de la mujer contra las personas que el marido haya enviado, elija otras para dicha guarda e inspeccion..... (a).

(*) Dalloz. Minorité. 121.

(a) El marido podrá, a consecuencia de esta denunciacion, o

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 187.
C. C. 226.
P. VI. VI. 17. (Véanse las *Concordancias* del art. 198).

COMENTARIO.

54. I. En virtud de esta denunciación, ó aun sin ella, podrá el marido enviar á la mujer una compañera de buena razón que la sirva de guarda, y, además, una matrona que inspeccione el parto.

Trátase de que el marido se cerciore de que la concepción se efectuó antes de la separación actual, y de que le consten el hecho y circunstancias del parto.

La compañera de buena razón vigila la conducta de la mujer, y la matrona inspecciona precisamente el parto, para informar al marido de que lo hubo en realidad, y de que el hijo ne fué suplantado por otro.

55. II. La mujer que se juzgare preñada debe recibir la compañera de buena razón y la matrona; salvo que el juez, estimando fundadas las objeciones de la mujer contra las personas que el marido haya enviado, designe otras para la guarda é inspección.

Inevitable conceder al juez en este caso facultades discrecionales.

Si el marido es honrado y juicioso, enviará á la mujer una compañera que en realidad sea de buena razón y una matrona que, poseyendo los respectivos conocimientos, se

---

aún sin ella, enviar á la mujer una compañera de buena razon que le sirva de guarda, i ademas una matrona que inspeccione el parto; i la mujer que se crea preñada, estará obligada a recibirlas, salvo que el juez, encontrando fundadas las objeciones de la mujer contra las personas que el marido haya enviado, elija otras para dicha guarda e inspeccion.

La guarda i la inspeccion serán a costa del marido; pero si se probare que la mujer ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada sin estarlo, o que el hijo es adulterino, será indemnizado el marido.

Una i otra podrán durar el tiempo necesario para que no haya duda sobre el hecho i circunstancias del parto, o sobre la identidad del recien nacido. (Art. 217 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

límite á inspeccionar el parto. Pero las disensiones entre los cónyuges pueden originar abusos, y la ley procura evitarlos.

La pretensa compañera de buena razón podría ser de mala conducta ó encargada de hostilizar á la mujer. El juez apreciará, por tanto, esas circunstancias, y, á juzgar fundadas las razones de la mujer, designará en el acto otra compañera para la guarda.

De lo expuesto se deduce que el juez no sólo puede designar otra compañera antes que la reciba la mujer, sino después de recibida, porque entonces no es difícil que sobrevengan graves dificultades.

La mujer puede alegar, en cuanto á la matrona, que ésta carece de conocimientos científicos ó que procura hostilizarla, y el juez, lo repetimos, decidirá según las circunstancias.

Las providencias que dicte el juez en estos casos no serían apelables, ó, á serlo, no se concediera la apelación sino en el efecto devolutivo. De otra manera, tales providencias fueran de todo punto nugatorias, porque mientras la litis se decida en segunda instancia, terminarían la guarda é inspección.

56. III. La guarda é inspección serán á costa del marido. Mas si se probare que la mujer ha procedido en mala fe, fingiéndose embarazada, ó que el hijo es adulterino, será indemnizado el marido.

Estas precauciones conducen á la seguridad del marido, y nada más natural que él haga los gastos.

Si la mujer se finge embarazada, hay un fraude que le impone responsabilidad pecuniaria.

La prueba de que la mujer se ha fingido embarazada sería casi siempre de lo más difícil, por no decir imposible; pues se trata de apreciar una creencia, un juicio, que casi nunca se manifiestan por actos exteriores.

Cuando el hijo es adulterino, los gastos de la guarda é inspección son perjuicios que provienen directamente del pésimo proceder de la madre, y, por regla general, debe indemnizarlos toda persona que comete un delito.

57. IV. La guarda é inspección podrán durar el tiempo necesario para que no haya duda sobre el hecho y circonstancias del parto ó sobre la identidad del recién nacido.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La ley emplea la palabra podrán, porque depende de la voluntad del marido suspender la guarda é inspección. En caso de controversia, el juez decidirá, según las circunstancias, la duración de la guarda.

La inspección termina tan luego como el parto se efectúe; pero, en cuanto á la guarda, como no sólo se trata de saber si la mujer ha dado á luz un niño, sino también de que el marido se cerciore de la identidad, mientras ésta sea dudosa puede prolongarse la guarda.

Art. 193. Tendrá tambien derecho el marido, para que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta i de su confianza; i la mujer que se crea preñada deberá trasladarse a ella; salvo que el juez, oidas las razones de la mujer i del marido, tenga a bien designar otra.

REFERENCIAS.

Derecho. 578.
Deberá trasladarse á ella. 194. 1437.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 218. Tendrá tambien derecho el marido, para que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta i de su confianza; i la mujer que se sienta o crea preñada, deberá trasladarse a ella; salvo que el juez, oidas las razones de la mujer i del marido, tenga a bien designar otra (a).

C. E. 188.
C. C. 227.
P. VI. VI. 17. (Véanse las *Concordancias* del art. 198).

(a) Tendrá tambien derecho el marido, para que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta i de su confianza; i la mujer que se crea preñada deberá trasladarse a ella; salvo que el juez, oidas las razones de la mujer i del marido, tenga a bien designar otra. (Art. 218 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

58. I. Concédese también al marido el derecho de exigir que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta y de su confianza.

Esta precaución es la más eficaz. Cuando la mujer vive sola ó en casa donde habiten personas cuya conducta sea sospechosa, el marido no quedará tranquilo ni seguro, aunque envíe la compañera que la sirva de guarda y la matrona que inspeccione el parto.

El vivir la mujer en el seno de una familia honesta y decente, alejaría aún los proyectos de fraude para engañar al marido.

59. II. La mujer que se juzgue preñada debe trasladarse al seno de dicha familia, salvo que el juez, oídas las razones de la mujer y del marido, tenga á bien designar otra.

Las facultades discrecionales del juez se fundan en las mismas razones que expusimos al comentar el nº 11 del artículo 192; y á ellas nos referimos.

Art. 194. Si no se realizaren la guarda e inspeccion, porque la mujer no ha hecho saber la preñez al marido, o porque sin justa causa ha rehusado mudar de habitacion, pidiéndolo el marido, o porque se ha sustraido al cuidado de la familia o personas elejidas para la guarda e inspeccion, o porque de cualquier modo ha eludido su vijilancia, no será obligado el marido a reconocer el hecho i circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren inequívocamente por parte de la mujer o del hijo, en juicio contradictorio.

REFERENCIAS.

Reconocer el hecho y circunstancias del parto. 76. 179. 180. Se probaren. 1698.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 219. Si no se realizaren la guarda e inspeccion,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

porque la mujer no ha hecho saber la preñez al marido, o porque sin grave motivo ha rehusado mudar de habitacion, pidiéndolo con justa causa el marido, o porque se ha sustraido al cuidado de la familia o personas elejidas para la guarda e inspeccion, o porque de cualquier modo ha eludido su vigilancia, no será obligado el marido a reconocer el hecho i circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren inequívocamente por parte de la mujer o del hijo en juicio contradictorio (a).

C. E. 189.
C. C. 228.

D. XXV. III. 1. § 6. Sed si maritus ultro custodes offerat, et ea non admittat, vel si non denuntiaverit mulier, aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit, liberum est marito parentive eius, partum non agnoscere.

§ 8. Quin imo et si in totum omiserit denuntiationem, Iulianus ait, nihil hoc nocere ei, quod editur.

§ 6. Si el marido voluntariamente pusiere guardas, y no las admitiere la mujer, ó si ésta no hiciere saber que está preñada, ó si lo hiciere saber, no admitiere las guardas que le puso el juez, le es libre al marido ó á su ascendiente no reconocer el parto.

§ 8. Si absolutamente no lo hiciere saber, dice Juliano que no le perjudica este edicto.

COMENTARIO

60. I. Si no se realizaren la guarda é inspección, el marido no está obligado á reconocer el hecho y circunstancias del parto, á menos que se prueben inequivocamente,

---

(a) Si no se realizaren la guarda e inspeccion, porque la mujer no ha hecho saber la preñez al marido, o porque sin justa causa ha rehusado mudar de habitacion, pidiéndolo el marido, o porque se ha sustraido al cuidado de la familia o personas elejidas para la guarda e inspeccion, o porque de cualquier modo ha eludido su vigilancia, no será obligado el marido a reconocer el hecho i circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren inequívocamente por parte de la mujer o del hijo, en juicio contradictorio. (Art. 219. del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

por parte de la mujer ó del hijo, en juicio contradictorio.

La ley puntualiza las causales que obstan á que se realicen la guarda é inspección :

1ª. Si la mujer no ha denunciado la preñez :

2ª. Si ha rehusado mudar de habitación pidiéndolo el marido :

3ª. Si se ha sustraído al cuidado de la familia ó personas elegidas para la guarda é inspección ; y

4ª. Si ha eludido de cualquier modo la vigilancia de dichas personas ó familia.

La mujer está obligada á denunciar al marido la preñez dentro de plazo cierto, y si la denunciación es extemporánea, por cuanto el juez declara que el retardo no es justificable ni disculpable, no hay en realidad denunciación.

El marido tiene siempre derecho para exigir que la mujer mude de habitación, y no sabemos á qué se refieren las palabras *sin justa causa*, comprendidas en la causal segunda. Puede haber controversia, ya sobre la designación de la compañera que sirva de guarda, ya sobre la matrona, ya sobre la familia en cuyo seno debe colocarse á la mujer; pero no puede versar sobre el cambio de habitación, porque á él está obligada la mujer tan luego como el marido se lo exija.

Las causales tercera y cuarta consisten en meros hechos y al marido le correspondería justificarlos.

Cuandoquiera que la mujer ó el hijo pretendan que éste es legítimo, podrá alegar el marido que la mujer no puso en su conocimiento la preñez, ó que, habiéndola puesto, ocurrió cualquiera de las otras causales determinadas en el artículo 194; y entonces la mujer ó el hijo deberán justificar el hecho y circunstancias del parto en juicio contradictorio.

Probadas las circunstancias del parto, el hijo sería legítimo, á menos que el marido impugnase la paternidad conforme á los artículos 180, 181 y 183.

61. II. La ley no ha previsto el siguiente gravísimo caso.

Supóngase que durante el juicio de divorcio la mujer está actualmente separada del marido; que hace la denunciación prescrita por el artículo 191 ; que á consecuencia

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

de ella el marido envía la compañera de buena razón y la matrona que inspeccione el parto; que efectuado éste, continúa sustanciándose el juicio de divorcio, y que la mujer vuelve á estar en cinta, y lo denuncia nuevamente al marido. ¿Debería el marido aceptar la denunciación, y hacer uso de los derechos que le concede el artículo 192? Si constan el hecho y las circunstancias del parto, ¿ el hijo será legítimo?

El artículo 191 prescribe que si la mujer durante el juicio de divorcio está actualmente separada, denuncie la preñez al marido *dentro de los treinta días contados desde la separación actual.*

Luego, la mujer no pudiera denunciarla después, ni el marido estaría obligado á emplear precauciones.

Pero si bien es evidente que el marido no está obligado á tales precauciones, se origina otra dificultad todavía más grave. Conforme al artículo 194, ¿qué consecuencias se desprenden de la falta de denunciación? Las consecuencias se reducen á que el marido no tiene de aceptar el hecho y circunstancias del parto, sino cuando constan inequívocamente en juicio contradictorio. Pero, justificadas, el hijo es legítimo y el marido no pudiera impugnar la legitimidad sino conforme á los artículos 180, 181 y 183.

Las reglas generales puntualizadas en el § I del Título VII, no tienen otras excepciones que las comprendidas en los parágrafos 2º ,3º y 4º; y ninguna de ellas dice que *el hijo concebido durante el juicio de divorcio es ipso iure ilegitimo;* pues no establece otra excepción que la relativa al hijo que nace fuera de los trescientos días subsiguientes al divorcio.

Las reglas que nos dan los artículos 191, 192 y 193 no conducen sino á determinar la persona á quien incumbe la prueba del hecho y circunstancias del parto. Determinadas, el hijo es legítimo y no puede impugnarse su legitimidad sino conforme á los ya citados artículos 180, 181 y 183.

Es evidente que si bien la consecuencia es inmoral y absurda, debemos aceptarla, porque, como lo ha observado mil veces Laurent, la ley ha de aplicarse por el juez mientras ella subsista, y solo al legislador le incumbe reformarla.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 195. Si el marido, despues de la denunciacion antedicha, no usare de su derecho de enviar la guarda i la matrona, o de colocar a la mujer en una casa honrada i de confianza, será obligado a aceptar la declaracion de la mujer acerca del hecho i circunstancias del parto.

REFERENCIAS.

Derecho. 578.
Obligado. 1437.
Todo el artículo. 76. 179. 180.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 220. Si el marido, despues de la denunciacion antedicha, no usare de su derecho de enviar la guarda i la matrona o de colocar a la mujer en una casa honrada i de confianza, será obligado a aceptar la declaracion de la mujer acerca del hecho i circunstancias del parto; i si declarare que el hijo no es suyo, deberá probarlo con arreglo a los artículos 205, 206, provocando el juicio de ilejitimidad en tiempo hábil (a).

C. E. 190. Si el marido, después de la denunciación antedicha, no usare del derecho de enviar la guarda y la matrona, ó de colocar á la mujer en una casa honrada y de confianza, estará obligado á aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto.

C. C. 229.

D. XXV. III. 1. § 4. Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemiserit, aut, contra denuntiaverit, non esse ex se praegnantem, cogatur maritus

§ 4. La pena del marido es, que si no pusiere guardas, ó por el contrario hiciere saber que no está preñada de él, se obligue al marido á reconocer al que

(a) Si el marido, despues de la denunciacion antedicha, no usare de su derecho de enviar la guarda i la matrona, o de colocar a la mujer en una casa honrada i de confianza, será obligado a aceptar la declaracion de la mujer acerca del hecho i circunstancias del parto. (Art. 220 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

partum agnoscere, et si non agnoverit, extra ordinem coercetur. Debebit igitur respondere, non esse ex se praegnantem, aut nomine eius responderi. Quodsi factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit.

§ 11. Quemadmodum per contrarium si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum praeiudicium sibi faciet; licebit igitur ei partum editum ex se negare, nec ei nocebit, quod ventrem custodierit. Et ita Marcellus libro septimo Digestorum scripsit; ait enim, sive quis neget uxorem, sive ex se praegnantem, sine praeiudicio recte mittet custodes, maxime si missurus id ipsum protestetur.

§ 14. Idem Iulianus scribit, si uxore denuntiante se praegnantem maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere. Ceterum si esse satis iniuriosum ait, si quis longo tempore abfuerit, et reversus uxorem praegnantem invenerit, et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae Senatusconsulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci.

nazca; y si no lo hiciere, será condenado á pena extraordinaria: esto supuesto, deberá responder, ó se responderá en su nombre, que no está preñada de él; y si se hiciere así, no tendrá necesidad de reconocerle si verdaderamente no fuere su hijo.

§ 11. Al contrario, así como si el marido á quien la mujer lo hizo saber para que pusiere guardas, no le perjudica: le será permitido negar que el que ha nacido es suyo: ni le perjudicará que haya puesto guardas á la mujer preñada, como dice Marcelo en el libro siete de los Digestos. Dice también: ya sea que alguno niegue que la que está preñada, fué su mujer, ó que está preñada de él, no le perjudica haberle puesto guardas, particularmente si las puso con protesta.

§ 14. También escribe Juliano que si haciéndolo saber al marido, no negare que la mujer estaba preñada de él, esto no prueba que el que nace sea suyo; pero que se le ha de precisar á que le alimente; porque es bastante injurioso que si alguno estuvo ausente por mucho tiempo, y volviendo, encontrare á su mujer preñada, y por esto la repudiare sea su heredero, por haber omitido alguna de las cosas que expresa la constitución del Senado.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO

62. Si denunciada la preñez, el marido no ejerce los derechos que le conceden los arts. 192 y 193, deberá aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto.

La ley ha facultado al marido para emplear todas las precauciones conducentes á cerciorarse del nacimiento del hijo. Si no las emplea, suya es la culpa, y sólo á él puede perjudicar su negligencia ó su ilimitada confianza en la mujer.

Pero obsérvase que la ley no impone al marido otra obligación que la de aceptar el hecho y circunstancias del parto, mas no la identidad del recién nacido. El marido pudiera, pues, desconocerla, justificando que la persona que pasa por hijo de la mujer es distinta del que ésta dió á luz. Tal prueba se sujetaría á las reglas sobre la maternidad disputada.

Art. 196. Aunque el marido tome todas las precauciones que le permiten los artículos precedentes, o sin ellas se prueben satisfactoriamente el hecho i circunstancias del parto, le queda a salvo su derecho para no reconocer al hijo como suyo, con arreglo a los artículos 180 i 181, provocando el juicio de ilejitimidad en tiempo hábil (*).

REFERENCIAS.

Artículos precedentes. 192. 193.
Se prueben. 1698.
Tiempo hábil. 183. 186.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 221.
C. E. 191.
D. XXV. III. I. § II. 14. (Véanse las *Concordancias* del art. 195).

(*) Savigny. III. 1. § 132.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

63. I. Aunque el marido tome todas las precauciones puntualizadas en los arts. 191, 192 y 193, ó sin ellas se prueben satisfactoriamente el hecho y circunstancias del parto, quedará á salvo su derecho para impugnar la paternidad.

Clarísima es la regla. Ya hemos visto que todas las precauciones sólo conducen á que el marido se cerciore así del hecho y circunstancias del parto como de la identidad del recién nacido. Pero de ahí no se deduce que el hijo sea suyo. Aunque tiene éste á su favor la regla puntualizada en el art. 180, el marido puede rendir prueba en contrario, justificando, ó bien la imposibilidad física de reunirse á su mujer durante los ciento veinte días en que pudo efectuarse la concepción, ó bien el adulterio de la mujer y la imposibilidad moral de que él sea el padre.

No referimos en todas sus partes á los comentarios de los arts. 180 y 181.

64. II. El marido debe deducir la acción dentro de los sesenta días contados desde que supo el nacimiento del hijo.

El comentario del art. 183 es el que explica esta regla.

Art. 197. No pudiendo ser hecha al marido la denunciacion prevenida en el art. 191, podrá hacerse a cualquiera de sus consanguíneos dentro del cuarto grado, mayores de veinte i cinco años, prefiriendo a los ascendientes lejítimos; i aquel a quien se hiciere la denunciacion podrá tomar las medidas indicadas en los artículos 192 i 193 (a).

(a) No pudiendo hacerse al marido la denunciacion prevenida en el artículo 216, podrá hacerse a cualquiera de sus consanguíneos mayores de veinte i cinco años dentro del cuatro grado, prefiriendo a los ascendientes lejítimos; i aquél a quien se hiciere la denunciacion podrá tomar las medidas indicadas en los artículos 217 i 218. (Artículo 222 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Consanguíneos dentro del cuarto grado. 27.
Mayores de veinticinco años. 26.
Ascendientes legítimos. 27. 28.
Todo el artículo. 182. 191.

CONCORDÁNCIAS.

C. E. 192. No pudiendo ser hecha al marido la denunciación prevenida en el artículo 186, podrá hacerse á cualquiera de sus consanguíneos dentro del cuarto grado, mayores de veintiún años, prefiriendo á los ascendientes legítimos; y aquel á quien se hiciere la denunciación podrá tomar las medidas indicadas en los artículos 187 y 188.

COMENTARIO.

65. I. Si la denunciación no pudiere ser hecha al marido, podrá hacerse á cualquiera de sus consanguíneos dentro del cuarto grado mayores de veinticinco años, prefiriendo á los ascendientes legítimos.

La ley no ha determinado, y con razón, las causales que obsten á que la denunciación se haga al marido.

La ausencia, la enfermedad, la locura del marido etc., pueden impedir la denunciación, que es urgentísima; y como tratándose de la legitimidad del hijo, los consanguíneos del marido son moralmente interesados, muy razonable que á ellos se haga la denunciación.

66. II. La persona á quien se hiciere la denunciación puede tomar todas las precauciones puntualizadas en los arts. 192 y 193.

Esto no necesita comentario. La denunciación se efectúa para que el respectivo consanguíneo se cerciore del hecho y circunstancias del parto.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

§ III.

Reglas relativas al hijo póstumo.

Llámase hijo póstumo aquel cuyo nacimiento es posterior á la muerte del padre. La palabra póstumo, que se deriva de las voces latinas *post* (después) y *humus* tierra, significa literalmente después de enterrado (el padre).

Art. 198. Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto.

La denunciacion deberá hacerse dentro de los treinta dias subsiguientes a su conocimiento de la muerte del marido, pero podrá justificarse o disculparse el retardo, como en el caso del artículo 191, inciso 2°.

Los interesados tendrán los derechos que por los artículos anteriores se conceden al marido en el caso de la mujer recien divorciada, pero sujetos a las mismas restricciones i cargas (*).

REFERENCIAS.

Podrá denunciarlo. 191.
Los que, no existiendo el póstumo, serían llamados á suceder al difunto. 77.
Dentro de los treinta dias. 48-50.
Artículos anteriores. 192. 193.
Restricciones y cargas 192-193.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 222. Muerto el marido, la mujer que se siente o creyere sentirse fecundada por él, lo denunciará á los

---

(*) Locré. VII. 130. art. 7. — 171. 11. — Laurent. IV. 393. 395. — Zachariae. (A. R.). I. § 136. — Delvincourt. I. p. 129 (14). — Demolombe. VII. 48. 49. 58-62. — Huc. III. 269. — Toullier. II. 1100. — Demante. III. 142. — Stephen (on Blackstone). 11. b. III. chap. III. n. I.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que, no existiendo el póstumo, serian llamados a suceder al difunto..... (a).

C. E. 193.

C. Arg. 67. Las partes interesadas aunque teman suposicion del parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo sin embargo el derecho que les compete para pedir las medidas policiales que sean necesarias.....

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

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

P. de G. 786. Cuando á la muerte del marido, su viuda quede ó crea quedar en cinta, debe ponerlo dentro de un mes en noticia de aquellos que tienen derecho inmediato á la herencia, el cual desaparecerá, ó menguará con el nacimiento del póstumo.

787. Los interesados podrán pedir al alcalde que se proceda oportuna y decorosamente á la averiguacion de si es ó no cierta la preñez.

788. Aunque resulte cierta la preñez ó los interesados no la contesten, podrán todaviá pedir al juez que dicte medidas para evitar la suposicion del parto, y que el nacido pase por de vida, no siéndolo en realidad.

789. Cuando el resultado de las diligencias de averiguación fuere contrario á la certeza de la preñez, y la viuda insista, á pesar de esto, en que aquella es cierta, podrá pedir al juez que, con audiencia de los interesados, le señale una casa honesta, donde sea guardada á vista y con todas las precauciones necesarias, hasta el tiempo natural del parto.

(a) Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serian llamados a suceder al difunto..... (Art. 223 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

790. En el caso del artículo anterior, podrán los interesados pedir en cualquier tiempo que se repitan las diligencias de averiguación.

791. Si el marido reconoció, en instrumento público ó privado, la certeza de la preñez, no podrá procederse á su averiguación, pero sí á las diligencias prescritas en el artículo 788.

792. La viuda en cinta, aun cuando sea rica, debe ser alimentada competentemente de los bienes hereditarios, habida consideración á la parte que en ellos tendrá el póstumo, si nace y es de vida.

793. Si la viuda no cumple con lo prevenido en el artículo 786, ó no guarda las medidas dictadas por el juez ó alcalde, podrán estos negarle los alimentos. Sin embargo, cuando en este último caso resultare cierta la preñez por averiguaciones posteriores, se deberán los alimentos como si desde el principio hubiere resultado cierta. De todos modos, la omisión de la madre no perjudica á la legitimidad del parto, cuando por otros medios legales constare ella.

C. Esp. 959. Cuando la viuda crea haber quedado en cinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan á la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer ó disminuír por el nacimiento del póstumo.

960. Los interesados á que se refiere el precedente artículo podrán pedir al Juez municipal, ó al de primera instancia donde lo hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, ó que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Cuidará el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni á la libertad de la viuda.

961. Háyase ó no dado el aviso de que habla el artículo 959, al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados. Éstos tendrán derecho á nombrar persona de su confianza, que se cerciore de la realidad del alumbramiento.

Si la persona designada fuere rechazada por la paciente, hará el juez el nombramiento, debiendo éste recaer en facultativo ó en mujer.

962. La omisión de estas diligencias no perjudicará á la legitimidad del parto, la cual, si fuere impugnada, podrá acreditarse por la madre ó el hijo, debidamente representado.

La acción para impugnarla por parte de los que tengan

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

este derecho, prescribirá en los plazos señalados en el artículo 113.

963. Cuando el marido hubiere reconocido en documento público ó privado la certeza de la preñez de su esposa, estará ésta dispensada de dar el aviso que previene el artículo 959, pero quedará sujeta á cumplir lo dispuesto en el 961.

P. VI. VI. 17. Mugeres y ha algunas que despues que sus maridos son muertos, dizen que son preñadas dellos : e porque en los grandes heredamientos que fincan despues de muerte de los omes ricos, podria acaescer, que se trabajarian las mugeres de fazer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diziendo que eran suyos; porende mostraron los Sabios antiguos manera cierta, porque se puedan los omes guardar desto. E dixeron que quando la muger digesse que fincaua preñada de su marido, que lo deue fazer saber a los parientes mas propincos del diziendoles, de como era preñada de su marido. E esto deue fazer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuesse muerto, fasta que ellos embien catar, si es preñada, o non. E si por auentura los parientes dubdaren en esto, deuen embiar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten el vientre de manera que non la tengan contra su voluntad, e de si, puedan embiar quien la guarde, si quisieren. E la guarda desta muger deue ser desta guisa. Ca el Juez de aquel logar, do esto acaesciere, si los parientes del muerto lo demandaren, deue catar casa de alguna buena dueña, e honesta, en que more esta muger fasta que para. E ella, morando en casa desta buena dueña, cuando asmare que deue parir, deuelo fazer saber a los parientes del finado, treynta dias ante que encaezca; porque ellos embien otra vez algunas buenas mugeres, e honestas, que la caten el vientre. E en aquella casa do ouiere a parir, non deue auer mas de una entrada; e si mas touiere, deuenlas cerrar : e a la puerta de aquella casa, do esta la muger que dizen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes, e tres mujeres libres, e ayan ellos dos compañeros, e ellas dos compañeras, que la guarden. E cada que ouiere esta mujer a salir de aquella casa, a otra que sea dentro en aqualla morada, para entrar en baño, o por otra cosa qualquier, que sea menester; deuen catar aquellas que la guardan, toda la casa, do quier que entrare, o el logar do se quisiere bañar, de guisa, que no sea dentro otra muger que fuere preñada, o algund niño ascondido, o otra cosa alguna, en que pudiesen rescebir engaño. E quando algund ome, o

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

muger, quisiere entrar a ella, deuenla escodriñar de manera que en su entrada otrosi, non pueda ser fecho engaño. Otrosi dezimos, que sintiendo la mujer en si misma tales señales, porque entendiesse que era cerca el parto, deuelo aun fazer saber a los parientes otra vez, que la embien a catar, e guardar, si quisieren. E quando fuere cuytada por razon del parto, non deue estar en aquella casa, do ella esta, ome ninguno: mas pueden estar y fasta diez mugeres buenas, que sean libres, e fasta seys siruientas, que non sea ninguna dellas preñada, e dos otras mugeres sabidoras que sean vsadas de ayudar a la mujer, quando encaesce. E deuen arder en aquella casa cada noche tres lumbres, fasta que para porque non pueda y ser fecho algund engaño ascondidamente. E quando la criatura fuere nascida, deuenla mostrar a los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la mujer, de que fuere dubda si era preñada, o non, heredara el fijo que nasciere della, despues de la muerte de su marido, los bienes del. E si esta muger sobredicha, de que fuere dubda, si era preñada, o non, non se quisiesse dexar catar el vientre, o non quisiere que la guardassen, assi como sobredicho es, o en otra manera que fuesse guisada, e vsada en el logar do biue, maguer pariesse, e biuiesse el fijo, non le entregarian de los bienes del muerto; a menos de ser prouado, que la criatura nasciera della, en tiempo que pudiera ser fijo, o fija de su marido.

D. XXV. I. I. 10. 14. (Véanse las *Concordancias* de los artículos 191 y 195).

COMENTARIO.

67. I. Muerto el marido, si la mujer juzgare que está embarazada podrá denunciarlo á los que, no existiendo el póstumo, serían llamados á suceder al difunto.

La ley concede entonces á la mujer una mera *facultad* de denunciar ó no denunciar la preñez á las personas interesadas en la sucesión del marido.

La principal diferencia entre el art. 191 y el 198 consiste, pues, en que según el primero la mujer está OBLIGADA á denunciar la preñez al marido; y, conforme al art. 198, la denunciación es FACULTATIVA.

Ya observamos que estando la mujer separada del ma-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

rido á causa de divorcio, eran necesarios los medios conducentes á evitar que se engañase al marido. Mas, tratándose del hijo póstumo, no militan las mismas razones; pues el haber muerto el marido no origina sospechas contra la conducta de la mujer. Pero como los intereses del póstumo pugnan con los de las personas interesadas en la sucesión del marido, pueden suscitarse desavenencias entre la mujer y esas personas, y convenía que se concediese á la mujer la *facultad* de denunciarles el embarazo.

68. II. La denunciación deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes á aquel en que la mujer supo la muerte del marido.

Desde el fallecimiento del marido principia la pugna entre los intereses del póstumo y los de los herederos; y desde entonces debe reflexionar la mujer en si le conviene denunciarles el embarazo. La denunciación posterior, lejos de favorable á la mujer, haría sospechosa su conducta.

69. III. Si la denunciación fuere despues de los treinta días, el retardo podrá justificarse ó disculparse como en el caso del art. 191.

Limitámonos, pues, á referirnos á ese artículo.

70. IV. Los interesados tendrían los derechos que según los arts. 192 y 193 se conceden al marido; pero sujetos á las mismas restricciones y cargas (29).

---

(29) Discútese el artículo 7 (a).

M. Tronchet. " Pido que se emplee en este artículo la expresión curador al vientre (curateur au ventre); la cual es usada en el lenguaje de las leyes; es más lacónica, y designa con más propiedad las funciones de curador que las de curador del hijo por nacer; las cuales inducirían á juzgar que el curador no debe cuidar del hijo sino después del nacimiento, al paso que la vigilancia se extiende igualmente á evitar la suposición de parto. " Acéptase el artículo con esta reforma " (Locré. VII. 171. 11.)

" El curador al vientre es nombrado para que también vigile á la mujer, é impida supresión ó suposición de parto, ó suplantación de un hijo á otro.

(a) Si, lors du décès du mari, la femme reste sans enfants, mais enceinte, il sera nommé un curateur à l'enfant à naître. A la naissance de cet enfant, la mère en deviendra tutrice; et le curateur en sera, de plein droit, le subrogé tuteur.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los derechos que pueden ejercer los interesados consisten, ya en enviar á la mujer una compañera de buena

---

" Esta vigilancia debe ejercerse por el curador con muchos miramientos y discreción. El curador, á no dudarlo, no tiene precisamente autoridad sobre la mujer, al que puede asegurarse que el respeto debido á la libertad individual y á las costumbres sociales reducen, en este sentido, sus derechos á una especie de abstracción.

" Quien se propone un fin concede los medios; y la ley, que encomienda al curador el velar por intereses de la mayor importancia, así públicos como privados, le autoriza para que emplee los medios indispensables conducentes á descubrir el fraude y el crimen que debe vigilar.

" Es verdad que los redactores del Código de Napoleón no han reproducido las disposiciones de la ley romana : De *inspiciendo ventre, custodiendoque partu.* Han procedido bien en no aumentar los pesares de la viuda que después de la muerte del marido queda en cinta, humillándola con las visitas de las obstetrices; y comprendo por qué no han determinado el número de luces que alumbrarán entonces el aposento donde se efectúa el parto.

" Pero no debemos pasar á los extremos, esto es, de un exceso de precauciones á otro de imprevisión.

" Y ante todo opino, con M. Magnin, que el curador, en virtud de su cargo, tiene el derecho de visitar á la mujer en su domicilio y de asistir al parto.

" Añado que el Código de Napoleón se refiere, por su silencio, á la prudencia de los magistrados, que en caso de controversia entre el curador y la mujer, pueden dictar todas las providencias que les parezca convenientes y necesarias, atentas las circunstancias y los peligros de la situación.

" Juzgo, por ejemplo, que el curador puede exigir que la mujer sea visitada por matronas, y que el Tribunal puede ordenarlo, si en efecto circunstancias especiales y graves sospechas inducen á juzgar que la mujer simula preñez ó al contrario oculta una verdadera. " (Demolombe. VII. 58. 60.)

" ¿Cuáles son las funciones del curador? Debe vigilar á la madre para impedir suposición de parto? El Derecho romano le autorizaba para ejercer una vigilancia que Toullier califica inquisitorial; y juzga con razón que nuestros hábitos sociales proscriben una inquisición vejatoria é inmoral, que pudiera degenerar en atentado contra la libertad individual. Necesario, pues, que la vigilancia del curador no se oponga á los hábitos de urbanidad, esto es, á esa delicadeza que debemos al progreso de la civilización, ni á la libertad individual que forma la esencia de nuestra existencia civil y política. " (Laurent. IV. 395.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

razón que la sirva de guarda y una matrona que inspeccione el parto, ya en exigir que la mujer se traslade al seno de una familia honesta y de su confianza.

Como la denunciación conduce á que los interesados se cercioren del hecho y circunstancias del parto y de la identidad del recien nacido, nada más natural que, hecha, ejerzan los interesados los mismos derechos que en el respectivo caso podría ejercer el marido.

Si denunciada la preñez, la mujer se hallare en cualquiera de los casos que el art. 194 puntualiza, los herederos no estarán obligados á reconocer el hecho y circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren por parte de la mujer ó del hijo en juicio contradictorio.

Las restricciones consistirían en que decidiera el juez las controversias sobre la designación de la compañera ó matrona, de la familia á cuyo seno se traslade la mujer; las cargas, en que los gastos de inspección y guarda serían de cuenta de los interesados, y en que, á no hacerse uso de los derechos concedidos por los arts. 192 y 193, debieran aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto.

Art. 199. La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo i en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia i para el parto; i aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no será obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a ménos de probarse que ha procedido de mala fe, prétendiéndose embarazada, o que el hijo es ilejítimo (*).

REFERENCIAS.

Bienes que han de corresponder al póstumo. 77.
Si nace vivo. 74.
En el tiempo debido. 76. 180. 185.
El hijo es ilegítimo. 184-189.

(*) Demolombe. VII. 55. — Escriche. Alimentos. § 1. nº. II.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 223.

C. E. 194. 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, o resulte no haber habido preñez, no estará obligada á restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo es ilegítimo.

C. Arg. 248. La madre tendrá derecho á que de los bienes que han de corresponder al póstumo se le asigne lo necesario para los gastos que se causaren por el parto; y aunque el hijo no nazca vivo ó resulte que la mujer no ha estado embarazada, no estará obligada á restituir lo que hubiere recibido.

P. de G. 792. La viuda en cinta, aun cuando sea rica, debe ser alimentada competentemente de los bienes hereditarios, habida consideración á la parte que en ellos tendrá el póstumo, si nace y es de vida.

793. Si la viuda no cumple con lo prevenido en el artículo 786, ó no guarda las medidas dictadas por el juez ó alcalde, podrán estos negarle los alimentos. Sin embargo, cuando en este último caso resultare cierta la preñez por averiguaciones posteriores, se deberán los alimentos como si desde el principio hubiere resultado cierta. De todos modos, la omisión de la madre no perjudica á la legitimidad del parto, cuando por otros medios legales constare de ella.

794. Aun cuando resulte que la preñez no era cierta ó se siga el aborto, no podrán reclamarse de la viuda los alimentos que haya percibido.

795. El juez procederá sumariamente en el punto de alimentos, resolviendo las dudas en sentido favorable al póstumo.

C. Esp. 964. La viuda que quede en cinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración á la parte que en ellos pueda tener e póstumo, si naciere y fuere viable.

P. III. XXII. 7..... quando alguna muger finca preñada de su marido que fino, e demanda al judgador en nome de aquella criatura que tiene en el vientre, quel entreguen de los bienes que fueron de su marido, e los tenedores

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dellos dizen, que non fue su muger legítima, o que non fincara preñada del. Que dando ella prueuas, o presunciones, que era su muger legitima, e que fincara preñada del; maguer las pruebas fuessen dubdosas, e non le dixessen claramente, deue ser apoderada por juyzio, de aquellos bienes que demanda en nome de aquella criatura, de que es preñada; e puede biuir, e mantenerse en ellos.....

COMENTARIO.

71. I. 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 la subsistencia y para el parto.

En cuanto á nacer vivo el hijo, véase el comentario del artículo 74.

Es de observar que en el artículo 194 del Código ecuatoriano se copió textualmente el artículo que comentamos, sin atenderse á que el artículo 71 del propio Código alteró el sistema, aceptando la Ley recopilada, según la cual no llega á existir el hijo sino cuando vive veinticuatro horas después de separado completamente de la madre. Por lo mismo en el artículo 194 debió decirse : Si vive veinticuatro horas después de separado de la madre.

72. II. El hijo nace en el tiempo debido, cuando el parto se efectuá dentro de los trescientos días subsiguientes á la muerte del marido; y si antes de morir hubiere estado él en absoluta imposibilidad de tener acceso á la mujer, los trescientos días se cuentan desde que principió la imposibilidad.

73. Según el artículo 77 el hijo que está en el vientre materno se reputa nacido cuando se trata de sus derechos; y como ningún derecho es más precioso que el de la existencia, la cual depende entonces de la salud de la madre, de todo punto necesario disponer que se suministren á ésta los gastos de subsistencia y los del parto.

74. III. Aunque el hijo no nazca vivo ó resulte no haber habido preñez, la mujer no estará obligada á restituir lo que se le hubiere dado, á menos de probarse que procedió de mala fe fingiéndose embarazada, ó que el hijo es ilegítimo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si el hijo no nace vivo, ó si, conforme al sistema del Código ecuatoriano, no vive veinticuatro horas, no tiene existencia legal; y como la ley procede sobre el supuesto de que ni se esperaba la existencia de este hijo, era menester una regla especialísima para que la madre no estuviese obligada á restituir las sumas de dinero que se le hubieren dado para alimentos y para el parto.

Todavía era más dudoso el caso en que no hubiere habido preñez. La mujer puede equivocarse sobre los síntomas de aquélla; y la ley la hubiera tratado con extrema dureza, si cuandoquiera que hubiese tal equivocación la obligara á restituir lo recibido para tales gastos.

Ya observamos, al comentar el artículo 192, que la prueba de que la mujer se ha fingido embarazada será en la mayor parte de los casos muy difícil, por no decir imposible.

El tiempo en que los herederos estén obligados á contribuir para la subsistencia de la mujer, no podrá pasar de aquel que dura la gestación; y en los gastos del parto se comprenden no sólo los del parto mismo, sino también los que se hicieren mientras la convalecencia.

Cuando el hijo es ilegítimo, bien sea porque nace después de los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio, bien porque los herederos ú otros interesados impugnaren la legitimidad conforme al artículo 184, comete la mujer un delito civil si pretende que el hijo es del marido, y debe indemnizar todos los perjuicios; entre los cuales se cuentan los gastos invertidos en la subsistencia y el parto de la mujer.

---

§ IV.

Reglas relativas al caso de pasar la mujer a otras nupcias.

Art. 200. Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, i se invocare una decision judicial, el juez decidirá, tomando en consideracion las circunstancias,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

oyendo ademas el dictámen de facultativos, si lo creyere conveniente (*).

REFERENCIAS.

Se dudare á cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo. 76. 180.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 224.

C. E. 195. Cuando, por haber pasado la madre á otras nupcias, se dudare á cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se solicitare una decisión judicial, el juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias, y oyendo el distamen de facultativos, si lo creyere conveniente.....

C. Arg. 241. Si disuelto ó anulado el matrimonio, la madre contrajere otro en el plazo prohibido por el artículo 236 del título anterior, el hijo que naciere antes de los ciento ochenta días del segundo matrimonio, se presume concebido en el primero, siempre que naciere dentro de los trescientos días de disuelto ó anulado el primer matrimonio.

242. Se presume concebido en el segundo matrimonio el hijo que naciere despues de los ciento ochenta días de su celebracion, aunque se esté dentrode los trescientos días posteriores á la disolucion del primer matrimonio.

C. C. 234.

COMENTARIO.

75. Si bien el Código chileno prohibe que la mujer pase á segundas ó ulteriores nupcias mientras no transcurran diez meses desde la muerte del marido; ó si hubiere quedado en cinta, mientras no se efectúe el parto; debió preverse que la mujer eluda esas disposiciones, y que casándose muy poco tiempo después de la muerte del marido,

---

(*) Dalloz. Paternité et Filiation. 91-93. — Laurent. III. 388. — Demolombe. V. 91. 93-97. — Toullier. II. 663-666. — Zachariae. (M. V.). I. § 161. — Zachariae. (A. R.). VI. § 545. 3°. — Vazeille. I. 99. — Duranton. III. 63. — Stephen (on Blackstone). II. b. III. chap. III. n. I. — Ortolan, I. 121.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sea dudoso á cuál de los dos matrimonios pertenece el hijo.

Muere el marido el 1° de enero, el 20 del mismo mes contrae la mujer segundo matrimonio, y dentro de los doscientos sesenta días da á luz un hijo.

Según la presunción legal establecida por los artículos 76 y 180 del Código civil, cualquiera de los dos maridos puede ser el padre.

Estando en pugna dos presunciones que tienen un mismo valor, lo más razonable era que el juez atendiese en este caso á las circunstancias (30), y que, aun oyendo el dictá-

---

(30) " La viuda pasa á segundas nupcias, y pare después de la celebración de su nuevo matrimonio, pero menos de trescientos días después de la disolución del primero.

" ¿A cuál de los dos maridos pertenece el hijo?

" Hé aquí un grave conflicto entre dos presunciones legales, y muy razonable es la duda. Así, esta hipótesis ha ejercitado maravillosamente la imaginación de los antiguos jurisconsultos.

" Unos dicen : este hijo no pertenece ni al primero ni al segundo marido; porque dos presunciones inconciliables se destruyen recíprocamente.

" Otros contestan que es todo lo contrario. El hijo pertenecerá á un mismo tiempo al primero y al segundo marido; porque cada una de las presunciones, que le protege, debe surtir efecto.

" Que el hijo designe el padre dice una tercera opinión; porque no es posible que tenga dos padres; y tampoco se le puede dejar sin ninguno, cuando precisamente tiene dos presunciones legales...

" Por fin se pretende que la controversia se resuelva por las relaciones más ó menos claras de semejanza física ó moral entre el hijo y uno ú otro de los dos maridos.

" No juzgo que todas estas opiniones sean seriamente probables, y por eso no las han aceptado los autores modernos, que se acuerdan generalmente en que á los tribunales pertenece decidir cuál de los dos maridos es el padre, según los circunstancias, y, en caso de duda, atendiendo al mayor interés del hijo." (Demolombe. V. 93.)

" Las presunciones que la ley establece sobre la duración de la preñez originan una dificultad que parece insuperable. Según el art. 228 la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino transcurridos diez meses desde la disolución del matrimonio

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

men de facultativos, *decidiese cuál de los dos maridos es el padre.*

El juez puede tomar en consideración, entre otras, las siguientes circunstancias:

1ª. El tiempo transcurrido, ya desde la muerte del primer marido, ya desde el segundo matrimonio.

2ª. La edad y la salud de cada uno de los maridos.

---

precedente. El art. 296 extiende esa disposición á la mujer divorciada.... Pero á veces las viudas ó divorciadas no aguardan ese plazo para contraer nuevas nupcias; como el impedimiento no es sino prohibitivo, el matrimonio no se anula. Si la mujer que pasa á segundas nupcias en el mes subsiguiente á la muerte del marido pare en el séptimo, octavo ó noveno mes del segundo matrimonio, ¿á quién pertenecerá el hijo? El hijo pertenecerá al primer marido, si se aplica la presunción de la preñez más larga, y al segundo, si la presunción de la preñez más corta. Luego, hay incertidumbre sobre la filiación, y esa confusión de parto es lo que el legislador ha querido evitar, prescribiendo el plazo de diez meses á la mujer viuda ó divorciada. ¿Cómo se decide la dificultad? Este es uno de los célebres problemas que han ejercitado la sagacidad de los legistas... La opinión que reune más sufragios entre los jurisconsultos modernos atribuye la decisión del litigio á los tribunales, en el sentido que juzgarán según las circunstancias, esto es, atendiendo ó la verosimilitud de los hechos conocidos. Si según el dictamen de facultativos, la constitución física del hijo nacido en el décimo mes fuese tal que debiera admitirse un nacimiento tardío, el juez declararía que el hijo es del primer marido, á menos que la caducidad, la ausencia ó la enfermedad del marido difunto no inclinase la balanza por el segundo. Si el nacimiento fuese precoz, el juez atribuiría la paternidad al segundo marido". (Laurent. III. 388.)

" Opino con Proudhon que la decisión más prudente sería la que estuviese de acuerdo con la verosimilitud de los hechos. Así, la presunción de paternidad á favor del segundo marido debiera prevalecer si, según el dictamen de facultativos, la constitución física del hijo pareciese que la concepción no pudiera ser anterior al segundo matrimonio. La caducidad, la ausencia, la enfermedad del primero pudieran concurrir á fortalecer la presunción á favor del segundo. La presunción contraria se presentaría á favor del primero, si la mujer hubiese parido poco tiempo después de los ciento ochenta días del segundo matrimonio, y el hijo estuviese constituido de manera que los facultativos opinen que su nacimiento fue tardío. " (Duvergier, anotaciones á Toullier. II. 666.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

3ª. La semejanza del hijo á alguno de ellos.

Si, por ejemplo, hubieren transcurrido doscientos ochenta dias desde la muerte del primer marido, y ciento ochenta y un días desde el segundo matrimonio, y el hijo estuviere tan desarrollado, que los facultativos opinen que tiene ya nueve meses, el juez no pudiera vacilar en que el hijo pertenece al primer marido.

Si el primer marido estuvo largo tiempo enfermo, si durante algún tiempo la mujer no había dado á luz ningún hijo, lo más natural sería presumir que en este caso el hijo pertenece al segundo marido.

Si hubiere habido mucha diferencia entre la raza de los dos maridos, como á ser el primero de raza sajona y el segundo mulato, y el hijo fuere también mulato; no hubiera duda en cuanto á la paternidad.

Pero casos habrá en que el juez no tenga ningún signo seguro para decidir, y entonces debe tomar en consideración los intereses del hijo, atribuyéndole la paternidad que le sea más ventajosa.

Y sorprende que el buen juicio y criterio de Dn. Andrés Bello, no hubiesen completado en ese sentido la regla que comentamos.

Si, por ejemplo, el primer marido dejó herencia cuantiosa, que pasaría á los colaterales, y el segundo marido es pobre, ¿cómo no prescribir al juez que á estar perplejo en cuanto á la paternidad, la atribuya al primer marido?

Art. 201. Serán obligados solidariamente a la indemnizacion de todos los perjuicios i costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que ántes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, i su nuevo marido.

REFERENCIAS.

Solidariamente obligados. 1511.
Indemnizar los perjuicios. 1556-1558.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 225.
C. E. 195..... En el caso de este artículo, la mujer y su

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nuevo marido estarán solidariamente obligados á indemnizar los perjuicios y costas ocasionados á terceros por la incertidumbre de la paternidad.
C. C. 235.

COMENTARIO.

76. Si la mujer infringe la ley que le prohibe pasar á otras nupcias mientras no transcurra cierto tiempo, ella y su marido cometen un delito civil, y son solidariamente responsables de los perjuicios que sobrevienen á terceros á causa de la incertidumbre de la paternidad.

Los perjuicios serían todos los que fuesen consecuencia inmediata y directa de esa incertidumbre, entre los cuales se contarían las costas del litigio.

El artículo 195, inciso 2º, del Código ecuatoriano, que copiando el 201 del Código chileno impone á la mujer y al marido la misma obligación de indemnizar los perjuicios y costas ocasionados á terceros por la incertidumbre de la paternidad; ese artículo, decimos, es absurdo, pues ya observamos que en el Ecuador, siguiéndose las doctrinas canónicas, la mujer tiene perfecto derecho para casarse tan luego como fallece el marido.

Ahora bien, si según un aforismo jurídico el que hace uso de sus derechos á nadie injuria, ¿por qué se castiga á la mujer y al nuevo marido que casándose tienen hijos?. Los célebres reformadores del Código ecuatoriano pretendieron, á no dudarlo, que la mujer que se apresura á casarse y su nuevo marido hagan voto de castidad para no ser responsables de los perjuicios.

La disposición de puro absurda se ha convertido, pues, en ridícula.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

TÍTULO VIII

De los hijos legitimados por matrimonio posterior a la concepcion

Art. 202. Son tambien hijos lejítimos los concebidos fuera de matrimonio i lejitimados por el que posteriormente contraen sus padres, segun las reglas i bajo las condiciones que van a espresarse (*).

REFERENCIAS.

Hijos legítimos. 35.
Concebidos fuera de matrimonio. 180.
Todo el artículo 30. 214.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 226.
C. E. 196.
C. Arg. 311. Los hijos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepcion de aquellos pudieron

---

(*) Savigny. VIII. § 380. 396. — Locré. I. 292. 63. — VI. 29. art. I. 2. — 206. 28 — 259. 29 — 311. 31. — Pothier. Mariage. 408-410. 412. 418. 421. — Merlin. Legitimation. Sect. III. § II. n. 1-3. 11. — Dalloz. Paternité et Filiation. 399. 402-404. 441. 464. 465. 477. — Laurent. IV. 164. 166-169. — Demolombe. V. 341. 342. 357. 358. 360. — Toullier. II. 919-923. — Zachariae (M. V.). I. § 163. — Zachariae. (A. R.). VI. § 546. — Delvincourt. I. p. 372 (11). — Escriche. Hijo legitimado. — Kent. II. XXIX. 4. — Stephen (on Blackstone), II. b. III. chap. III. n. I. — Story. § 87. 105. — Calvo. II. § 821. — Foelix. I. 33. — Vincent et Pénaud. Paternité et Filiation. 51-73. — Despagnet. 276-280. — Fiore. II. 748-752. 755-756. — Wharton. 240-250. — Esmein. II. p. 44. — Ortolan. I. 123. 124. — Gibbon. III. chap. XLIV. p. 204. 205. — Montesquieu. XXIII. V.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres.

312. En cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen en la República, este Código no admite otros modos de legitimacion.

313. En cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen fuera de la República, se admiten los modos de legitimacion que dispusieren las leyes del país de ese domicilio.

314. Las disposiciones de este título sobre la legitimacion por subsiguiente matrimonio, serán sólo aplicables á los hijos cuyos padres tengan o hubiesen tenido su domicilio en la República al tiempo de la celebracion del matrimonio.

315. En cuanto á los hijos cuyos padres tengan ó hayan tenido su domicilio fuera de la República al tiempo de la celebracion de su matrimonio, aunque otro fuese su domicilio al tiempo de la concepcion ó nacimiento, y aunque el casamiento se haya celebrado en la República, el subsiguiente matrimonio no legitimará á los hijos, si las leyes del país del domicilio del padre al tiempo de la celebración del matrimonio no admitieren este modo de legitimacion, y si lo admitieren, la legitimacion será solo juzgada por esas leyes.

C. P. 264. El matrimonio entre el padre y la madre de un hijo natural, es el único medio de legitimar á este.

C. C. 236.

C. M. 326. El único medio de legitimación es el subsiguiente matrimonio de los padres; y éste produce sus efectos, aunque entre él y el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio.

C. Esp. 120. La legitimación tendrá lugar:

1° Por el subsiguiente matrimonio de los padres.

2° Por concesión Real.

C. Aust. 161. Los hijos naturales pueden ser legitimados por matrimonio subsiguiente.....

I. I. X. 13. Aliquando autem evenit ut liberi qui, statim ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea autem rediganturin potestatem parentum...., nec non is qui, a muliere libera pro-

13. Sucede algunas veces que los hijos, cuando su nacimiento, no se hallan bajo la potestad de los padres, y después entran en esa potestad.... Así, el hijo nacido de madre libre, cuyo matrimo-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

creatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis,in potestate patris efficitur.....

nio no esta prohibido por ninguna ley, y con quien el padre no tenía sino comercio; después, extendido el instrumento dotal según nuestra constitucion, se halla bajo la potestad del padre....

COMENTARIO.

77. Recordemos la definición formulada en el artículo 35 : « Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres, que surta efectos civiles, y los *legitimados* por el matrimonio de los mismos posterior á la concepción ».

Si bien el Código califica de legítimos así á los hijos concebidos durante el matrimonio como á los concebidos antes, atiende, en cuanto á la manera de constituirse la legitimidad, á la época de la concepción; pues la legitimidad *ipso iure* no proviene sino de la concepción en matrimonio, y los hijos concebidos antes y nacidos en él son *legitimados*.

Recuérdese también que conforme al artículo 180 el hijo que nace después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él. De suerte que para calificar al hijo de legítimo ó legitimado se atiende á la época que le sea más favorable.

El artículo 202 del Código chileno difiere, como se ve, del sistema del Código de Napoleón, según el cual se determina la legitimidad, no por la concepción, sino por el nacimiento. El sistema del Código chileno es más conforme á la verdad y á los principios; pues si el mismo Código, fundándose en las leyes fisiológicas, presume de derecho que la gestación dura por lo menos 180 días, dedúcese necesariamente que el hijo nacido antes de expirar los ciento ochenta días no fue concebido en el matrimonio, y que no goza de la calidad de legítimo sino desde la fecha del matrimonio mismo. La diferencia no consiste en meras palabras, porque se investigan los derechos del hijo y los de terceros. Si el hijo nace antes de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, ejerce los derechos de hijo legítimo sólo desde

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

el día del matrimonio; pero siguiéndose el sistema del Código de Napoleón, ó bien los efectos del matrimonio se retrotraen al día de la concepción, lo cual pugna con otras disposiciones del mismo Código, ó bien no es legítimo el hijo sino desde la fecha en que el matrimonio fué celebrado.

78. Las leyes romanas establecieron la legitimación (31).

---

(31) " La legitimación de los hijos por *subsequens matrimonium* trae su origen de una constitución del emperador Constantino; la cual, aunque no ha llegado hasta nosotros, nos transcribe el emperador Zenón en la ley 5, Cod. de Nat. Lib.

" Esa ley refiere que el emperador Constantino expidió una constitución según la cual cuando un hombre tenía hijos naturales en una mujer de condición ingenua, su concubina, y carecía de hijos legítimos de un matrimonio legítimo contraído con otra mujer; el matrimonio legítimo que había contraído con la concubina, no sólo le confería á ella la calidad y los derechos de mujer legítima, *iuxta uxor*, sino que confería igualmente la calidad y los derechos de hijos legítimos á los que había tenido en esa mujer su concubina, como si hubiesen nacido durante el matrimonio; los cuales, por consecuencia, eran *sui haeredes*, y sucedían al padre, aun con los otros hijos nacidos durante el matrimonio, sin ninguna distinción.

" El emperador Zenón ordena en la ley 5ª se ejecute la constitución de Constantino sólo respecto de los hijos nacidos; pero la deroga en cuanto á los que después nacieren *ex concubinatu;* y no permite que sean legitimados por el matrimonio que su padre contraiga después con la madre, por cuanto el padre debía imputarse no haber contraído con ella matrimonio legítimo.

" Parece que después se restableció la legitimación, que Zenón había abolido; pero con restricciones. Unos querían que los hijos nacidos *ex concubinatu* no fueran legitimados ni admitidos, *tanquam sui haeredes*, á la sucesión del padre, sino á no haber ningún hijo nacido del matrimonio que el padre había contraído con la madre. Otros presentaban una restricción diametralmente opuesta, y querían que no se efectuase la legitimación sino cuando hubiese hijos nacidos de ese matrimonio, los cuales comunicasen los derechos de *sui haeredes* á los que antes habían nacido. Justiniano abolió esas dos restricciones, en las leyes 10 y 11 Cod. cod. tit., y restableció el derecho de Constantino sobre la legitimación.

" Y aun la extendió después por sus novelas en dos puntos:

" 1° Según el derecho de Constantino los hijos nacidos de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Constantino y Zenón dieron sobre ella reglas provisionales, y una auténtica de Justiniano declaró definitivamente que los hijos nacidos de concubina serían legitimados por el ministerio de la ley en virtud del matrimonio de los padres.

79. El derecho Canónico extendió más todavía los efectos del matrimonio en cuanto á la legitimación de los hijos (32).

---

concubina no podían ser legitimados por el matrimonio que el padre contraía después con ella sino en caso que el padre no hubiese tenido entonces hijos legítimos. Justiniano, al contrario, ordena, en la novela 12, cap. 4°, que aun cuando un hombre tuviese hijos en matrimonio con una mujer, y que se hubiese disuelto antes de sus relaciones con la concubina, pudiese, casándose con ésta, legitimar los hijos que en ella hubiese tenido; y

2° Si por el derecho de Constantino sólo los hijos de concubina de condición ingenua podían ser legitimados por el matrimonio que el padre contraía con la madre, Justiniano dispuso después, en la novela 18, cap. fin, que los hijos nacidos de concubina de condición libertina tenían la misma ventaja. Aun dispuso que si un hombre hubiese tenido por concubina á su esclava, en quien hubiese habido hijos, podía, dando libertad á la mujer y á los hijos que en ella había tenido, y después de conseguir del príncipe los derechos de ingenuidad, contraer un matrimonio legítimo con esa mujer, y en virtud de ese matrimonio legitimar los hijos que había tenido antes. No permite, empero, legitimar á los hijos nacidos en esclavitud, sino cuando el padre no hubiese tenido ningún hijo en otra mujer." (Pothier. Mariage. 408-409.)

(32) "El Derecho canónico ha sobrepujado á las leyes romanas. Según éstas sólo á los hijos nacidos *ex concubinatu*, que era una unión permitida por las leyes y un verdadero matrimonio natural, se confería el derecho de adquirir el título y los derechos de hijos legítimos, por el matrimonio legítimo que contraían los padres. Sólo de esos hijos nacidos *ex concubinatu* hablan las leyes que hemos referido, y ninguna confería el mismo derecho á los hijos nacidos de un comercio ilícito.

"Por lo cual las leyes romanas sobre esta materia no pueden aplicarse en nuestro derecho francés, que ha rechazado el concubinato, y que permite sólo el matrimonio legítimo.

"El derecho canónico fué más indulgente en cuanto á la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio por el matrimonio posterior de los padres: dispone que los hijos, aunque habidos de una unión ilícita, sean legitimados por el matrimonio posterior de los padres, siempre que cuando el comercio de que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

80. Casi todas las naciones modernas han aceptado la

---

proceden, los padres hubiesen sido capaces de contraer matrimonio.

" Para aceptar el Derecho canónico esta legitimación supone que cuando los padres procrearon los hijos, tuvieron la intención de contraer matrimonio; que no han sucumbido sino á la violencia de la pasión; que los hijos nacidos de ese comercio deben, por ende, considerarse frutos anticipados del matrimonio y como si en él hubiesen nacido. Por esas razones el papa Alejandro III en su decretal inserta en el c, Extr. *Qui filii sint legit.*, dice : 'Tan grande es la fuerza del matrimónio, que legitima á los hijos que las partes tuvieron antes de contraerlo' : *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.*

" El papa no limita su decisión, como las leyes romanas, á los hijos nacidos *ex concubinatu*, que, sin ser una unión legítima, era unión inocente y permitida. Los términos generales en que se redacta la regla comprenden á todos los hijos nacidos del comercio que las partes tuvieron antes del matrimonio.

" Parece que quiso excepcionar de la regla el caso en que las partes, cuando el comercio carnal, no hubiesen sido capaces de contraer entonces matrimonio. Por lo cual añade que si un hombre casado tuvo, durante su matrimonio, comercio carnal con una mujer soltera, no puede, casándose con ella después de la disolución del matrimonio, legitimar al hijo proveniente de ese comercio; porque estando entonces casado no era libre, y las partes no eran capaces de contraer matrimonio : *Si autem*, dice el papa, *vir vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit nihilominus spurius erit filius... quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.* " (Pothier. Mariage. 410. 411.)

" La legitimación por subsiguiente matrimonio, establecida por Constantino, se admitió por Zenón. Pero no será sino un beneficio extraordinario, provisional, conducente á inducir, en un momento dado, al matrimonio á los concubinarios, permitiéndoles legitimar los hijos nacidos del *concubinatus*. Justiniano fué quien incorporó la legitimación permanente y definitivamente en el Derecho romano. Debe recordarse que no se aplicaba sino á los *liberi naturalis*, nacidos en concubinato propiamente dicho.

" El Derecho canónico aceptó esta institución; la transformó precisándola :

" 1° Extendió sus alcances, aplicándola á los *spurii* cuya filiación paterna estuviese probada, así como á los hijos naturales *stricto sensu*.....

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

legitimación por subsiguiente matrimonio; pero las leyes inglesas no la permiten (33).

Sólo una restricción habia en cuanto á los hijos capaces de la legitimación por matrimonio subsecuente; la cual no podia efectuarse cuando, á la época del nacimiento del hijo, el matrimonio hubiese sido imposible entre el padre y la madre. Excluíase, pues, la legitimación de los hijos adulterinos é incestuosos y aun de otros. Justificábase la regla considerando la legitimación como una verdadera ficción de derecho, que retrotraia los efectos del matrimonio al dia del nacimiento de los hijos naturales. Esta idea, cuyos gérmenes se hallan en la ley romana, se formula claramente por Godofredo y Panormitano, expresándose por esta máxima: *Matrimonium sequens omnia praecedentia purgat et ille tanquam legitimus est habendus.* Según ella se decidía que el hijo legitimado, *iure canonico*, tenía todos los derechos del hijo legítimo; y se explicaba cómo la legitimación no se efectuaba cuando el matrimonio habia sido imposible en derecho al tiempo del nacimiento del hijo.....

" 2º El matrimonio efectuaba de derecho, por su fuerza y eficacia, la legitimación de los hijos procreados anteriormente por el marido y la mujer. No era necesaria ninguna manifestación de voluntad : bastaba que la filiación paterna y materna de los hijos pudiera justificarse. Sin duda, para facilitar esa prueba evitando dificultades, estableciése la costumbre popular de que figurasen los hijos en la ceremonia misma del matrimonio que los legitimaba, traduciendo por algún símbolo el vínculo que los referia á sus padres. Pero, *iure canonico*, ningún reconocimiento era necesario de parte de los padres. Ademas, contraído el matrimonio, la voluntad de ellos no podia obstar á la legitimación de los hijos.

" Por una consecuencia lógica el consentimiento de los hijos no era tampoco necesario, y su negativa no podia impedir que la legitimación se efectuase. La legislación de Justiniano habia subordinado, empero, la legitimación á ese consentimiento, y algunos canonistas aceptaban tal decisión; pero prevaleció la doctrina contraria. Del principio se deducia también que el matrimonio subsiguiente legitimaba á los hijos premuertos, aprovechando á los nietos vivos " (Esmein. II. P. III. cap. I. n. III. p. 37-44).

(33) " Vamos á examinar la situación de los hijos ilegítimos ó bastardos, esto es, personas concebidas y nacidas fuera del matrimonio. Estos infelices, frutos de ilícito comercio, eran capaces, según el Derecho romano y el canónico, de ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres; y la doctrina de la legitimación prevalece hoy, con ciertas modificaciones, en Francia, Alemania, Holanda y Escocia. Pero este principio nunca fué

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

81. Preferible, á no dudarlo, el sistema que acepta la legitimación por subsiguiente matrimonio; pues ella es el único medio de reparar las faltas que los padres hubieren cometido. El legislador dicta sus disposiciones para hombres propensos al mal, expuestos á cometer aún crímenes, y concede los medios de atenuar los males que ya han sobrevenido. Impedir la legitimación es castigar á los hijos

---

aceptado en las leyes inglesas. Blakstone ha demostrado la superioridad, en este sentido, del derecho consuetudinario (*common law*). Tenemos á este respecto un caso memorable en la historia de Inglaterra. Cuando los obispos ingleses, en el reinado de Enrique III, solicitaron de los lores la legitimación de las personas nacidas antes del matrimonio, para la sucesión hereditaria, porque aun las leyes canónicas habian aceptado tal legitimación; los condes y barones á una voz respondieron : *quod nolunt leges Angliae mutare, quae huc usque usitatae sunt et approbatae.* " (Kent. II. XXIX. 4.)

" Comunmente se entiende por hijo legítimo el nacido en matrimonio; pero, hablando propiamente, es el hijo cuyos padres estaban casados así al tiempo de la concepción como al del nacimiento. En cuanto al hijo concebido en matrimonio, ó cuyos padres estuvieren casados cuando nació, es *prima facie legítimo*, aunque á consecuencia de la muerte de uno de ellos ó del divorcio, el matrimonio se hubiere disuelto antes que naciese. Y lo mismo es aplicable al hijo nacido de padres casados al tiempo del nacimiento, aunque no hubiesen estado casados cuando la concepción, pues nuestras leyes exigen como requisito indispensable que los padres estuviesen casados antes del nacimiento del hijo, y difieren á este respecto del Derecho romano y del canónico, según los cuales era suficiente que los padres estuviesen casados después del nacimiento. Siendo uno de los principales objetos de las leyes sobre el matrimonio que el padre sea cierto, este fin se consigue mejor por nuestras leyes que por las romanas y canónicas, y nuestras leyes tienen también la ventaja de que excluyen los caprichos de los padres; al paso que según las leyes romanas los hijos de un matrimonio *ex post facto* pueden según la voluntad de los padres continuar bastardos ó ser legitimados. Por otra parte, si las leyes romanas estimulaban la cohabitación ilícita, las nuestras proceden contra tal inmoralidad, y precaven de las aberraciones provenientes de la indiscreción de la juventud. Estas razones decidieron, según creemos, á los lores del parlamento de Merton, cuando rehusaron habilitar á los hijos nacidos antes del matrimonio para que fuesen legitimados. " (Stephen's, on Blakstone. II. b. III. chap. III. I.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

reduciéndolos siempre á la calidad de espurios (34).

82. Puede haber conflicto entre las leyes de dos naciones

(34) " Después de haber establecido las reglas sobre la filiación de los hijos legítimos, la ley se ocupa en la suerte de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

" Clasifica en una categoría aparte á los que habiendo nacido de padres libres, pueden ser legitimados cuando su padre y madre se unen con los vínculos del matrimonio.

" La legitimación por matrimonio posterior se contaba en el número de las leyes romanas.

" El Derecho canónico seguido en esta parte en Francia durante muchos siglos, contó como uno de sus principios que en virtud del matrimonio se legitimaba á los hijos que los dos cónyuges habian tenido anteriormente.

" El orden público, el deber del padre, el interés de la madre, la protección al hijo, todo concurre á conservar esa legitimación.

" El orden público se halla interesado en que el hombre y la mujer que vivian en comercio ilícito, tengan un medio de evitar uno de estos dos escollos : el de separarse por fastidio, ó continuar en el comercio ilícito.

" La ley les ofrece en esa unión santa y respetable beneficios que los inducen á contraerla.

" En el número de los beneficios se cuenta que el hombre puede conceder al hijo por quien la naturaleza le inspira sentimientos de ternura, todas las prerrogativas que la sociedad da al estado de hijo legítimo. Por su parte es un deber que la conciencia debe recordarle incesantemente.

" Esta legitimación es para la mujer el medio más propio de reparar sus faltas, recuperar la honra, y volverse digna de los títulos honorables de esposa y madre.

" Los hijos nacidos de padre y madre que son después esposos legítimos, no pueden hallarse en condición más favorable que cuando invocan los efectos de una unión que tiene relaciones tan íntimas con su nacimiento anterior. " (Bigot-Préameneu. Locré. VI. 206. 28).

" Se ha controvertido si el matrimonio subsecuente debe legitimar á los hijos nacidos antes. Las leyes inglesas no admiten la legitimación por matrimonio posterior; pues juzgan que esa legitimación es un aliciente para favorecer la licencia de las costumbres y turbar el orden de las familias. En Francia se ha preferido la equidad natural, que milita á favor de los hijos, á la razón de estado, que lo sacrifica todo al interés general. Nuestras leyes presumen que los padres que se casan después de vivir en un comercio ilícito, han tenido siempre la intención de contraer un matrimonio solemne; suponen que el matrimonio

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

en cuanto á la legitimación. Según el Derecho Internacional

---

se ha contraído, á lo menos con la intención, cuando el nacimiento de los hijos, y, por una ficción equitativa, retrotraen el matrimonio.

" Hemos juzgado que no debia alterarse esa disposición, recomendada por la equidad de nuestros padres; pero empleamos las precauciones que impiden convertirla en peligrosa ". (Portalis. Locré. I. 292. 63.)

" Debemos distinguir de los hijos naturales aquellos cuya desgracia puede repararse de manera que no se distingan de los hijos legítimos; los hijos cuyo nacimiento no se ha honrado con el matrimonio... son los hijos legitimados por el matrimonio subsecuente; no están comprendidos en lo que vamos á decir sobre los bastardos : el proyecto de ley los coloca en un cuadro separado, y se rigen por tres ó cuatro reglas; porque el régimen que los gobierna es en extremo sencillo.

" Nadie ignora que de las seis especies de legitimación practicadas por los romanos no habiamos aceptado sino dos.

" Nuestra organización actual no puede aceptar sino una; porque la adopción no es legitimación, aunque, á verificarse, surta los mismos efectos.

" La legitimación por rescripto del Príncipe no era un uso sino un abuso de la soberanía usurpada.

" Y como los abusos del despotismo no tienen límites, aun se legitimaba á los bastardos adulterinos; lo cual justificaban los autores, escribiendo con candor que siendo los príncipes superiores á las leyes podian ejercer el derecho de dispensarlas.

" En toda sociedad en que sólo la ley rige el estado de ciudadano libre, ninguna autoridad puede conceder los derechos de filiación legítima en los casos que la ley los deniega.

" Un matrimonio subsecuente no puede legitimar los hijos nacidos antes, si el privilegio no se halla establecido por la ley, porque en el orden natural y en el orden social ninguna cosa puede surtir efecto antes de existir.

" Pero tantos motivos de honra y de utilidad exigen que la ley establezca una justa retrotracción, que ha podido juzgarse que existia por sí misma y sin disposición legal.

" La moral y la honestidad pública la solicitan para que el desorden se repare y cese el escándalo.

" La sociedad lo quiere para multiplicar las generaciones legítimas y aumentar las familias que la componen.

" Los padres la solicitan como el único medio de entrar en las afecciones de una sociedad honrosa y de restablecer sus derechos y afectos sobre los hijos á quienes deben amar.

" Los hijos exigen, en fin, como el único remedio al mal de que son víctimas sin ser culpados.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

privado la legitimación se efectúa conforme á la ley nacional del marido (35).

" El pueblo que no ha aceptado la legitimación por matrimonio subsecuente, so pretexto de que favorece el concubinato, afecta creer que la reforma alimenta el desorden y el arrepentimiento es atractivo del vicio. " (Duveyrier. Locré. VI. 311. 31.)

(35) " Generalmente admitida por las diversas legislaciones, la legitimación por matrimonio no se acepta en algunos Estados..., por ejemplo en Inglaterra... En Escocia, y algunas posesiones británicas..., al contrario, la legitimación es sancionada por la ley. Algunos Estados de la Unión Americana han conservado en esta materia la *common law* inglesa, y en Rusia la legitimación no se efectúa sino por rescripto del Czar.

" Aunque las legislaciones sean varias, la legitimación depende de una sola ley, porque se comprende naturalmente en el estatuto personal, surtiendo el efecto de modificar el estado de las personas...

" La única ley aplicable á la legitimación, como á todo lo que se refiere al estatuto personal, es la ley nacional de las partes; esta es la solución fundada en la teoría, y la que establece el art. 3, inciso 3°, del Código civil.

" El asunto se complica cuando las partes son de diferente nacionalidad. Según una opinión es necesario, cuando los cónyuges no pertenecen á un mismo Estado, ó cuando no tienen la misma nacionalidad que los hijos, aplicar siempre la ley nacional del padre cuando el matrimonio, porque esa ley es la que regia los efectos del matrimonio y, por consecuencia, la legitimación que de él proviene.

" Opinamos que debe prescindirse de la diferencia de nacionalidad entre los cónyuges. En efecto, si la aptitud para contraer matrimonio se determina según la ley nacional de cada esposo, los efectos del matrimonio, principalmente la legitimación, no provienen sino del matrimonio mismo; y entonces la mujer adquirió ya la nacionalidad del marido, y los efectos se rigen exclusivamente por la ley nacional del marido...

" La aplicación de la ley nacional conduce á decidir que un francés puede legitimar á sus hijos en Inglaterra, aunque la ley inglesa no admite la legitimación.

" Por el contrario un inglés no podría legitimar á sus hijos naturales en Francia. Eso es lo que había resuelto la Corte de Orleans; pero la Corte de Casación anuló la sentencia, asentando como principio que la facultad de legitimar proviene de la moral, y que no puede denegarse á ningún hombre, aun extranjero, sin contravenirse al orden público. El parecer de la Corte Suprema es exagerado : la legitimación, á no dudarlo, se orga-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

83. En Chile rige la regla de Derecho Internacional privado de que la ley obliga á todos los habitantes de la República. De lo cual se deduce que el matrimonio contraído

---

niza con un fin moral, para permitir la reparación de una falta; pero no es un regla de moral absoluta, pues naciones civilizadas, como Inglaterra, no admiten la legitimación fundándose también en un fin moral, esto es, no estimular el comercio ilícito con la perspectiva de una posible reparación. " (Despagnet. 276-278.)

" Las dudas que pueden provenir al aplicar las reglas sobre la legitimación desaparecen teniéndose presente el principio según el cual la ley personal del marido es la que rige la constitución de la familia y todas las relaciones entre los miembros de la misma, y por tanto la propia ley es la que resuelve las controversias sobre la legitimación. Luego, si, por ejemplo, en la partida de nacimiento del hijo se expresa que es francés, como nacido en Francia de padres desconocidos, no basta eso para reputarle legitimado, suponiéndose que el padre, siendo inglés, le hubiese reconocido al casarse en Francia con una francesa.

" La Corte de Casación de Francia sostuvo el principio contrario en la causa Skottove y Ferrand, porque consideró que la legislación inglesa, que no admitía la legitimación de los hijos naturales por el matrimonio subsiguiente de los padres, no podia privar á una francesa y al hijo nacido de ella en Francia del derecho concedido según la ley francesa de legitimarle por subsiguiente matrimonio de los padres; que la ley francesa según la cual se admitía la legitimación en virtud del subsiguiente matrimonio de los padres, era una ley de orden público, y que por lo mismo se contravenía á él privando al padre de dar al hijo, víctima inocente de su falta, el estado de hijo legítimo mediante la legitimación efectuada según el Código francés.

" Estas razones no nos parecen decisivas, porque así como la familia que se forma por un inglés debe regirse por las leyes inglesas, sea cual fuere el lugar del matrimonio; de la misma manera la mujer francesa uniéndose en matrimonio á un extranjero sigue, á no dudarlo, la condición del marido, y queda sujeta á las leyes del mismo en todo cuanto concierne á las relaciones de la familia que acaba de formarse. Por otra parte, el legislador francés no tiene interés alguno en aplicar sus leyes para reglar con ellas la organización de una familia inglesa, y entonces no se presenta el caso de examinar la buena fe de la mujer ó la capacidad del hijo para ser legitimado, ni menos establecer en virtud de la ley francesa, en cuanto al padre inglés, la legitimación que no puede efectuarse conforme á las leyes inglesas. " (Fiore. II. 752.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

en la nación por dos extranjeros legitima á los hijos en virtud de las leyes chilenas; y se deduce la consecuencia absurda de que unos mismos hijos pueden ser, por ejemplo, legítimos en Chile é ilegítimos en Inglaterra.

En cuanto al estado adquirido á la época misma del matrimonio, subsiste en todas partes, aun cuando los padres hubieren cambiado de nacionalidad. Así, aunque en Chile no se reconoce la legitimación sino por subsiguiente matrimonio, subsistiría la adquirida en Rusia por un úkase del Czar.

Art. 203. El matrimonio putativo no basta para legitimar a los hijos que hubieren sido concebidos ántes (*).

REFERENCIAS.

Matrimonio putativo. 122.
Concebido antes del matrimonio. 76. 180.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 228.
C. E. 197.
C. M. 327. El subsiguiente matrimonio legitima á los hijos, aunque sea declarado nulo, si uno de los conyuges por lo menos tuvo buena fe al tiempo de celebrarlo.

COMENTARIO.

84. El Código de Napoleón guarda silencio sobre la legi-

(*) Savigny, VIII. § 396. — Pothier. Mariage. 419. — Merlin. Legitimation. Sect. II. § II. n. IV. — Dalloz. Mariage. 606. — Paternité et Filiation. 82. 83. — Delvincourt. I. p. 320 (5). — Demolombe. V. 359. — Laurent. II. 503. — IV. 165. — Zachariae (M. V.) I. § 163. — Zachariae (A. R.) V. § 460-VI. § 545. 3°. 546. — Bonnier. I. 214. — Toullier. I. 657. II. 933. — Vazeille. I. 275. — Duranton. III. 175-177. — Demante. I. 288 bis VII—II. 57 bis. III. — Huc. II. 167. — D'Aguesseau. IV. p. 409-435.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

timación por matrimonio putativo, y sus más distinguidos expositores discuerdan (36).

---

(36) " La legitimidad proveniente del matrimonio putativo es un beneficio concedido al que no contrae sino por error una unión prohibida; la ley reconoce el ánimo de dar al Estado hijos legítimos y protege sus consecuencias. Los esposos creyeron sinceramente resguardarse con la égida del matrimonio. Incurrieron en error de hecho; pero, cometiéndolo, son dignos, por su buena fe, de la protección de la ley; y ésta atribuye los efectos de un matrimonio válido á la intención de procrear hijos legítimos. Son las consecuencias del error excusable las que considera la ley y no los frutos de la unión ilícita que ha precedido.

"El Cardenal de Palermo justificaba en estos términos la diferencia de las reglas en estos casos diferentes : *Quia contrahens matrimonium, dat operam rei licitae, ideo ignorantia sua excusator; sed admittens virum sine matrimonio, dat operam rei illicitae, ideo ignorantia sua non es probabilis, nec debet inde consequi praemium, et danti operam rei illicitae imputantur omnia quae sequuntur praeter voluntatem suam.*

"Siguiendo Bártulo los mismos principios, escribia sobre la ley 38, 1, ff. Ad legem iul. de adult. : *Quandocumque coitus fit sine colore matrimonii, tum indistincte punitur secundum illud quod est in veritate, non secundum id quod putabat, qui dabat ab initio operam rei illicitae.*

"M. D'Aguesseau decia también : ' Se presume la buena fe en los que contraen matrimonio publicamente, pues no puede juzgarse que quieren cometer un sacrilegio sino recibir un sacramento; pero no es lo mismo de los que despreciando las leyes divinas y humanas viven en concubinato. Comienzan por cometer un crimen, y no deben imputarse sino á sí mismos todas sus consecuencias. '

"M. Delvincourt y M. Duranton no aceptan esta doctrina. El matrimonio putativo les parece tan propio como el matrimonio verdadero para reparar las faltas y corregir los efectos de un comercio ilícito; y juzgan que la ley les atribuye una misma eficacia. M. Duranton en especial juzga que concediéndose la legitimidad á los hijos incestuosos ó adulterinos, procreados en matrimonio putativo; la ley ha debido concederla, con mayor razón, á los hijos nacidos antes de un comercio simplemente ilícito, sin incesto ó adulterio. Los dos jurisconsultos confunden objetos que la ley distingue claramente. La legitimación atribuida por el art. 331, y la legitimidad reconocida por el art. 201, aunque tienen entre sí alguna relación, no son instituciones idénticas : cada una tiene sus reglas peculiares. Atendiéndose á la una, el matrimonio lícito puede surtir efecto retroactivo, y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Como lo observa en las notas al artículo 128 de su proyecto, Dn. Andrés Bello aceptó la doctrina de Pothier,

---

borrar una falta anterior; respecto de la otra, el matrimonio nulo, si se contrae de buena fe, sale de la clase de comercio ilícito, y confiere al cónyuge inocente, para sí y para los hijos que provienen de esa unión, la legitimidad que procuraba de buena fe. No es el matrimonio subsiguiente lo que viene á conferir á los hijos procreados la legitimidad como una gracia; la legitimidad es inherente entonces al matrimonio contraido con la confianza de su validez en el instante mismo en que se celebra, y en cuanto al cónyuge de buena fe y á los hijos provenientes del enlace." (Vazeille. I. 275.)

" ¿Opera legitimación el matrimonio putativo? Esta controversia es célebre y muy frecuente. Hay un caso en que no puede ni discutirse: si los hijos nacen de un comercio adulterino ó incestuoso, no son legitimados por el matrimonio putativo de sus padres ni tampoco por el matrimonio verdadero; el art. 331 lo dice del matrimonio verdadero y la imposibilidad es la misma tratándose del matrimonio putativo. En efecto, el reconocimiento de los hijos es requisito de la legitimación, y el reconocimiento no puede efectuarse en beneficio de los hijos nacidos de un comercio incestuoso ó adulterino.....

"Si los hijos son meramente naturales, juzgamos que son legitimados por el matrimonio putativo. El matrimonio putativo surte los efectos de un matrimonio válido; y si el matrimonio válido legitima, también debe legitimar el matrimonio putativo. Esto se funda además en el espíritu de la ley. No se ve ni sombra de razón para dividir los efectos del matrimonio. Puede ser, y se ha presentado el caso, que el matrimonio se hubiere contraído para legitimar á un hijo habido antes de la celebración; el matrimonio se anula, pero á causa de la buena fe de los cónyuges se declara putativo. ¿Por qué no surtirá el efecto que los esposos tuvieron en mira casándose? La redacción de la ley presenta empero una dificultad. El matrimonio putativo es una ficción, y toda ficción debe restringirse estrictamente en los límites determinados por la ley que la establece. Ahora bien, cuando el art. 202 dice que el matrimonio nulo surte efectos civiles respecto de los hijos, se propone hablar de los hijos provenientes del matrimonio; lo cual se prueba por el art. 202, que tiene íntima conexión con el artículo precedente, y dice de la manera más clara que el matrimonio putativo no surte efectos civiles sino en beneficio de los hijos procreados en el matrimonio. Hemos contestado de antemano á la objeción, notando que los términos del Código no tienen el sentido restrictivo que parece. Si se tomasen al pie de la letra, se dedujera la consecuencia absurda de que los hijos suceden á los parientes del padre y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo.

según la cual el matrimonio putativo no legitima á los hijos concebidos antes (37). Esa doctrina nos parece fundada en los más inconcusos principios; pues si entre los efectos civiles del matrimonio putativo se cuenta la legitimidad de los hijos, proviene de que la ley, á causa de la buena fe, los supone concebidos en matrimonio verdadero (38).

---

madre, y que los parientes no suceden á los hijos. Luego, los términos son enunciativos; el legislador no habla sino de los hijos provenientes del matrimonio, porque tal caso es el más ordinario; no se puede decir que se ha decidido contra la legitimación porque en ella ni ha pensado. Según los principios debe decidirse la controversia, y en ese terreno no hay duda fundada. La ficción consiste en que el matrimonio putativo surte los mismos efectos que el matrimonio verdadero; luego no se extiende la ficción legitimando á los hijos". (Laurent. II. 509.)

(37). "Hay ciertos matrimonios que, aun cuando nulos, surten efectos civiles, atenta la buena fe de los cónyuges ó de uno de ellos, que ignoraron el impedimento que lo anulaba. ¿Pueden surtir esos matrimonios el efecto de legitimar á los hijos nacidos del comercio entre los padres antes de contraerlo, y cuando no tenían impedimento para casarse? No. Si el matrimonio putativo surte efectos civiles, y los hijos que de él nacen tienen el título y los derechos de hijos legítimos, proviene ello de que han nacido de un comercio lícito, á lo menos en cuanto á uno de los cónyuges; pero si han nacido del comercio que los padres tuvieron antes del matrimonio putativo, no merecen que á su favor se excepcione la regla. El vicio del comercio de que provienen no puede subsanarse, y no serían legitimados sino por la eficacia del matrimonio válido entre sus padres." (Pothier. Mariage. 419.)

(38). "Supongamos que cuando la concepción de los hijos nacidos antes del matrimonio los padres estaban libres de todo vínculo matrimonial, libres también de todo vínculo de parentesco, y que, por ende, los hijos no son adulterinos ni incestuosos, sino meramente hijos naturales. ¿Serán legitimados por el matrimonio putativo? Sobre este punto los autores están discordes..... Muy fundadas razones sostienen esta doctrina (que los hijos no son legitimados). ¿Cuál es en efecto la razón en que se fundan los arts. 201 y 202? Que hubiera habido injusto rigor en tratar á los que de buena fe han contraído un matrimonio nulo como á los que, sin ser casados, han entrado en un comercio ilícito; se les hubiera castigado sin que cometieran ninguna falta; la ley no lo permite, y por eso confiere á tal matrimonio los efectos civiles de uno legítimo. Pero esas mismas razones determinan los límites en que debe restringirse el bene-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Luego, los efectos del matrimonio putativo no pueden retrotraerse á una época anterior al día en que fue

---

ficio concedido á la buena fe. Pues bien, comparemos los hijos concebidos en matrimonio putativo á los nacidos antes: respecto de los primeros, el cónyuge de buena fe puede decir: si hubiese conocido yo la causa de la nulidad no me hubiera casado, ni dado el sér á los hijos: ¿es justo asimilar los frutos de un comercio criminal á aquellos cuyo nacimiento no ha sido, á lo menos de mi parte, el resultado de una falta? Nada se contestaría á esto; pero no es lo mismo tratándose de los hijos nacidos antes del matrimonio; si el cónyuge de buena fe se quejase de que no fuesen legitimados, se podría decirle: la ilegitimidad de estos hijos no es efecto del matrimonio nulo que habéis contraido de buena fe, sino de la falta que antes cometisteis; si esa falta no ha sido reparada por el matrimonio, según vuestra intención, proviene de que habiendo impedimento os habeis casado ignorando ese impedimento y por ello no os castiga la ley: la ley no debe castigaros, y por consiguiente los hijos nacidos de ese matrimonio serán legítimos; pero no hay razón alguna para que se os recompense porque la ignorancia no puede ser un mérito á los ojos del legislador. No tenéis, pues, derecho á un beneficio excepcional; vuestros hijos naturales quedan como estaban antes del matrimonio, lo que serían ahora si habiendo conocido el impedimento, no os hubieseis casado.

"Y véamos si tal interpretación pugna con el tenor de los arts. 201 y 202. El art. 201 dice que cuando los dos esposos se casaron de buena fe, el matrimonio putativo surte efectos civiles tanto respecto de ellos como de los hijos. ¿Pero de qué hijos? se puede preguntar. El art. 202 contesta que si hay buena fe sólo respecto de uno de los cónyuges, el matrimonio no surte efectos civiles sino en cuanto á ese cónyuge y á los hijos provenientes del matrimonio. No es posible dividir el pensamiento que estos dos artículos encierran; luego, en el art. 201 y en el art. 202 no se trata sino de los hijos provenientes del matrimonio. Pero concedamos que de estas expresiones no se deduzca la manifestación de una voluntad expresa de excluir á los hijos naturales del beneficio de los arts. 201 y 202; pero no puede desconocerse que el legislador al redactar estos dos artículos, no pensaba en esos hijos, sino sólo en los provenientes del matrimonio, y que se preocupaba únicamente de que fuera injusto confundirlos con los frutos de un comercio ilícito. Interpretando así el tenor de los arts. 201 y 202, lejos de pugnar con la interpretación que precede, la confirma, y por lo mismo podemos decir que si se atribuye al matrimonio putativo el efecto de legitimar á los hijos naturales, se da al pensamiento del legislador una extensión exorbitante,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

celebrado, esto es; al día en que principió la buena fe.

85. Para saber si el hijo fue concebido antes del matrimonio putativo, se aplican las reglas puntualizadas en los artículos 76 y 180, atendiéndose á la época más favorable á la legitimidad del hijo. Si el matrimonio surte efectos civiles, y el hijo nace después de los ciento ochenta días á él subsiguientes, el hijo es *ipso iure* legítimo, aunque aplicándose la regla según la cual la gestación dura hasta trescientos días, pudiera suponerse que el hijo fue concebido antes del matrimonio.

Art. 204. El matrimonio posterior que no puede producir efectos civiles segun el artículo 104, no puede por consiguiente producir la lejitimacion.

REFERENCIAS.

Legitimación. 202.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 227. El matrimonio posterior que no puede producir efectos civiles, no puede, por consiguiente, producir la lejitimación.

COMENTARIO..

86. La anómala regla que encierra el artículo 204 es consecuencia lógica del principio absurdo de aceptar en todas sus partes las leyes canónicas sobre el matrimonio.

La legitimación es uno de los efectos civiles del matrimonio; y si en el caso previsto por aquel artículo el matrimonio no los surtía, dicho se está que los hijos, aun concebidos en tal matrimonio, no eran legítimos, y menos podían serlo los concebidos antes.

Este artículo quedó insubsistente tan luego como principio á regir la ley de matrimonio civil.

---

que el tenor y el epiritu de los arts. 201 y 202 no comportan." (Dalloz. Mariage. 606.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 205. Los hijos concebidos en adulterio no pueden ser lejitimados por el matrimonio posterior de los padres, aunque el uno de éstos haya ignorado al tiempo de la concepcion el matrimonio del otro.

Lo mismo será aun cuando aquel de los padres que al tiempo de la concepcion estaba casado, haya creido entónces de buena fe, i con justa causa de error, que el matrimonio anterior no subsistia (*).

REFERENCIAS.

Concebido en adulterio. 37. 76. 180.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 229. El matrimonio posterior de los padres no puede lejitimar a los hijos concebidos en adulterio, aunque el uno de los padres haya ignorado al tiempo de la concepcion el matrimonio del otro.

Lo mismo será aun cuando aquel de los padres que al tiempo de la concepcion estaba casado, haya creído entónces de buena fe, i por un error inculpable, que el matrimonio anterior no subsistía (a).

C. E. 198.

C. de N. 331. Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque

331. Los hijos nacidos fuera de matrimonio, y que no provengan de un comercio incestuoso ó adulterino, podrán ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de su padre y madre,

---

(*) Savigny, VIII. § 396. — Locré VI.-29. art. I. — 206. 28. — 313. 32. — Pothier. Mariage. 411. 414-417. — Merlin. Légitimation. 451. 452. 454-461. — Laurent. III. 385. IV. 165. 175-179. — Zachariae (M. V.) I. § 161. 163. — Zachariae (A. R.). VI. § 515. 1°. 546. — Demolombe V. 344-355. — Bonnier. — 1°. — 214. — Toullier. II. 917. 932. — Demante. II. 57 bis. II. — Duranton. III. 24. 194. — Delvincourt. I. p. 382. (I.) — Despagnet. 279.

(a)... haya creido entónces de buena fe que el matrimonio anterior no subsistia (Artículo 229 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

cuando éstos los hubieren reconocido legalmente antes del matrimonio, ó los reconocieren en el acto mismo de la celebración.

C. de la L. 217. Los hijos nacidos fuera de matrimonio, y que no sean provenientes de un comercio incestuoso ó adulterino, pueden ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de su padre y madre, cuando éstos los han reconocido legalmente por sus hijos, bien antes del matrimonio, por instrumento ante notario y dos testigos, ó en el acto mismo del matrimonio.

P. IV. XV. 2... Otrosi dezimos, que si alguno que ouiesse muger a bendiciones, fiziesse fijos en barragana biuiendo su muger, que estos fijos atales non serian legitimos; maguer despues desto se muriesse la muger velada, e casasse con la barragana : e esto es porque fueron fechos en adulterio.

COMENTARIO.

87, I. Los hijos concebidos en adulterio no pueden ser legitimados por el matrimonio posterior de los padres.

Al comentar el artículo 37 vimos que la ley civil da al adulterio más extensión que la ley penal. Según ésta no hay adulterio sino cuando además de la unión ilícita entre dos personas una de las cuales estaba casada con otra, concurre la circunstancia de la mala fe; pues si una de ellas ignoraba que la otra era casada, ó si creía que su cónyuge había muerto, no hay adulterio según la ley penal; pero si lo hay conforme al derecho civil, y el hijo proveniente de esa unión es adulterino.

88. II. El matrimonio posterior no legitima á los hijos adulterinos aunque uno de los padres, al tiempo de la concepción, haya ignorado el matrimonio del otro (39).

---

(39) " El beneficio de la legitimación *per subsequens matrimonium*, fue establecido por la ley 5ª, Cod. de *Naturalibus Liberis*, y ratificado por las leyes 10 y 11 del mismo título, así como por las novelas XII, capítulo IV, LXXIV y LXXXIX de Justiniano. Pero ese beneficio exige una condición esencial, esto es, que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La ignorancia atenúa la criminalidad en el fuero interno, y aun exonera de responsabilidad penal. Pero,

---

los que se propongan legitimar á los hijos por ese medio, el más favorable de todos, hayan podido contraer válidamente matrimonio cuando el nacimiento de los hijos.

" El Derecho canónico imitó esa disposición de las leyes romanas en el capítulo *Tanta vi X. Qui filii sint legitime.*

" Nuestros fueros la adoptaron.

" Esto asentado, se pregunta si así como cuando el matrimonio ha precedido al nacimiento de los hijos, la buena fe de uno de los cónyuges, que juzgaba ese matrimonio legítimamente contraído, basta para legitimar á los hijos; también cuando el nacimiento de los hijos ha precedido al matrimonio, la buena fe basta para legitimarlos después por un matrimonio subsecuente, aunque no puedan aspirar á la legitimación porque nacieron de un verdadero adulterio.

" Determinemos el punto. Un hombre casado, cuyo matrimonio se ignora, tiene comercio ilícito con una mujer libre que, aunque vive en desorden, no conoce la gravedad de sus faltas, y juzga que no vive sino en concubinato cuando comete adulterio: de esta unión ilícita nacen hijos ilegítimos. Muere después la mujer legítima, el marido se casa con la concubina; es evidente que los hijos no pueden ser legitimados. ¿Y por qué? Porque cuando vieron la luz, sus padres no podían contraer matrimonio.

" Pregúntase entonces si la buena fe de la madre puede mejorar el estado de los hijos, porque en resumen se sostiene que aun cuando ella ha vivido en desorden, estaba de buena fe en cuanto al adulterio. Luego, esos hijos deben considerarse como meramente naturales: *In veritate adulterini, in opinione naturales.*

" Tal es el punto controvertido. Procuremos decidirlo según los principios de una y otra jurisprudencia, y en especial por los grandes principios de las buenas costumbres y de la pública honestidad.

" Para proceder con orden, podemos mirar la legitimación de los hijos *per subsequens matrimonium* en sí misma ó atendiéndose á la ficción de derecho, según la cual son legítimos los hijos que nacen á la sombra de un matrimonio contraído de buena fe por uno de los esposos.

" Si miramos la legitimación en sí misma, no será difícil decidir la controversia, y establecer como principio que, sin ninguna distinción, los hijos nacidos antes del matrimonio no pueden aspirar nunca á la calidad de legítimos, si no han nacido cuando los padres eran libres y cuando nada les impedía contraer un matrimonio legítimo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

atentas las circunstancias, la ley civil no pudo permitir que los padres reconociesen á los hijos, ni menos que les confiriesen la calidad de legítimos.

" Primera razón. Los términos de la ley y de todas las posteriores. ¿Cuál es el requisito necesario que exige Justiniano? *Cuius matrimonium non est legibus interdictum, eam tamen cum quâ poterat habere connubium. Quam licebit etiam legitime ducere uxorem. Cui omninó licet copulari.* Tales son las expresiones de las leyes.

" Los preceptos del Derecho canónico no son menos terminantes. El célebre capítulo. *Tanta vi X. Qui filii sint legitimi*, sigue el mismo principio. *Erit spurius filius et ab hereditate repellendus, quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.*

" Luego, según los papas y los emperadores, era un requisito absolutamente esencial que los contrayentes fuesen libres para contraer matrimonio legítimo.

" La ley no distingue; al contrario establece como máxima inviolable que es necesaria la capacidad de contraer matrimonio al tiempo del nacimiento de los hijos. Luego, si hay incapacidad no puede haber legitimación.

" De ahí un gran argumento de donde nace otra razón.

" No hay ley que extienda tanto los privilegios de la buena fe que iguale el adulterio al matrimonio, y produzca en el adulterio hijos capaces de ser legitimados como los nacidos en matrimonio contraído de buena fe.

" Ahora bien, si no hay ley, ¿dónde está el pretexto de la legitimación? Es cierto que la legitimación es obra de la ley; que aceptadas las ideas sobre la naturaleza del matrimonio legítimo, no hay otro medio de obtener hijos legítimos. Todas las legitimaciones que después se han establecido no son sino excepciones de esa máxima importante. Necesario, pues, que haya una ley ó un fuero que las autorice. En el caso actual ni ley ni fuero que la admita; luego debe rechazarse.

" Tercera razón. ¿Cuál es el fundamento según el cual los hijos nacidos son legitimados por matrimonio ex soluto et soluta subsecuente?

" Es el que se determina en la ley Cum quis. 10. Cod. *De Naturalibus Liberis. Neque enim verisimile est eum qui postea dotem conscripserit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuisse, quae eam dignam esse uxoris nomine faciebat.*

" ¿Qué hace la ley en favor de los hijos? Presume que los padres han tenido siempre intención de contraer matrimonio solemne. Supone que el matrimonio se ha contraído, á lo menos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

89. III. Tampoco obsta á la incapacidad para la legitimación que uno de los padres, al tiempo de la concepción, hubiere creído de buena fe, y con justa causa de error, que el matrimonio anterior no subsistía.

Según lo observa Pothier, á quien vuelve á citar Dn. Andrés Bello en las notas del artículo 149 de su proyecto, fue un punto muy cuestionado entre los antiguos si en este caso el matrimonio posterior legitimaría á los hijos concebidos en adulterio. Pothier (40) se decide por la opi-

---

con la intención, cuando el nacimiento de los hijos, y por una ficción razonable da efecto retroactivo al matrimonio.

" Luego, para que esa ficción se admita es necesario, como dicen los jurisconsultos, que los dos extremos sean hábiles; esto es, que el matrimonio haya podido contraerse cuando el nacimiento de los hijos y cuando efectivamente fue celebrado.

" La capacidad de contraer un matrimonio legítimo cuando el nacimiento de los hijos, es una condición esencial para que puedan obtener el beneficio de la legitimación. La ley no finge cosas imposibles. La ficción es como el arte : si imita la naturaleza, no la desfigura : contribuye á la verdad sin destruirla: puede suponer lo que es posible llegue á existir. Así, por ejemplo, en la adopción supone un hijo de quien no le tiene, pero exige que el hijo según la ley haya podido serlo según la naturaleza. La copia no debe borrar el original ni la sombra oscurecer la verdad. *Ne imagine*, dice el célebre Papiniano, *naturae veritas adumbretur*.

" Y cómo puede acordarse con la verdad una ficción que supondría un matrimonio cuando era imposible contraerlo? Es un obstáculo invencible, que impide retrotraer el matrimonio al día del nacimiento de los hijos ". (D'Aguesseau. IV. Plaidoyer. 47. p. 423-427.)

(40) " Si cuando el comercio carnal de un hombre con una mujer eran absolutamente incapaces de contraer matrimonio, el matrimonio que después contraen no puede legitimar á los hijos que han tenido; como cuando un hombre casado tiene relaciones con otra mujer, el matrimonio que con ella ha contraido después de la muerte de su mujer no puede legitimar á los hijos habidos de estas relaciones, porque entonces eran absolutamente incapaces de contraer matrimonio.

" Por tanto, se debe tener por regla general que el matrimonio no legitima sino á los hijos habidos *inter solutum et solutam*, esto es, ambos capaces de contraer entre si matrimonio, y que no purga nunca el vicio de un comercio adulterino, para legitimar á los hijos de él provenientes.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nión que acepta Bello. Militan las mismas razones que motivan la regla precedente. Hubo unión ilícita entre dos per-

---

" Mucho se ha controvertido entre los jurisconsultos este problema : ¿Tiene esta regla excepción si cuando el comercio carnal una de las partes ignoraba que la otra estaba casada? Los que aceptan la excepción deducen su principal argumento del capítulo *Ex tenore, Extr. Qui filii sint legit.* Según esta decretal cuando una parte contrae de buena fe un matrimonio nulo, que cree legítimo, ignorando el impedimento que lo anula, como si una mujer se casa con un hombre á quien supone soltero, la buena fe y la ignorancia de la mujer da á este matrimonio, aunque nulo, los efectos de un matrimonio legítimo, y por consecuencia el título y los derechos de hijos legítimos á los hijos que de él nacen. Luego, por la misma razón, dicen los jurisconsultos, cuando una mujer ha tenido relaciones con un hombre ignorando que era casado, tal ignorancia surte el efecto de que el vicio se purgue por un matrimonio legítimo que después contraen.....

" Los que rechazan la excepción dicen, al contrario, que el Papa Alejandro III ordena en términos generales que los hijos nacidos antes del matrimonio no puedan ser legitimados por él sino cuando los padres eran capaces de casarse, y, por consecuencia, los hijos nacidos del comercio que un hombre casado tuvo con una mujer soltera no pueden ser legitimados por el matrimonio que este hombre, muerta la mujer, contrae con la madre; y no habiendo distinguido si la madre, cuando el comercio con el padre, sabía que estaba casado, ó si lo ignoraba, no se debe hacer una distinción que la ley no ha hecho : *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere;* y debe decidirse indistamente que el matrimonio no puede legitimar á los hijos nacidos del comercio de un hombre casado con una mujer soltera, bien hubiere sabido ésta ó ignorado el matrimonio.....

" En cuanto al argumento que los partidarios de la excepción deducen del capítulo *Ex tenore*, que es todo el fundamento de su parecer, la respuesta consiste en que no puede compararse el caso del capítulo *Ex tenore* con el que es materia de esta controversia. No hay ninguna comparación entre una mujer que cree contraer matrimonio legítimo casándose con un hombre cuyo matrimonio ignora, y que es el caso del capítulo *Ex tenore*, y una mujer que tiene un comercio ilícito aunque no sea adulterino. En el caso del capítulo *Ex tenore*, la mujer que se casa con un hombre cuyo matrimonio ignora es absolutamente inocente; pues se propone contraer un matrimonio legítimo. La ley atiende á la buena intención, y la recompensa confiriendo á los

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sonas, de las cuales la una estaba casada con otra, y el juicio ó creencia de la persona casada no basta para permitir que los hijos sean reconocidos y legitimados.

La buena fe no surte efecto sino cuando la persona casada hubiere contraído con la otra matrimonio; el cual se anula porque vive el cónyuge á quien se suponía muerto. Entonces el hijo es legítimo, como concebido en matrimonio putativo.

90. Insistimos en la observación de que para calificar al hijo de adulterino se aplican las reglas determinadas en los artículos 76 y 180, y que se supone concebido en la época á él más favorable (41). Si, por ejemplo, un hombre

---

hijos provenientes de ese matrimonio, aunque nulo, la calidad de hijos legítimos" (Pothier. Mariage. 415. 416.)

" El primer requisito de la legitimación consiste en que los dos cónyuges fuesen libres, esto es, hábiles para casarse en el instante del nacimiento de los hijos que su matrimonio posterior legitima.

" Si así no fuese, estos hijos provendrían de adulterio ó de incesto, y respecto de ellos la ficción legal sería no sólo rechazada por la prudencia pública, sino imposible en los cálculos más exagerados de la razón.

" En efecto, la legitimación, por matrimonio subsecuente, de los hijos nacidos antes de matrimonio, se funda en la suposición graciosa de que estos hijos son nacidos del matrimonio mismo que los legitima.

" Y si cuando su nacimiento el padre ó la madre estaban ligados con otro matrimonio, la ley supusiera que en el instante del nacimiento el padre tenía dos mujeres ó la madre dos maridos; lo cual fuera absurdo é imposible" (Duveyrier, Locré. VI. 313. 32.)

(41). " Al instante de la concepción del hijo debemos referirnos para saber si es adulterino ó incestuoso.

" Deben aplicarse, á este respecto, las presunciones puntualizadas en los arts. 312 y siguientes, aceptándose siempre las circunstancias más ventajosas al hijo; así como la ley, siempre interesada por la legitimidad, acepta ó el término más largo ó el más corto de la gestación, deberá procederse de la misma manera tratándose de la legitimación, que origina la legitimidad.

" A los ciento ochenta días de la muerte de Sofía parió Julia. El hijo pudo ser concebido después de la muerte de Sofía, y será legitimado por el matrimonio subsecuente de Julia y Pablo viudo de Sofía.

" Habían transcurrido trescientos días desde que Pablo estaba

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

casado que tiene relaciones ilícitas con una mujer soltera, contrae matrimonio con ésta tan luego como muere la mujer, y la nueva consorte da á luz un hijo después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, ese hijo es legítimo, aunque muy bien pudo ser adulterino, habiendo nacido antes de los trescientos días subsiguientes á la muerte de la mujer.

Art. 206. El matrimonio posterior legitima *ipso jure* **a los hijos concebidos ántes i nacidos en él; ménos en los casos de los artículos 203, 204 i 205.**

El marido, con todo, podrá reclamar contra la lejitimidad del hijo que nace ántes de espirar los ciento ochenta dias subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepcion segun las reglas legales.

Pero aun sin esta prueba podrá reclamar contra la lejitimidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, o si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo despues de nacido.

Para que valga la reclamacion por parte del marido será necesario que se haga en el plazo i forma que se espresan en el título precedente (*).

REFERENCIAS.

Concebidos antes y nacidos en él. 76. 180.
Legitimidad del hijo. 35. 179.

---

casado con Sofía, y Julia dio á luz un hijo. Muerta Sofía, ese hijo puede ser legitimado por el matrimonio de Julia y Pablo; porque pudo ser concebido antes del matrimonio con Sofía." (Demolombe. V. 351.)

(*) Savigny. VIII. § 379. 380. 396. — Locré VI. 26. art. 5. — 46. 21. — 47. 23. — 145. art. 3. — 156. 4. 5. — 194. 6-10. — 242. 13 — 295. 16. — Dalloz. Paternité et Filiation. 67-83. 113. 399. — Laurent. III. 379-385. — Toullier. II. 796. — Merlin. Légitimité Sect. I. § I. — Demolombe. V. 29. 56-80. — Vazeille 1-32. — Demante. II. 41-41 bis. VI. — Huc. III. 14-16. — Duranton. III. 20-24. 27-34. — Delvincourt. I. p. 359. (2. 3). — Kent. II. XXIX, 4. — Ortolan. (1) 1124.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio. 48. 202.
Si prueba. 1698.
En que pueda presumirse la concepción según las reglas legales, 76.
En el plazo. 183.
Forma. 188.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 230. El matrimonio posterior lejitima *ipso iure* a los hijos concebidos ántes i nacidos en él; ménos en los casos de los artículos 227, 228 i 229.

El marido, con todo, podrá reclamar contra la lejitimidad del hijo que nace ántes de espirar los ciento ochenta dias subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en imposibilidad absoluta de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepcion segun las reglas legales.

Pero, aun sin esta prueba, podrá reclamar contra la lejitimidad del hijo, si no apareciere que tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, o que por actos positivos ha manifestado reconocer al hijo despues de nacido.

Para que valga la reclamacion por parte del marido, será necesario que se haga en el plazo i forma que se expresan en el título precedente (a).

C. E. 199.

C. de N. 314. L'enfant né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants: 1° S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° S'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; 3° Si l'enfant n'est pas déclaré viable.

314. El hijo nacido antes de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, no podrá ser desconocido por el marido en los casos siguientes: 1° Si tuvo conocimiento de la preñez antes del matrimonio; 2° Si intervino en la partida de nacimiento, y esa partida está firmada por él ó encierra la declaración de que no sabe firmar; 3° Si se declarare que el hijo no es viable.

(a)..... pero aun sin esta prueba podra reclamar contra la lejitimidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse..... (artículo 230 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. Arg. 253. El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias siguientes al matrimonio, si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, ó si consintió en que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, ó que de otro modo hubiera reconocido tácita ó espresamente por suyo el hijo de su mujer.

322. La denegación de la paternidad no obstará á la legitimación de los hijos concebidos antes del matrimonio, y nacidos después, si el marido ántes del casamiento supo el embarazo de su esposa, ó si por cualquier otro modo reconoció espresamente por suyo el hijo que la mujer diera á luz, sea ántes ó despues del nacimiento.

P. de G. 104. El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio :

1º Si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa;

2º Si estando presente consintió que se espresara su apellido en la partida de nacimiento;

3º Si de cualquier otro modo ha reconocido espresa ó tácitamente por suyo el hijo de su mujer.

105. En todos los casos en que el marido puede contradecir la legitimidad del hijo, deberá hacerlo en juicio dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticia de su nacimiento.

C. C. 237.

C. P. 226. El marido no puede negar al hijo que parió su muger fuera de tiempo :

1º Si ántes del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez :

2º Si firmó ó hizo firmar á su nombre la partida de nacimiento de su hijo.

C. M. 294. El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio :

I. Si se probase que supo antes de casarse, el embarazo de su futura consorte : para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II. Si asistió al acta del nacimiento; y si ésta fué firmada por él ó contiene su declaración de no saber firmar;

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

C. de la L. 205. El hijo viable, que nace antes de los

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, no es reputado hijo del marido.....

209. (el 314 del Código de Napoleón.)

COMENTARIO.

91. I. El matrimonio legitima *ipso iure* á los hijos concebidos antes y nacidos en él, menos en los casos previstos por los arts. 203, 204 y 205.

Si es tanta la eficacia del matrimonio que legitima aún á los hijos nacidos antes, nada más natural que legitime á los hijos nacidos después.

En cuanto á los arts. 203, 204 y 205, referímonos á los respectivos comentarios.

92. II. " El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar 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 generales.

" Pero aun sin esta prueba podrá reclamar contra la legitimidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez, ó si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo despues de nacido."

Sorprende, pasma que un Dn. Andrés Bello hubiese redactado las dos reglas comprendidas en los incisos segundo y tercero; las cuales pugnan entre sí y con los más obvios principios de jurisprudencia aceptados por el mismo Código civil.

Cuando el hijo nace antes de los ciento ochenta días presúmese de derecho que la concepción no se efectuó en el matrimonio, y, por lo mismo, no es aplicable á este caso la regla de que el marido es el padre de los hijos que su mujer dé á luz.

Dn. Andrés Bello no se fijó en el hecho claro, evidentísimo de que si la mujer contrajo el matrimonio estando en cinta, el marido supo ó no supo la preñez.

Si la mujer engañó al marido, ¿por qué se le impondría á él la durísima obligación de probar que en toda la época en que pudo efectuarse la concepción estuvo en absoluta

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

imposibilidad física de tener acceso á la esposa? Lo más natural que al matrimonio precedan relaciones de amistad siquiera por algunos meses, y entonces la prueba de la imposibilidad física, sí que es absolutamente imposible. Luego, si aceptáramos en ese caso el inciso segundo del artículo 206, el marido engañado no pudiera desconocer la legitimidad del hijo.

El inciso tercero es acaso más absurdo, ya porque impone al marido la obligación de probar que no supo la preñez de la mujer, ya porque si la supo, se le permite justificar que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la esposa (42).

---

(42) " El marido que desconoce al hijo nacido antes de los ciento ochenta dias del matrimonio, no tiene que probar sino el hecho mismo del nacimiento prematuro. No está obligado á justificar que no supo el embarazo de la mujer antes del matrimonio; á la mujer ó al curador del hijo incumbe probar que lo supo.

" ¿Pero cómo debe rendirse esa prueba? Esa prueba puede consistir en instrumentos y en testigos; á los tribunales corresponde decidir si de los hechos justificados se deduce que el marido supo la preñez antes del matrimonio.

" Preguntan algunos autores si para rechazar la impugnación del marido pudiera probarse que antes del matrimonio tenia relaciones intimas con la mujer, y que por lo mismo supo ó debió saber la preñez. Proudhon contesta negativamente, porque no estando fundada la excepción de la ley sino en el conocimiento positivo de la preñez, no es permitido alegar otros hechos sin incurrir en arbitrariedad. Un hombre, añade, puede haber tenido relaciones intimas con la mujer sin juzgarla embarazada. Las consecuencias de las relaciones intimas son tan inciertas, que nuestros legisladores han abolido la investigación de paternidad fundada en tales circunstancias. Fuera posible, por otra parte, que una mujer se propusiese engañar al marido..... Toullier enseña, al contrario, que aunque el nacimiento prematuro del hijo exonera al marido de rendir otras pruebas en apoyo de su acción, el curador puede alegar las relaciones intimas para deducir que el marido supo la preñez de la esposa. Opinamos que estos pareceres son demasiado absolutos. No aceptamos, con Toullier, que de las relaciones intimas del marido con la mujer antes del matrimonio se deduzca necesariamente que supo la preñez; porque es posible que la hubiese ignorado; pero tampoco admitimos, con Proudhon, que las relaciones intimas no pueden alegarse á causa de la incertidumbre del hecho que se trata de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Concebido el hijo antes del matrimonio, no hay ni presunción de paternidad, y el marido debiera desconocerle libremente, á menos que la mujer rinda prueba plena de que él supo la preñez. En el evento de que tratamos la paternidad no puede establecerce sino porque el marido reconozca al hijo, expresa ó tácitamente.

Y si el marido supo que la mujer estuvo en cinta, ¿cómo se le permitiría la prueba de la imposibilidad física del acceso á la mujer? Si hubiere hombre tan infame que entonces proceda á casarse, deberá compelérsele á que en secreto devore la vergüenza, impidiéndole que publique su infamia y la deshonra de la mujer.

Compárese el artículo que comentamos con el 314 del Código de Napoleón, que ajustándose á los principios, declara que el hijo no es legítimo sino por el reconocimiento expreso ó tácito del marido (43).

---

probar. En efecto, la ley no determina cómo debe probarse que el marido supo la preñez; de donde se deduce que esa prueba puede rendirse por todos los medios posibles. Luego, del conjunto de presunciones provenientes de las circunstancias debe el juez deducir su convicción. Esto asentado, es evidente que las relaciones íntimas de la madre antes del matrimonio, si no constituyen prueba plena del hecho, pueden á lo menos considerarse como un indicio, una presunción, y que nada se opone á que el juez, combinando ese hecho con otras circunstancias asimismo insuficientes por sí solas, hallase en el conjunto de tales datos la prueba en que se funda su resolución. Y no podría alegarse contra esta doctrina que hoy la investigación de la paternidad no se admite en nuestro Derecho. No se trata, en efecto, de investigar si el marido es ó no el padre del hijo concebido antes del matrimonio, sino únicamente si supo ó no la preñez de la madre. Rendida esta prueba, la ley misma declara que el marido es padre del hijo. " (Dalloz. Paternité et Filiation. 71-73.)

(43). Discutiéndose el artículo 2 (a), el Primer Cónsul propuso redactarlo como sigue : " Si el hijo nace antes de los ciento cincuenta días subsiguientes al matrimonio puede declararse que en él no fue concebido. "

M. Tronchet. " Prefiero se diga que puede ser desconocido. "

M. Portalis. " Convendría atenderse al nacimiento más bien

(a) Art. 2. L'enfant né avant le cent quatre-vingt-sixième jour du mariage n'est plus présumé l'enfant du mariage.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

93. Parece, pues, necesario reformar la redacción del artículo diciéndose :

---

que al hecho oscuro de la concepción. Propongo redactar así el artículo 1º: El hijo que nace durante el matrimonio pertenece al marido. Después se decidiría que puede ser desconocido el hijo. "

El Cónsul Cambacérès. " La traducción literal de la ley romana sería preferible, y pudiera decirse : El hijo tiene por padre al que el matrimonio designa. "

M. Boulay. " Muy duro sería atenerse sólo al hecho del nacimiento, pues la concepción confiere los derechos al hijo. "

M. Beranger. " En esta materia es menester decidirse por probabilidades. Ahora bien, cuando el hijo nace antes de tiempo y en el matrimonio, es probable que el matrimonio se ha determinado por la preñez. Ese hijo pertenece al matrimonio; porque ó lo motiva, ó fue concebido después.

El Cónsul Cambacérès. " Este sistema tendría aún más inconvenientes que el de la comisión. En efecto, el marido no pudiera deducir excepciones sino probando que no ha tenido trato frecuente con la esposa antes del matrimonio; lo cual le impondría la obligación de rendir una prueba negativa, y por consecuencia imposible. Según el sistema de la comisión, al contrario, la mujer es quien rinde la prueba de un hecho positivo. "

M. Beranger. " Mi idea no consiste en obligar al marido á rendir la prueba; le deja el derecho de deducir excepciones en la forma determinada por la comisión. Mi proposicion no se refiere sino á los colaterales. "

M. Boulay. " Este sistema se funda en un principio vicioso; porque la concepción, mas no el nacimiento, constituye la filiación. "

M. Foureroy. " La época de la concepción no puede conocerse sino por la del nacimiento. "

M. Réal. " Mientras más próximo sea el nacimiento á la época del matrimonio, más probable que el hijo pertenezca al marido. "

M. Boulay. " Fijándose sólo en el nacimiento, no se obviarian todas las dificultades. "

M. Defermont. " La regla establecida por la ley romana se aplica tanto á la concepción como al nacimiento. "

M. Portalis. " Esta regla tiene la ventaja de que el hijo conserva su estado cuandoquiera que no se le impugna. La calidad de legítimo es propia del hijo que nace durante el matrimonio, bien el hijo fuese concebido antes ó después; y por eso la ley debe conferirle ante todo esa calidad. "

M. Regnier. " Atendiéndose al hecho del nacimiento, se excluyen la impugnación del padre y todas las excepciones;

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El matrimonio posterior legitima *ipso iure* á los hijos concebidos antes y nacidos en él, menos en los casos de los arts. 203, 204 y 205 (b).

---

pero es justo hacer una diferencia, á este respecto, entre el hijo nacido y el concebido durante el matrimonio."

M. Portalis. "No conviene principiemos por declarar ilegítimo al hijo nacido después del matrimonio; y eso es lo que sucedería, si se atendiese á la concepción, porque consistiendo entonces la proposición en que el hijo concebido durante el matrimonio es legítimo; la proposición contraria sería que el hijo concebido antes del matrimonio no es legítimo."

M. Regnier. "El objeto de la diferencia conduciría sólo á resguardar de toda impugnación al hijo concebido después del matrimonio, y conferir al padre el derecho de desconocer al hijo concebido antes."

M. Emmery. "La ley distingue entre el hijo concebido y el nacido después del matrimonio. El primero, es irrevocablemente hijo del marido; el segundo se presume serlo; pero como toda presunción debe ceder á las pruebas, el padre tiene el derecho de probar que ese hijo no le pertenece. El art. 1 puede, pues, subsistir tal como está; se halla en armonía con las otras disposiciones del proyecto.

M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely). "El nacimiento del hijo, mas no la concepción, es lo que le confiere su calidad. El hijo concebido antes del matrimonio, y nacido después, es legítimo si el padre no reclama. El hijo que nace después de la disolución del matrimonio, pero concebido durante él, también es legítimo. Luego, no debe decirse nacido ni concebido durante el matrimonio, sino nacido después que el matrimonio se celebró."

"Es necesario determinar después las excepciones que aceptadas hasta hoy por la jurisprudencia, se trata de proscribir.

"Pudiera, pues, redactarse así:

"Artículo 1º. La ley reconoce la paternidad á favor de los hijos nacidos posteriormente al matrimonio.

"Artículo 2º. La ley no admite contra esa presunción de paternidad, ni la excepción de adulterio de la mujer ni la de impotencia del marido.

"Artículo 3º. Admite contra esa presunción: 1º. La excepción proveniente del nacimiento del hijo antes de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el hijo vive quince días después del nacimiento: 2º. La proveniente del nacimiento del

(b) Les enfants nés hors mariage, d'un père et d'une mère libres, pourront être légitimés.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Pero el marido podrá reclamar contra la legitimidad del hijo, á no ser que hubiere conocido la preñez, ó que por

---

hijo doscientos noventa dias después de la disolución del matrimonio: 3º. La proveniente de una separación tal de los cónyuges, que hubiese habido imposibilidad física de cohabitación: 4º. La proveniente de separación personal y de bienes, sin reconciliación ni reunión posterior.

"Después se puntualizarian las otras excepciones." (Locré. VI. 42. 16. 17.)

"Voy á trazar el círculo de la tercera excepción, que se funda en la imposibilidad legal.

"No habéis olvidado que la imposibilidad legal no consiste sino en la consecuencia inmediata de la ley; y, en efecto, la presunción proveniente del matrimonio no puede existir, si, en el instante de la concepción del hijo, el matrimonio, que es el único origen de la legitimidad, no existe todavía ó ya se ha disuelto.

"Esta excepción comprende, como se ve, los nacimientos precoces y los nacimientos tardíos; y después que hemos calculado y determinado el lapso de tiempo en que pueda circular la posibilidad natural de la concepción, el comprender esta excepción en los dos casos es muy fácil y su aplicación precisa; pero su acción no es decisiva sobre los nacimientos precoces como lo es sobre los nacimientos tardíos.

"Por ejemplo, el nacimiento precoz es el del hijo que ve la luz en los primeros meses del matrimonio, y en un plazo tal, que toda concepción posible no puede efectuarse bajo el imperio del matrimonio.....

"¿Pero bastará ese nacimiento precoz para el desconocimiento del marido y la deshonra de la mujer? No, en ambos casos habría inconsecuencia é injusticia.

"Primeramente, el parto de la mujer puede haberse acelerado por un suceso poco notable; el hijo puede nacer prematuramente y privado de las facultades de la vida.

"Además, aunque el hijo nazca en un tiempo de donde se deduzca que es imposible la concepción en el matrimonio, el hijo puede pertenecer al marido, si al matrimonio ha precedido el frecuente trato entre los dos cónyuges.

"Necesario, pues, que el desconocimiento del marido no sea una acción escandalosa, admitida ligeramente. Es necesario, de una parte, que el marido no haya manifestado, ya en el instante mismo del matrimonio, ya en el del nacimiento del hijo, ningún acto, ningún signo, ninguna confesión voluntaria, expresa ó tácita, de su paternidad. Es necesario, además, que el hijo haya nacido naturalmente, y con todas las facultades de la vida.

"Eso es los que el proyecto ha expresado con tanta concisión

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

actos positivos reconozca al hijo despues de nacido.

94. La ley no determina los hechos positivos de donde pueda deducirse que el marido reconoció al hijo como suyo, y deja á la prudencia del juez calificarlos.

---

como claridad, prescribiendo que el hijo nacido antes de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio no pueda ser desconocido por el marido, si sabía la preñez antes del matrimonio, si ha asistido al acta de nacimiento, si ha firmado el acta ó declarado no saber firmar, en fin, si el hijo no es viable, término que la legislación ha tomado de la medicina. " (Duvergrier. Locré. VI. 295. 16.)

Después de recordar Bigot-Préameneu que ciento ochenta días es el tiempo más corto de los nacimientos precoces, añadía:

" Pero de ahí no se deduce que el hijo nacido antes de los ciento ochenta días deba ser declarado ilegítimo. Es necesario que la presunción proveniente de un nacimiento muy precoz se confirme, cuando el marido vive, por una presunción que parezca más grave todavía á cualquiera que observa el corazón humano. Es preciso que el marido desconozca al hijo. ¿Cómo suponer que ahoga aquél todas las afecciones de la naturaleza, cómo suponer que encienda en su hogar la tea de la discordia, y que aquera sea víctima de la humillación, si no tiene íntima certeza de que el hijo no ha nacido de su matrimonio?

" La ley no se limita á explorar el corazón y calcular los verdaderos intereses del marido; pues se precave contra las pasiones que podrían cegarle; no admite la impugnación sino cuando guarda ésta conformidad con su conducta anterior. Si hubiere juzgado que el hijo no era suyo, ningún acto desmentiría la creencia que, desde el nacimiento del hijo, debió desgarrarle el alma. Si varía la creencia, no puede rehusar ya al hijo el estado que no le ha desconocido.

" Así, en caso que el hijo hubiere nacido antes de los ciento ochenta días (seis meses) contados desde el matrimonio, la ley presume que en éste no se efectuó la concepción; pero el marido no puede desconocer al hijo, si antes de casarse tuvo conocimiento de la preñez. Presúmese que nunca hubiera consentido en tal himeneo, á no estar cierto de que la mujer llevaba en su seno el fruto de sus amores; y cuando ha tenido en la conducta de esa mujer tal confianza que ha unido su destino al suyo, ¿cómo podría admitírsele á desmentir tal testimonio?

" El marido no podrá tampoco desconocer al hijo nacido antes de los ciento ochenta días del matrimonio, si hubiere intervenido en el acta de nacimiento, y si ella está firmada por él ó contiene la declaración de no saber firmar ". (Locré. VI. 195. 8-10.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Estos hechos positivos son suceptibles de probarse con instrumentos, testigos, presunciones, etc.

95. III. Para que valga la reclamación por parte del marido debe hacerse en la forma y plazo que se expresan en el título precedente.

La forma consiste en que el marido deduzca la acción en juicio contra un curador que se dé al hijo; y el plazo es el de sesenta días contados desde que el marido supo el nacimiento (a).

Art. 207. El matrimonio de los padres lejitima tambien *ipso jure* a los que uno i otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos con los requisitos legales (*).

REFERENCIAS.

El matrimonio de los padres legitima. 202.
Hijos naturales de ambos; con los requisitos legales. 270. 272. 273.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 231. El matrimonio de los padres lejitima tambien *ipso iure* a los hijos que uno i otro hayan reconocido como hijos naturales suyos, con los requisitos legales (a).

C. E. 200.

C. de N. 231. (Véanse las *Concordancias* del art. 205.)

P. de G. 118. Los hijos naturales se lejitimarán únicamente por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

(a) Véanse los arts. 180, 183 y 188.

(*) Savigny. VIII. § 380. 384-386. — Locré VI. 20. art. 2. — 206. 28. — 259. 29. — 313. 32. — Pothier. Mariage. 408. 409. — Merlin. Légitimation. Sect. II. § I. § II. n. 15. — Laurent. III. 389. IV. 168-172. — Demolombe. V. 361-361. — Zachariae (M. V.). I. § 163. — Zachariae (A. R.) VI. § 516. — Demante. II. 57. 57 bis VII. VIII. — Toullier. II. 924-928. — Ortolan (I). I. 123. 1124. — Maynz. III. § 329. — Calvo. II. § 822.

(a) El matrimonio de los padres lejitima tambien *ipso iure* a los que uno i otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos con los requisitos legales (art. 231 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

119. Para que la lejitimacion tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerlo necesariamente antes de la celebracion del matrimonio, ó en el acto de celebrarlo.
C. C. 238.
C. P. 264. (Véanse las *Concordancias* del art. 202.)
266. Solo los hijos naturales pueden ser legitimados.
C. M. 325. Sólo pueden ser legitimados los hijos naturales.
329. Para legitimará un hijo natural, los padres deben reconocerle expresamente antes de la celebración del matrimonio, ó en el acto mismo de celebrarlo, ó durante él; haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta ó separadamente.
330. Si el hijo fué reconocido por el padre antes del matrimonio, y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita el reconocimiento expreso de ésta, para que la legitimación surta sus efectos legales por el subsiguiente matrimonio.
C. Esp. 121. Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido roconocidos por los padres antes ó después de celebrado.
C. A. 161. Los hijos naturales pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio...
P. IV. XIII. 1. Otrosi son legitimos los fijos que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos atales non son legitimos quando nascen, tan gran fuerça ha el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados, se fazen porende los fijos legítimos.

COMENTARIO.

96. El matrimonio de los padres legitima *ipso iure* á los hijos naturales cuando concurren dos circunstancias:

1ª. Que ambos padres los hubieren reconocido; y

2ª. Que el reconocimiento se hubiere efectuado con los requisitos legales.

Si falta una de estas circunstancias, el matrimonio no legitima *ipso iure* á los hijos naturales.

Es necesario que ambos padres hayan reconocido al hijo, porque si uno sólo de ellos le reconoce, el hijo no es natural sino respecto del padre ó madre que le ha reco-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nocido; y la legitimación debe conferir el estado de hijo legítimo respecto de ambos cónyuges. El principal de los efectos de la legitimación consiste en conferir al hijo los derechos de familia; los cuales se refieren á los padres y á los consanguíneos legítimos de ambos.

97. Según el art. 271, el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre ó madre que reconoce.

Luego, no puede surtir ningún efecto el reconocimiento forzado, esto es, el que se efectúa cuando el padre, á solicitud del hijo, jura que lo es, ó cuando, indagada la maternidad, se condena á la madre á dar alimentos al hijo.

Supóngase que el padre reconoce al hijo en virtud de acción deducida conforme á los arts. 280 y 282; que viniendo á pobreza el padre, el hijo investiga quién es la madre; que á ésta se le impone la obligación de dar alimentos al hijo, y que después se casan los padres. ¿Se conferirían *ipso iure* al hijo los derechos de la legitimación? No, porque si bien el hijo es simplemente ilegítimo, no es natural conforme á los arts 270, 271 y 272; y el matrimonio no legitima *ipso iure* sino á los *hijos naturales*.

Hemos insistido en estas observaciones, porque ellas manifiestan una notabilísima diferencia entre el Código chileno y el de Napoleón; la cual milita á favor del primero.

Según el Código de Napoleón son hijos naturales todos aquellos que por cualquier medio han obtenido el reconocimiento de sus padres, á menos que hubieren sido concebidos en dañado ayuntamiento. De lo cual se deduce que, reconocidos los hijos de cualquier modo, quedan *ipso iure* legitimados conforme al art. 331 (44).

---

(44) " La ley exige esencialmente que la filiación de los hijos conste de una manera legal en cuanto á los padres antes de celebrarse el matrimonio.

" Ahora bien, la filiación natural puede constar legalmente no sólo por el reconocimiento voluntario, sino también por sentencia judicial que hubiese declarado, ya la maternidad de la mujer, ya aún la paternidad del varón.

" En ambos casos el matrimonio subsiguiente de los padres

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El reconocimiento, dice el art. 272 del Código chileno, debe hacerse por instrumento público entre vivos ó por acto *testamentario*.

Art. 208. Fuera de los casos de los artículos 206 i 207, el matrimonio posterior no produce *ipso jure* la legitimacion de los hijos.

Para que ella se produzca, es necesario que los padres designen por instrumento público los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos.

El instrumento público deberá otorgarse a la fecha de la celebracion del matrimonio, o en caso de impedimento grave, dentro de los treinta dias subsiguientes a ella, so pena de nulidad (*).

---

opera la legitimación de los hijos asi reconocidos, voluntaria ó forzadamente.

" No es fundada la objeción de que los términos del art. 331 suponen un reconocimiento voluntario de los padres. Tal no fue, en verdad, la intención de los redactores del Código; y veremos que en general el reconocimiento forzado surte á favor de los hijos los mismos efectos que el reconocimiento voluntario. " (Demolombe. V. 362.)

" ¿Cómo debe constar la filiación de los hijos? El art. 331 dice que los padres deben reconocerlos legalmente; lo cual supone un reconocimiento voluntario. ¿Siguese de ahí que si la filiación se justificara indagándose, no se legitimaría el hijo por el matrimonio subsiguiente de los padres? Evidentemente no. Lo que la ley exige es que el estado de los hijos conste legalmente antes del matrimonio; la manera de hacerlo constar es indiferente, porque no hay ninguna razón para distinguir, tratándose de legitimación, entre el reconocimiento voluntario y el reconocimiento forzado. En cuanto á la ley, prevé, como el legislador lo hace de costumbre, el caso que se presenta ordinariamente, esto es el reconocimiento voluntario; no podía ni suponer un reconocimiento forzado, porque si los padres de un hijo natural se casan, lejos de desconocer al hijo contraen casi siempre matrimonio para conferirle la legitimación. Esto no presenta dudas. " (Laurent. IV. 171.)

(*) Savigny. VIII. 380. 384. 386. Locré. IV. 180. art. 7. 8. VI. 29. art. 2. — 87. 3. 4. — 206. 28. — 251. 52. — Pothier. Mariage. 422. — Dalloz. Paternité et Filiation. 401. 412. 467. 472. Laurent. IV, 170-172. — Demolombe. V. 361. 365. — Zachariae (M. V.). I. 163. — Zachariae (A. R). VI. 546. — Toullier. II. 924. — Delvincourt. I. 374. (12). 375. (13). Fiore. II. 753. 754.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Lejitimación de los hijos. 202.
Los padres. 35. 202.
Instrumento público. 1699.
Ya estén vivos ó muertos. 213.
Treinta dias. 48-50.
Nulidad. 1681.

CONCORDANCIAS

P. de B. 232. Fuera de los casos de los artículos 230, 231, el matrimonio posterior no produce *ipso iure* la lejitimacion de los hijos.

Para que ella se produzca, es necesario que los padres designen por instrumento público los hijos a quienes desean conferir este beneficio, ya estén vivos o muertos.

El instrumento público deberá otorgarse dentro de los treinta días subsiguientes a la celebracion del matrimonio (a).

C. E. 201. Fuera de los casos de los artículos 199 y 200, el matrimonio posterior ne produce *ipso iure* le legitimación de los hijos.

Para que ella se produzca, es necesario que los padres designen, por instrumento público, los hijos á quienes confieren este beneficio, ya estén vivos ó muertos.

El instrumento público puede otorgarse en cualquier tiempo desde la celebración del matrimonio.

C. de N. 331. (Véanse las *Concordancias* del artículo 205.)

C. Arg. 317. Para que la legitimacion tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle antes de la celebración del matrimonio, ó al inscribirse éste en los registros parroquiales, ó dos meses después de celebrado el matrimonio.

(a) Fuera de los casos de los artículos 230 i 231, el matrimonio posterior no produce *ipso iure* la lejitimacion de los hijos.

Para que ella se produzca, es necesario que los padres designen por instrumento público los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos.

El instrumento público deberá otorgarse a la fecha de la celebracion del matrimonio, o en caso de impedimento grave, dentro de los treinta dias subsiguientes a ella, so pena de nulidad. (Artículo 232 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

318. El reconocimiento deberá hacerse, ó en la partida del nacimiento, ó ante el juez del lugar, levantándose el acta correspondiente, ó por escritura pública, ó en presencia del párroco y testigos del matrimonio, si se hiciese al contraerse este.

P. de G. 119. (Véanse las *Concordancias* del artículo 207.)

358. La escritura de reconocimiento de un hijo se inscribirá en el libro de nacimientos en que exista la partida del que es reconocido, y se anotará al márgen de esta el reconocimiento.....

C. C. 239. Fuera de los casos de los dos artículos anteriores, el matrimonio posterior no produce *ipso iure* la legitimidad de los hijos. Para que ella se produzca es necesario que los padres designen en el acta de matrimonio, ó en escritura pública, los hijos á quienes confieren este beneficio, ya estén vivos ó muertos.

C. M. 329. (Véanse las *Concordancias* del artículo 207.)

C. Esp. 121. (Véanse las mismas *Concordancias*.)

P. IV. XV. 7. Instrumento, o carta, faziendo algun ome, por su mano misma, o mandandola fazer a alguno de los Escriuanos publicos, que sea confirmada con testimonio de tres omes buenos, en que diga que algun fijo que ha nombradolo señaladamente, que lo conosce por su fijo; es esta otra manera en que se fazen los fijos naturales legitimos. Pero en tal conoscencia como esta non deue dezir que es su fijo natural, ca si lo dixesse, non valdria la legitimacion. Otrosi, quando alguno que a muchos fijos naturales de vna amiga, e conosce el vno dellos tan solamente por su fijo, por tal carta, e en tal manera como sobredicho es en esta ley; por tal conoscencia como esta seran legitimos los otros hermanos, quanto para heredar en los bienes del padre, tambien como aquel en cuyo nome fue fecha la carta; maguer non fuessen nombrados en ella.....

COMENTARIO.

98. I. Fuera de los casos puntualizados en los arts. 206 y 207, el matrimonio posterior no produce *ipso iure* la legitimación de los hijos.

Esta disposición, que es importantísima y surte los más saludables efectos, modifica profundamente el derecho antiguo. Según las leyes romanas no se legitimaban por ma-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

trimonio posterior sino los hijos habidos en concubina; y como el padre era entonces siempre conocido, el matrimonio posterior con aquélla legitimaba *ipso iure* á todos los hijos.

Las disposiciones del Derecho canónico, que fueron aceptadas por las leyes españolas, extendían el beneficio de la legitimación á todos los hijos que ambos padres habían tenido antes del matrimonio (exceptuándose los adulterinos ó incestuosos).

Eso era aceptable, porque se permitía la indagación de la paternidad, y en cualquier tiempo que un hijo justificaba que lo era del padre y que éste había contraído matrimonio con la madre, quedaba *ipso iure* legítimo.

Mas, como la legislación francesa y la chilena han abolido la indagación de la paternidad, síguese que el matrimonio no puede legitimar *ipso iure* sino á los hijos cuyo padre sea evidente, esto es, aquellos que, concebidos antes del matrimonio, nacen después, y los naturales que ambos padres hubieren reconocido antes del matrimonio.

99. II. Para que los demás hijos sean legitimados, es necesario que los padres designen por instrumento público los hijos á quienes confieren el beneficio de la legitimación, ya estén vivos ó muertos.

Si los hijos no son *ipso iure* legítimos, por cuanto la paternidad no es cierta sino en los dos casos ya mencionados, es necesario, tratándose de tan importante asunto, extender un instrumento público en que ambos padres designen los hijos á quienes confieren el beneficio de la legitimación.

Ese instrumento público no puede ser, conforme á las leyes chilenas y ecuatorianas, sino escritura pública, esto es, instrumento otorgado ante escribano é incorporado á un registro ó protocolo público.

100. La escritura pública debe otorgarse por ambos padres, pues ambos designan los hijos á quienes confieren el beneficio de la legitimación. El tenor y espíritu de la ley manifiestan inequívocamente que no valdría la legitimación si cada uno de los padres otorgase instrumento distinto, ó si el instrumento fuese otorgado por uno sólo de ellos.

Según el sistema del Código de Napoleón, aceptado por

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Dn. Andrés Bello, la única fuente de la legitimación es el matrimonio de los padres; y cuanto éstos otorgan la escritura pública no se proponen sino hacer constar qué hijos tuvieron antes del matrimonio. Luego, si el instrumento público se otorgase por uno sólo de los padres, equivaldría á que haya matrimonio de una sola persona.

101. Dedúcese de ahí que en ningun caso pudieran los padres legitimar á los hijos por testamento; ya porque éste es acto de una sola persona, ya porque, lo repetimos, no surte efecto alguno la legitimación que no sea simultánea de ambos padres.

102. Los efectos de la legitimación se refieren á los dos cónyuges y á la familia legítima de ambos. La diferencia esencial entre los hijos legítimos y los ilegítimos consiste, lo repetimos, en que aquéllos, mas no éstos, gozan de todos los derechos inherentes á la condición de miembros de la familia.

103. Ya observamos (176. III) que aun cuando el matrimonio sea putativo y no surta efectos civiles sino respecto de uno sólo de los cónyuges, el hijo es legítimo de ambos, y que sólo el cónyuge de mala fe es quien no ejerce los derechos que la ley concede á los padres sobre los hijos legítimos.

104. III. El instrumento público debe otorgarse á la fecha de la celebración del matrimonio, ó, en caso de impedimento grave, dentro de los treinta días subsiguientes, so pena de nulidad.

Dn. Andrés Bello tuvo á la vista, á no dudarlo, la importantísima discusión, que cuando se trataba del artículo 231 del Código de Napoleón, hubo en el Consejo de Estado (45); y de ahí dedujo necesariamente que el instru-

---

(45) " Discútese el artículo 2 " (a).

El Ministro de Justicia. " Parece que este artículo deniega al reconocimiento posterior al matrimonio el efecto de legitimar los hijos nacidos antes que los padres se hubieren casado. Po-

(a) Ils seront légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

mento público se debe extender en el acto mismo de celebrarse el matrimonio, ó, cuando más tarde, en los treinta días subsiguientes.

---

sible es, empero, que la vergüenza, el deseo de no disgustar á padres austeros hayan impedido que los esposos reconociesen á sus hijos, bien antes, bien cuando la celebración del matrimonio; y entonces no les es posible conferir el estado civil á los frutos prematuros de su unión. La legitimación es efecto necesario del matrimonio; la declaración de los padres y todas las solemnidades no conducen sino á la aplicación de ese principio. "

M. Regnier. " El sistema del Ministro facilitaría el fraude de los cónyuges que, por asegurar una sucesión ó por otros motivos, se confabulasen para reconocer un hijo que no es suyo. "

El Ministro de Justicia. " Como hubiera fraude, los terceros interesados pudieran impugnar el reconocimiento. "

M. Defermon. " Esta especie de fraude sería muy difícil, porque los cónyuges no pudieran intentarlo sino cuando hallasen un hijo que á nadie perteneciera. "

M. Tronchet. " La objeción del Ministro proviene de que confunde los efectos que el matrimonio subsecuente surtía según la antigua jurisprudencia y los que hoy surte. En lo antiguo el matrimonio subsecuente legitimaba de derecho á los hijos, sin que hubiese necesidad de un reconocimiento anterior ó coetáneo á la celebración, porque la filiación podía probarse aún respecto del padre; pero como la investigación de la paternidad está prohibida, la filiación no puede probarse sino por el reconocimiento del padre. Ahora bien, el artículo se aplica al hijo á quien no se ha reconocido. El reconocimiento no puede constar sino por escrito. El artículo prescribe que cuando la prueba no existe antes del matrimonio, se redacte en el instante de su celebración. "

El Ministro de Justicia. " No impugno el artículo en ese sentido. Hasta hoy el matrimonio subsecuente ha llevado consigo la legitimación; ese efecto del matrimonio se ha conservado por el proyecto de que se trata; es evidente que ese efecto supone un reconocimiento de los cónyuges, y no se trata sino de saber si este reconocimiento debe tener la misma fuerza después de la celebración que antes ó en el instante mismo del matrimonio, y no veo razón suficiente para que ese efecto se le rehuse. "

M. Tronchet. " El hijo no debe obtener la legitimación si su estado no se determinó antes del matrimonio; si así no fuese, se facilitaría la adquisición de hijos extraños, ó á lo menos de uno sólo de los cónyuges que, por amenazas, pudiera obtener el asentimiento del otro La pretensa vergüenza que impidiera

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

105. Anómala é injurídica la reforma hecha en el artículo 201, inciso último, del Código ecuatoriano: "El

---

reconocer hijos naturales en el momento que la madre se casa, no debe influir en el ánimo del legislador."

M. Boulay. "La adopción sería un medio de suplir el reconocimiento posterior al matrimonio; pero este reconocimiento originaría muchos abusos. Por otra parte, es un principio que el matrimonio subsecuente legitima á los hijos; pero el principio no puede aplicarse sino en el instante mismo que el matrimonio se celebra. En ese instante es cuando surte efecto la legitimación."

El Ministro de Justicia. "Ese principio es el que da á los hijos un derecho imprescriptible, que adquieren por el mero hecho del matrimonio, y que nada puede privarlos de él. Si los dos esposos, en el instante de la celebración del matrimonio, privasen á sus hijos nacidos anteriormente del estado que el matrimonio les confiere, sería una injusticia respecto de los hijos que no pueda conferirse á los cónyuges la facultad de repararla. De otra manera los que, por un contrato legítimo, hubiesen santificado relaciones anticipadas serían de peor condición que los que permanecen en vínculos ilegítimos, y á quienes el proyecto confiere en todo tiempo la facultad de reconocer á los hijos naturales."

M. Portalis. "La legitimación por matrimonio subsecuente no es efecto natural del matrimonio, sino un beneficio de la ley. No se acepta ella en Inglaterra, juzgándose que puede favorecer el concubinato. Pero como hace mucho tiempo está en uso en Francia, donde se estableció, no por el Derecho civil, sino por el Derecho canónico, los redactores del proyecto del Código han creído conveniente conservarla. Sin embargo, como los hijos nacidos fuera del matrimonio no tienen sino una existencia equívoca, pues no milita á su favor ninguna presunción, es necesario que el testimonio que les confiera su estado se presente en un tiempo que no sea sospechoso. Hay ejemplos de que los reconocimientos posteriores al matrimonio han llevado á las familias hijos extraños, de la misma manera que la adopción. Debe, pues, evitarse aún las sospechas de fraude. En otro tiempo no eran posibles, porque había ceremonias públicas en el momento del matrimonio, y cuya omisión privaba á los hijos de la legitimidad. ¿Qué razón hay para conferirles ahora mayores beneficios? ¿La pretensa vergüenza de los padres? Cuando éstos obedecen á la naturaleza y á la conciencia, no pueden comprometer la honra."

El Ministro de Justicia. "La facilidad de adoptar obvia todos los inconvenientes de las declaraciones posteriores al matrimonio. No hay necesidad de fraude cuando la ley concede un medio de obtener lo que se desea."

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

instrumento público puede otorgarse en cualquier tiempo desde la celebración del matrimonio." La reforma es per-

---

"No puede presumirse, por otra parte, que los padres que tienen hijos quieran asociarlos á los extraños, y si no los tienen, la reclamación de los colaterales manifestaría el fraude.

"Por último, el reconocimiento posterior al matrimonio no favorece el concubinato más que el reconocimiento en el instante de la celebración; pero puede ser necesario para conservar la honra de una joven cuyas virtudes no se han desmentido sino un instante, y que teme que la publicación de sus debilidades induzca á los padres á privarla de la herencia. No hay, pues, peligros para las buenas costumbres ni para las familias en prorrogar, para después del matrimonio, el plazo de reconocer á los hijos; y el interés de éstos reclama esa facultad.

M. Regnier. "Como los hijos no adquieren la legitimidad sino por la declaración del padre, puede suceder que ella sea fraudulenta, y es natural circunscribirla dentro de un plazo. Antes del matrimonio, los padres pueden tener fundadas razones para ocultar la filiación; pero ellas cesan tan luego como el matrimonio se efectúa. No hay deshonra en confesar una debilidad que se repara".

M. Réal. "M. Portalis juzga que la legitimación por subsiguiente matrimonio no es efecto del matrimonio; que facilita el concubinato y que pugna con las buenas costumbres. Desea, con M. Tronchet, que el reconocimiento posterior no surta ningún efecto; afirma que en otro tiempo estas declaraciones no eran admitidas, y que los hijos que, en el momento de la bendición nupcial, eran colocados bajo la *poele*, obtenían el beneficio de la legitimación. A la opinión de estos dos jurisconsultos se puede oponer la de un jurisconsulto igualmente célebre, la de Pothier..."

M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely). "Como la investigación de paternidad no es permitida, Pothier razona en un sistema que no es el de la legislación actual. Si tal sistema se siguiese, el hijo podría deducir acción judicial y obligar al padre á reconocerle; lo cual no se admite."

M. Thibaudeau. "La autoridad de Pothier no se ha citado sino para manifestar que según la antigua jurisprudencia, el reconocimiento posterior al matrimonio legitimaba á los hijos."

M. Emmery. "No hallo ningún obstáculo en la aceptación del artículo. Una explicación puede conciliar todos los pareceres. No es necesario, en efecto, que el reconocimiento sea público. La ley se cumple cuando cualquier documento anterior, siempre que sea auténtico, pueda servir de base del reconocimiento posterior al matrimonio. Aceptando el ejemplo citado por el Ministro de Justicia, la persona de quien ha hablado podrá asegurar

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

-judicial aún á los mismos hijos á quienes se quiso favorecer; pues cuando los padres saben que en el acto mismo

---

el estado del hijo por una declaración secreta hecha antes del matrimonio, callar después hasta la muerte de los padres cuya indignación teme, y no reconocerle públicamente sino cuando el peligro ha cesado".

M. Thibaudeau. "No comprendía yo el artículo en el sentido de que haga depender la legitimación del hijo de un instrumento cualquiera en que sus padres le reconociesen anteriormente. Pregunto si el hijo podría, en virtud de ese instrumento, reclamar su estado, si no hubiese un reconocimiento posterior."

M. Emmery. "El espíritu del artículo consiste en que el hijo que tiene un instrumento secreto, puede ser reconocido por sus padres después del matrimonio, y que si omiten reconocerle, le es permitido presentar el título y tomar la calidad de hijo legítimo".

M. Boulay. "La comisión comprende el artículo en ese sentido, porque una vez reconocido el hijo antes del matrimonio, poco importa que el reconocimiento se renueve en el instante de la celebración. El matrimonio opera por su eficacia, é independientemente de cualquiera otra circunstancia, la legitimación de los hijos que tienen la prueba legal de que pertenecen á los dos cónyuges".

M. Thibeaudeau. "Esta teoría priva en absoluto de la legitimación al hijo no legalmente reconocido antes del matrimonio; el reconocimiento de los padres posterior al matrimonio no le sería útil, y combato contra ese rigor porque no comprendo las razones en que pueda fundarse."

El Primer Cónsul. "Supongamos que en la partida de nacimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio consten los nombres de los padres; que después éstos se casen, y que mueren sin reconocerle. ¿Pudiera ese hijo reclamar la herencia de los padres?

M. Tronchet. "La pretensión del hijo sería fundada, si los padres han intervenido en la mencionada partida. El reconocimiento de los padres confiere al hijo su estado civil, siempre que sea anterior al matrimonio."

M. Defermon. "M. Tronchet opina que los efectos de la partida de nacimiento dependen de la presencia de los padres; y, sin embargo, es físicamente imposible que la madre se presente. Luego ¿presumiríase que el hijo es reconocido, si los que le presentan designan los padres?

M. Tronchet. "Sería trastornar el sistema del reconocimiento establecido en el capítulo siguiente, y se permitiría, además, que dos testigos extraños den padre á un hijo que no le pertenece.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

de celebrar el matrimonio ó dentro de un brevísimo plazo deben legitimar á los hijos, se apresuran á extender el

---

M. Berlier. " Me parece que la controversia exige una distinción necesaria.

" Por severa que sea la opinión de MM. Portalis y Tronchet al sostener el artículo que se discute, convengo en que ella consulta el interés de las familias y talvez el de las buenas costumbres. Por lo cual acepto que un hijo no puede ser reconocido después del matrimonio cuando su filiación no se ha indicado ni remotamente en un instrumento auténtico extendido antes del matrimonio.

" Pero cuando esta indicación existe, y en el caso, por ejemplo, en que antes del matrimonio el hijo se ha presentado al funcionario del estado civil con designación del padre y madre ausentes, ¿por qué no sería permitido á éstos reconocerle, aun después del matrimonio, y sancionar así el acto enunciativo de su paternidad? No es verosímil que en tal caso el reconocimiento adolezca de fraude, en cualquier tiempo que se efectúe.

" Exijo, pues, que reformándose el artículo se redacte en ese sentido ".

M. Tronchet. " M. Berlier pierde de vista el principio según el cual el reconocimiento es indispensable. La ley exige el reconocimiento, porque sólo el padre puede juzgar si el hijo le pertenece. Ahora bien, cuando no ha querido reconocerle ni antes ni al celebrarse al matrimonio, manifiesta que dudaba entonces de su paternidad, y es de presumirse que no le ha reconocido después sino porque ha juzgado que no tendría hijos del matrimonio ".

M. Réal. " Otras razones, mas no la duda, pueden haber impedido el reconocimiento del padre. Además la ley permite rectificar las partidas de nacimiento irregulares; y no pueden serlo más seguramente que por la declaración del padre. "

El Primer Cónsul. " La partida de nacimiento que existe, equivale ó no equivale al reconocimiento: en el primer caso su validez no puede ponerse en duda; en el segundo, es absolutamente nula ".

M. Roederer. " Todo individuo que sabe que según la partida de nacimiento un hijo pasa por suyo, no se casará con la madre si no consiente en ratificar la partida de nacimiento. "

El Primer Cónsul. " Eso no es sino una conjetura muy incierta. Puede sostenerse, al contrario, que el individuo designado como padre del hijo, pudiendo reconocerle aún en secreto, no ha hecho ninguna declaración porque no ha querido reconocerle.

" Que el reconocimiento posterior al matrimonio surta efecto,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

respectivo instrumento público. Mas, si juzgan que pueden otorgarlo en cualquier tiempo, al principio se descuidan; después la costumbre de tratar á los hijos como legítimos pone en olvido la necesidad de legitimarlos, y, cuando la muerte sorprende á uno de los padres, la desgracia de los hijos es irremediable.

Por otra parte, la facultad de legitimar á los hijos en

---

sería dejar á la familia en incertidumbre, y conferir la facultad de crear hijos por consentimiento mutuo. "

El Ministro de Justicia. " El reconocimiento no puede en ningún caso ser secreto, pues debe insertarse en los registros del estado civil, que están á la vista de todos los ciudadanos. "

M. Réal. " Ese es el sentido del artículo, pues se lee en él la expresión *legalmente reconocido*. "

El Primer Cónsul. " El artículo no habla sino de la forma que se emplea más comunmente; pero no excluye otras ni prohibe los reconocimientos secretos, que puedan hacerse por escritura pública antes del matrimonio.

" El Ministro de Justicia y M. Roederer observan que las palabras *legalmente reconocido* suponen que el reconocimiento se efectuará ante el funcionario del estado civil é inscrito en los registros. "

M. Boulay. " Mucho se atiende á la posibilidad de un reconocimiento secreto; pero nunca pudiera serlo absolutamente, bien se efectúe ante un notario, bien ante un funcionario del estado civil; este último modo daría menos publicidad que el primero..... "

M. Regnier. " El reconocimiento puede ser independiente de la partida de nacimiento. Además, cuando la ley ordena, toda pretendida delicadeza debe callar. Las mejores leyes tienen inconvenientes : basta que el conjunto de sus beneficios prevalezca. Ahora bien, el interés público exige que la suerte de las familias no permanezca incierta. El sistema de la comisión lo concilia todo; el estado del hijo puede conferirse por el reconocimiento del padre; la tranquilidad de la familia lo es por el plazo fijado á la facultad de reconocer. En el sistema opuesto, un individuo pudiera, treinta años después del matrimonio, reclamar la calidad de hijo legítimo y cambiar el estado de la familia. "

M. Réal. "Sin duda se turbaría el reposo de las familias, si se permitiese á un extraño introducirse en ellas contra la voluntad del padre después de su muerte; pero no se perturbaría permitiéndose á un hijo ser reconocido por el padre para que ocupe en ella su lugar..... " Acéptase el artículo. " (Locré. VI. 87. 4.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cualquier tiempo es una arma poderosísima de la cual pueden abusar los padres con mucha facilidad, estableciendo entre los hijos la odiosa distinción de conferir á unos, mas no á otros, la calidad de legítimos.

En fin, celebrado el matrimonio, la familia debe quedar, por decirlo así, organizada lo más pronto posible; y en sumo grado anómalo que puedan transcurrir ocho, diez ó veinte años, sin que los hijos, á quienes los padres tratan como á legítimos, tengan efectivamente esa calidad.

106. Frecuentísimo, en especial entre la gente del campo, que no conozcan la ley según la cual deben extender instrumento público para legitimar á los hijos. Conviniera, pues, en la ley de matrimonio civil, imponer al respectivo funcionario la obligación de advertir á los esposos que la legitimación de los hijos debe efectuarse, cuando más tarde, dentro de treinta días.

Art. 209. Cuando la lejitimacion ne se produce *ipso jure*, el instrumento público de lejitimacion deberá notificarse a la persona que se trate de lejitimar. I si esta vive bajo potestad marital, o es de aquellas que necesitan de tutor o curador para la administracion de sus bienes, se hará la notificacion a su marido, o a su tutor o curador jeneral, o en defecto de este a un curador especial (*).

REFERENCIAS.

Se produce *ipso iure*. 206. 207.
Instrumento público de legitimación. 1699. 208.
Potestad marital. 132.
Aquellas que necesitan de tutor ó curador. 341. 342.
Tutor ó curador general. 338. 340.
Curador especial. 345. 494.

(*) Pothier. Mariage. 423. — Dalloz. Paternité et Filiation. 401. 412. — Zachariae (A. R.). VI. § 546. — Demolombe. VII. 365. 366. — Ortolan. I. 121.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 233. Cuando la lejitimacion no se produce *ipso iure*, el instrumento público de lejitimacion deberá notificarse a la persona que se trate de lejitimar. I si ésta es de aquéllas que necesitan de tutor o curador para la administracion de sus bienes, se hará la notificacion a su tutor o curador jeneral, i en defecto de éste a un curador *ad hoc* (a).

C. E. 202.

C. C. 240.

COMENTARIO.

107. Cuando la legitimación no se produce *ipso iure*, el instrumento público de legitimación deberá notificarse á la persona que se trate de legitimar.

La notificación es absolutamente necesaria para que el legitimado, con pleno conocimiento de que los legitimantes se proponen conferirle el beneficio, lo acepte ó repudie.

108. Ninguno de los Códigos que conocemos, excepto el de Colombia y el del Ecuador, que son copia textual del chileno, imponen el deber de notificar al hijo el instrumento de legitimación.

Si casi todos aceptan el sistema de conferir al legitimado la facultad de aceptar ó repudiar, no comprendemos por qué omiten la notificación, sin la cual esa facultad es nugatoria.

109. Echase de menos un plazo en que deba efectuarse la notificación. No lo fijaron las leyes romanas, y de ahí proviene, á no dudarlo, la omisión de Dn. Andrés Bello.

Conviene y aún es necesario que el estado civil, en especial el de los hijos legítimos, se determine definitiva-

(a) Cuando la lejitimacion no se produce *ipso iure*, el instrumento público de lejitimacion deberá notificarse a la persona que se trate de lejitimar. I si ésta vive bajo potestad marital, o es de aquéllas que necesitan de tutor ó curador para la administracion de sus bienes, se hará la notificacion a su marido, o a su tutor ó curador jeneral, o en defecto de éste a un curador especial. (Artículo 233 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

mente en un breve plazo. Si la ley dispone que el instrumento público de legitimación se extienda tan luego como el matrimonio se celebra, ó, cuando más tarde, dentro de los treinta días subsiguientes, ¿por qué no se fija plazo para la notificación?

Como el instrumento público se otorga ante escribano, lo razonable sería obligarle, bajo su más estricta responsabilidad, á que lo notifique en el término de treinta días; el cual, según las circunstancias, pudiera prorrogarse.

110. II. Si la persona á quien se trata de legitimar vive bajo potestad marital, ó necesita de tutor ó curador para la administración de sus bienes, el instrumento público se notifica, respectivamente, al marido, ó al tutor ó curador general, ó, á falta de éste, á un curador especial.

En el caso previsto por esta regla, la persona á quien se trata de legitimar es incapaz, y no puede ejercer por sí misma el derecho de aceptar ó repudiar la legitimación. Por tanto, se notifica á su representante legal.

Art. 210. La persona que no necesita de tutor o curador para la administracion de sus bienes, o que no vive bajo potestad marital, podrá aceptar o repudiar la lejitimacion libremente (*).

REFERENCIAS.

Las personas que no necesitande tutor ó curador para la administratión de sus bienes. 341. 342.
Potestad marital. 132.
Legitimación. 202.
Todo el artículo. 1446. 1447.

(*) Pothier. Mariage. 423. — Merlin. Sect. II. § II. n. 14. — Delvincourt, I. p. 372 (11). — Dalloz. Paternité et Filiation. 472. 473. Laurent. IV. 180-186. — Zachariae (M. V.). I. § 103. — Zachariae (A. R.). VI. § 546. — Demolombe. V. 565. 566.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 224.
C. E. 203.
C. Arg. 326. La persona que tenga la libre administracion de sus bienes podrá aceptar ó repudiar la legitimación.....
C. C. 241.

COMENTARIO.

111. Toda persona que no vive bajo potestad marital, ó que no se halla bajo tutela ó curaduría ni la necesita, tiene el derecho de aceptar ó repudiar libremente la legitimación (46).

---

(46) " La lejitimacion por subsiguiente matrimonio es un derecho excepcional i exhorbitante desconocido en los mejores tiempos de la jurisprudencia romana. Apareció por la primera vez bajo Constantino i no llegó a su forma final sino en el reinado de Justiniano. Segun las constituciones de este príncipe, no se otorgaba sino á los hijos naturales, esto es, nacidos en concubinato, que, como todos saben, era una conexion reconocida por las leyes, entre personas que podian casarse. El que se casaba con la concubina, *dotalibus instrumentis compositis*, lejitimaba á los hijos habidos anteriormente en ella; i se exijia el otorgamiento de escritura, no para el matrimonio, *quod solo consensu perficiebatur*, sino para que constase que la concubina pasaba á la categoría de mujer lejítima, i si existian hijos, cuáles de ellos se lejitimaban. Por instrumentos dotales debemos entender aquí, dice Vinnio, ciertos instrumentos nupciales, aunque nada se haya dispuesto en ellos acerca de la dote... Lo que se dispone en todos los lugares en que se trata de esta lejitimacion acerca de estos instrumentos, es una prueba muy fuerte de que, sin su intervencion, no se lejitiman los hijos ántes nacidos. A la verdad, es cierto que el matrimonio se perfecciona por solo el consentimiento; pero aquí, no solo se trata de la celebracion de éste, i de la fuerza i efecto de tal contrato, sino del efecto especial de la lejitimacion, que tiene el matrimonio, no por sí, sino por autoridad de la lei, la que con este objeto exije la solemnidad de los instrumentos : no por otra razon, sin duda, sino para que perpetua i claramente pueda

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Vimos ya que según el artículo 208 la legitimación debe constar de instrumento público. ¿Qué es lo que prueba ese

---

constar, no solo que la que antes fue concubina, despues, por el amor conyugal, se ha tomado por mujer, sino tambien si existian o no hijos, i si han sido lejitimados; todo lo que ha de ponerse en el instrumento. Pero ni aun así estaban obligados los hijos a aceptar la lejitimacion. Jeneralmente (dice Justiniano, Novela 89, capítulo II), en todos casos de legitimacion solo queremos que ésta tenga lugar si la consienten los hijos. Colocar al hijo bajo la patria potestad cuando éste lo rehusa, como temiendo asociarse a la condicion paterna, no es justo. *Metuentem* (temiendo), añade la glosa, talvez porque este padre es de un trato depravado i de perversas costumbres.

" En la Novela 74, capítulo 2, introdujo el mismo príncipe la lejitimacion por testamento, pero sujetándola a la misma regla : *suplicantibus tamen filiis ostendentibus patris testamentum*, etc.

" De este modo, el beneficio de la lejitimacion se limitaba a los hijos naturales, a los hijos de soltero i soltera, que vivian bajo su mismo techo i no tenian impedimento para casarse. Con respecto a esos hijos, podia decirse *Pater est quem cohabitatio demonstrat;* i sin embargo, no los lejitimaba *ipso iure* el matrimonio : sin la confeccion de instrumento i sin el consentimiento de los hijos, no habia legitimacion.

" El Derecho canónico relajó estos saludables principios concediendo la lejitimacion *ipso iure* por el solo efecto del matrimonio. Despues veremos los gravísimos inconvenientes que esto tiende a producir en el órden social. Pero observemos desde ahora que es a la potestad temporal a la que toca fijar las condiciones precisas para la adquisición de derechos civiles.

" La lejislacion de las Partidas parece haberse doblegado hasta cierto punto a las disposiciones canónicas, declarando lejítimos a los *fijos que ome ha en la mujer que tiene por barragana si despues desso se casa con ella.* No pide declaracion escrita; prescinde de la voluntad del padre i de los hijos; pero a lo ménos exije una condicion importante, que sean *fijos de barragana,* que sean hijos naturales. A éstos solo otorga *ipso iure* la legitimacion por subsiguiente matrimonio; en lo que conviene con el artículo 231 del Proyecto; con esta diferencia que, no siendo admitido ni pudiendo admitirse entre nosotros el concubinato autorizado por las leyes romanas i por las *Partidas,* se ha sustituido a este modo de constituir los hijos naturales e reconocimiento voluntario.

" Gregorio López, glosando esta lei, que es la 1ª, tit. 13, *Partida* 4, vacila entre las constituciones de Justiniano i las disposiciones canónicas, i citando opiniones contrarias, parece

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

instrumento? Evidentemente no prueba sino que dos cónyuges comparecieron ante el respectivo funcionario, y

---

inclinarse a transijir; pero, desde que callan los cánones, como en la lejitimacion por rescripto, mira como indispensable el consentimiento del hijo. *Iste non debet esse invitus quia non teneret legitimatio :* glosa 2ª a la lei 9, título 18, *Partida* 3, l. en la glosa 9 a la lei 1ª, título 15, *Partida* 4 : *Requiritur etiam ut valida sit legitimatio consensus filii.*

" La Inglaterra no se dejó arrastrar por la influencia del Derecho canónico, aun cuando todavía era una de las naciones mas obsecuentes i sumisas a la Iglesia. Es un estatuto de Enrique III, se ve que, rogando los obispos a los magnates consintiesen en que los nacidos antes del matrimonio fuesen lejitimados como los nacidos despues, porque la Iglesia los miraba como lejitimos, todos los condes i varones respondieron a una voz : *Nolumus leges Angliae mutari.* Segun las leyes de ese pais, que es uno de los más notables por la ternura de los afectos de familia i la disciplina doméstica, no hai lejitimacion posible para los hijos ilejítimos, sino la del artículo 230 del Proyecto; todos los que no se hallan en ese caso viven i mueren en la condicion degradante de bastardos, si no los saca de ella un acto especial del Parlamento, expedido en rarísimos casos i por los mas calificados motivos. Siendo el fin del matrimonio, dice Blackstone, determinar una persona cierta en quien recaiga el cuidado, sustentacion i educacion de los hijos, es indudable que se consigue mejor este fin legitimando solamente a la prole que nace de él i no a los hijos de las mismas personas habidos antes.

" Pasando a los Códigos modernos, el francés, artículo 331, dice : Los hijos nacidos fuera de matrimonio, como no sean de comercio incestuoso o adulterino, podrán lejitimarse por el matrimonio subsecuente de sus padres, cuando éstos los hayan reconocido legalmente. Ni podia ser de otro modo una vez que por el artículo 340 del mismo Código está prohibida a los hijos ilejítimos la indagacion de la paternidad. No se lejitiman, pues, según el Derecho francés, sino los reconocidos voluntariamente por sus padres; pero precediendo este reconocimiento, ya no es facultativa la lejitimacion; exactamente como se propone en el artículo 231 del Proyecto. Se preguntará si es obligatorio a los hijos aceptar la lejitimacion. Parece claro que no, porque, si la rechazasen y el padre insistiese en ella, seria preciso proceder judicialmente a la indagacion de la paternidad, prohibida en el artículo 340. Solo, pues, cuando se admitiese la paternidad por parte del hijo, parece que podria serle conferida la lejitimacion contra su voluntad. La lei romana que iguala bajo este respecto al padre i al hijo, es indudablemente mas equitativa.

" El Código de la Luisiana, artículo 217, traduce literalmente

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

expresaron que siendo cierto individuo su hijo, le confieren los derechos de legítimo. ¿Bastará la aserción de los sedicientes padres para que el hijo legitimado lo sea en realidad, esto es, para que entre los legitimantes y el legitimado se establezcan los vínculos de paternidad y filiación legítimas? Debe ser voluntaria la aceptación del hijo; porque si éste no ejerce el derecho de exigir que los padres le legitimen, nada más natural ni más justo que no se le obligue á que acepte la legitimación.

---

el 331 francés. Lo mismo el 171 sardo, el 327 holandes, el 8 bávaro, el 161 austriaco. El Código de las Dos Sicilias, artículo 253, lejitima *ipso iure* mediante el subsiguiente matrimonio de los padres cuando éstos hayan sido reconocidos legalmente ántes del matrimonio o lo sean en el acto mismo de la celebracion. Lo mismo el Código de Parma, Plasencia i Guastala i el Código del Canton del Ticino. Hai diferencias en cuanto al tiempo en que se permite la declaracion. El del Canton de Vaud no la exije. El Proyecto de Goyena prescribe la lejitimacion por subsiguiente matrimonio, con tal que los padres hayan reconocido al hijo ántes del matrimonio, o en el acto de celebrarlo. Pero téngase presente que en ese Proyecto se prohibe la indagacion de paternidad i aun de la maternidad. La obligacion pesa, pues, exclusivamente sobre los hijos.

" Ahora, pues, si entre los romanos el subsecuente matrimonio no lejitimaba sino a los hijos designados en el instrumento dotal, aunque nacidos de concubinato, que era una especie de union lejítima, ¿con cuánta mas razon no deberá ser lo mismo entre nosotros, donde el subsiguiente matrimonio puede elevar a la clase de esposa a una mujer de mala conducta que talvez ha dado justísimos motivos de desconfianza al cómplice de sus flaquezas i ha tenido acaso trato ilícito con varios hombres a un tiempo? ¿Penetrará la lei hasta en las tinieblas de esas conexiones clandestinas? ¿Establecerá como principio de legitimacion un comercio casual, raro, incierto, en que no hai nada que garantice la fidelidad de una mujer que se ha envilecido? ¿No sería prostituir el principio *Pater est quem nuptiae demonstrant* el aplicarlo a enlaces tan precarios, furtivos i vergonzosos? Aun suponiendo que el padre creyese suya la prole ilejítima, ¿estará obligado a lejitimar a un hijo de malas costumbres, a un hijo que se ha manchado con acciones infames, a una hija que se ha prostituido i se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en el seno de su familia un jérmen de inmoralidad i depravacion? " (Bello. Discusión sobre el artículo 234 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los padres no le han dado al hijo educación ni siquiera suministrádole lo más preciso para la vida; es recogido él por una persona caritativa, y, levantado por esa poderosísima palanca llamada necesidad, adquiere conocimientos, llega á ser hombre útil, acumula cuantiosas riquezas, y entonces sí se presentan los padres, legitímanle, y ni le avisan que le han legitimado. ¿Nó sería inicuo que el hijo adquiera por el ministerio de la ley el estado civil de hijo legítimo de tales padres?

112. " En la libertad que concede este artículo á los legitimados para rechazar el beneficio ", dice Dn. Andrés Bello (*), " hemos seguido al derecho romano novísimo. El Código francés la *supone hasta cierto punto*. Véase á Delvincourt. "

Cierto, certísimo que Justiniano, en una de sus novelas, concedió á los hijos legitimados el derecho de repudiar la legitimación.

Pero como la verdad y los principios son más respetables que las opiniones, no vacilamos al afirmar que Dn. Andrés Bello incurre en grave error cuando asevera que el Código de Napoleón *supone la libertad de repudiar la legitimación* (47).

(*). Nota al artículo 234 de su Proyecto.

(47) La legitimación es independiente del consentimiento de los padres ó del hijo. Se efectúa por la eficacia del matrimonio...., *tanta vis est matrimonii...*, y por el ministerio de la ley que le da esa moral y saludable consecuencia.

" Cierto que los padres pueden reconocer ó no reconocer al hijo, así como son libres para casarse ó no casarse. En este sentido la legitimación depende sin duda de su voluntad, y por eso declara el art. 331 que los hijos pueden ser legitimados. Pero tan luego como los requisitos de la legitimación se cumplen, nadie puede impedir que ella se efectúe. Incalificable fuera la declaración de que los padres no quieren legitimar á los hijos. No es necesario, pues, que declaren la voluntad de legitimarlos; la ley misma los legitima.

" Cierto también que los hijos pueden impugnar el reconocimiento efectuado antes de la celebración ó en el acto mismo de celebrarse el matrimonio, y por ese medio extinguir los efectos de la legitimación. Concédese el derecho de impugnar á todos los que en él tienen interés; por ejemplo á un donatario entre vivos que pretendiera que el donante reconoce y legitima á un

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Principiemos por manifestar que el mismo Delvincourt (48), á quien Dn. Andrés Bello cita, no afirma que el hijo legitimado tenga plena libertad para impugnar la legitimación; que el artículo 339 del Código de Napoleón, del que habla Delvincourt, no se refiere sino al reconocimiento de los hijos naturales; y que de ahí deducen los expositores de ese Código que también la legitimación puede ser impugnada.

En los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, tan minuciosamente transcritos por Locré y Fenet, no hay ni la más leve huella del principio, sancionado por el Derecho romano, de que la legitimación no confería *ipso iure* al hijo el carácter del legitimado, y era menester que él la aceptase.

Fácilmente se explica el silencio de los redactores del Código de Napoleón, pues nadie ignora que casi siempre siguieron las doctrinas de Pothier; el cual enseñaba que según el Derecho francés la legitimación confería *ipso iure* á los hijos la calidad de legítimos (49).

---

hijo que no le pertenece, precisamente para que la donación se revoque.

" Pero si el reconocimiento subsiste, los hijos no pudieran impedir que la legitimación sea el resultado del matrimonio de los padres. Las disposiciones del Derecho romano, alegadas en otro tiempo por algunos jurisconsultos para sostener la opinión contraria, no pueden influir en la constitución de nuestra familia francesa, tan distinta de la familia romana.

" En vano se objetaría que el hijo puede tener interés en oponerse á la legitimación para impedir, por ejemplo, que los padres adquieran el usufructo de sus bienes.

" Muy diversa de la adopción, la legitimación no es contrato; y la ley que la confiere en virtud misma del matrimonio ha comprendido mejor y con más nobleza los intereses de los hijos. " (Demolombe. V. 365. 366.)

(48) " Podrá el hijo ser legitimado contra su voluntad? Juzgo que debe consentir, á lo menos tácitamente; es necesario que no RECLAME; y me fundo en que no hay legitimación SIN RECONOCIMIENTO, y que todo reconocimiento puede ser impugnado (contestée) por todos los que tienen interés. Luego, puedo serlo por el hijo mismo, SI TIENE INTERÉS, como lo veremos al tratar del art. 339. (I. p. 372) (11).

(49) " Difícil es saber si los hijos son legitimados contra su

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los más eminentes expositores del Código de Napoleón, como Dalloz, Laurent, Zachariae, Demolombe, siguen al pie de la letra las doctrinas de Pothier.

Luego, el Código de Napoleón, del todo diverso, en esta parte, del Código chileno, confiere la legitimación por el ministerio de la ley, y el hijo ó terceros no pueden impugnarla sido probando la nulidad del reconocimiento.

---

voluntad, ò si al contrario un hijo puede impedir que el matrimonio le legitime, protestando que no quiere ser legitimado. No puede haber sobre esto controversia según nuestros fueros. Si el hijo es menor, no puede renunciar sus derechos, ni por consecuencia á derechos tan preciosos como los que obtiene por medio de la legitimación; si es mayor, gana con la legitimación, que no puede perjudicarle, y no puede nunca suceder que un hijo rehuse ser legitimado. No puede haber controversia sino en las provincias regidas por el Derecho romano, donde siendo tan extensos los derechos de la patria potestad, aun sobre los hijos mayores, un hijo natural pudiera tener interés en rehusar la legitimación, para no someterse al padre... Algunos jurisconsultos sostienen que los hijos nacidos antes del matrimonio, no pueden ser legitimados contra su voluntad por el matrimonio de los padres : fúndanse en la Novela 91, Cap. 11, donde Justiniano dice efectivamente que un padre no puede legitimar á sus hijos contra la voluntad de ellos, sea cual fuere la legitimación : *sive... sive per instrumentorum (dotalium) celebrationem;* lo cual designa la legitimación por matrimonio con la madre. Añaden estos jurisconsultos que siendo la legitimación un derecho en beneficio de los hijos, pueden renunciar á ella según la regla : *Unicuique licet iuri in favorem suum introducto renuntiare.* Los que sostienen la opinión contraria responden que la controversia no debe decidirse por la disposición de la sobredicha Novela. Nosotros hemos deducido los principios de la legitimación más bien del Derecho canónico que de las leyes romanas; las cuales tienen en esta materia poca aplicación en nuestro Derecho. Ahora bien, según los principios del Derecho canónico, la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio se efectúa por el ministerio de la ley, por la eficacia del matrimonio que los padres contraen; y aunque esa legitimación se ha establecido á favor de los hijos, no es sólo en su beneficio, lo es también en beneficio de los padres. No debe, pues, ser facultativo á los hijos renunciar la legitimación, y privar á los padres de los derechos que ella les concede; así como los padres no pueden privar á los hijos de los derechos que la legitimación confiere. " (Pothier. Mariage. 423.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 211. El que necesite de tutor o curador para la administracion de sus bienes, no podrá aceptar ni repudiar la lejitimacion, sino por el ministerio o con el consentimiento de su tutor o curador jeneral, o de un curador especial, i previo decreto judicial con conocimiento de causa.

La mujer que vive bajo potestad marital necesita del consentimiento de su marido, o de la justicia en subsidio, para aceptar o repudiar la lejitimacion.

REFERENCIAS

El que necesite de tutor ó curador. 341. 342.
Administración de sus bienes. 340.
Legitimación. 202.
Tutor ó curador general. 338. 340.
Curador especial. 345. 494.
Potestad marital. 132.
Consentimiento de su marido. 137.
De la justicia en su caso. 143.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 235. El menor, i toda persona que necesite de tutor o curador para la administracion de sus bienes, no podrá aceptar ni repudiar la lejitimacion, sino con la autoridad o consentimiento de su tutor o curador jeneral o de un curador *ad hoc*; pero, para que pueda repudiarla, intervendrá ademas decreto judicial con conocimiento de causa.

La mujer que vive bajo potestad marital, necesita del consentimiento de su marido o de la justicia en subsidio para aceptar o repudiar la lejitimacion (a).

(a) El que necesite de tutor o curador para la administracion de sus bienes, no podrá aceptar ni repudiar la lejitimacion, sino por el ministerio o con el consentimiento de su tutor o curador jeneral, o de un curador especial; pero para que pueda repudiarla, intervendrá además decreto judicial con conocimiento de causa.

La mujer que vive bajo potestad marital, necesita del consentimiento de su marido, o de la justicia en subsidio, para aceptar o repudiar la lejitimacion. (Artículo 235 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 204.....

La mujer que vive bajo potestad marital necesita del consentimiento de su marido, ó de la justicia, en su caso, para aceptar ó repudiar la lejitimación.

C. Arg. 320..... Los que estén bajo tutela, y la mujer casada, no pueden aceptarla ni repudiarla (la legitimación) sin consentimiento y aprobacion del tutor ó del marido.

C. C. 242.

COMENTARIO.

113. I. La persona que necesite de tutor ó curador para la administración de sus bienes, no puede aceptar ni repudiar la legitimación sino por el ministerio ó con el consentimiento de su tutor ó curador general ó de un curador especial.

En cuanto á la aceptación, referímonos en todas sus partes al comentario del artículo 210.

Acaso más necesaria la intervención del representante legal, cuando se trata de repudiar la legitimación. El incapaz no puede deliberar acertadamente sobre si le conviene ó no repudiarla. Si la aceptación le impone obligaciones, también le confiere derechos, y sólo el representante legal se halla en aptitud de juzgar con acierto si la repudiación le es provechosa al pupilo.

114. II. Además del consentimiento del tutor ó curador general, el pupilo necesita que el juez, con conocimiento de causa, resuelva sobre la aceptación ó repudiación.

Por regla general la ley protege á los pupilos, y no permite que el guardador ejecute ciertos actos ó contratos muy trascendentales sin que intervenga el juez, que, con conocimiento de causa, decide si el acto ó contrato le es conveniente al pupilo. El guardador no puede enajenar los bienes raíces del pupilo, ni aceptar ó repudiar herencias; y todavía es más delicado y trascendental el acto de aceptar ó repudiar la legitimación; la cual, una vez aceptada, confiere irrevocablemente al pupilo el estado civil de hijo legítimo, con todos sus derechos y cargas; y una vez repudiada, el hijo no puede obtener nunca el estado de legítimo, ni ejercer los derechos á él inherentes.

115. III. La mujer que vive bajo potestad marital nece-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sita, para aceptar ó repudiar la legitimación, el consentimiento del marido, ó, á falta de ese consentimiento, que la justicia la autorice.

Viven bajo potestad marital todas las mujeres casadas, aunque se hubiere expedido sentencia de separación de bienes ó de divorcio.

Ya hemos visto (III. 311) que la separación de bienes no surte otro efecto que el de disolver la sociedad conyugal, habilitando á la mujer para todos los actos concernientes á la administración. En cuanto á las relaciones personales entre los cónyuges, subsisten íntegras, y el marido ejerce todos los derechos inherentes á la potestad marital.

También el marido de la mujer divorciada ejerce ciertos derechos, y, tratándose de la legitimación, tanto más necesaria la autorización del marido, cuanto la legitimación no se refiere sólo á la mujer misma, sino también á sus hijos; pues, aceptada la legitimación, éstos pasarían á ser nietos legítimos de los legitimantes.

Si el marido y la mujer están de acuerdo en que se acepte ó repudie la legitimación, eso basta; mas, si hubiere discordia, podrá la mujer obtener autorización judicial.

También necesitaría autorización judicial si el marido no pudiera prestar consentimiento.

En cuanto á la autorización judicial, nos referimos al artículo 143.

Art. 212. La persona que acepta o repudia, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa dias subsiguientes a la notificacion. Trascurrido este plazo, se entenderá que acepta, a ménos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaracion en tiempo hábil.

REFERENCIAS.

Instrumento público. 1699.
Dentro de los noventa días. 48-50.
Probarse. 1698.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 237.
C. E. 205.
C. C. 243.

COMENTARIO.

116. I. La persona que acepta ó repudia, deberá declararlo por instrumento público, dentro de los noventa días subsiguientes á la notificación.

Siendo el asunto de tanta importancia, exígese que se extienda instrumento público para hacer constar que el hijo acepta ó repudia la legitimación.

El instrumento público no puede ser, como lo observamos al comentar el art. 208, sino escritura pública, esto es, instrumento extendido ante escribano é incorporado en un registro ó protocolo público.

El breve plazo de noventa días es suficiente para que la persona á quien se trata de legitimar delibere si le conviene ó no aceptar ó repudiar la legitimación, y porque era necesario que un estado civil tan importante no quedase mucho tiempo incierto.

Si el hijo á quien se trata de legitimar no acepta la legitimación, no surte ella ningún efecto.

117. II. Transcurridos los noventa días, se entiende que dicha persona acepta la legitimación, á menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil.

Como por lo general la legitimación es conveniente al legitimado, y los cónyuges no proceden á conferirla sino á los hijos con quienes les han ligado siempre relaciones que nacen de la naturaleza misma; fúndase en ésta la presunción de que el legitimado acepta: transcurrido el plazo, el hijo es legítimo por el ministerio de la ley.

La persona contra quien milita una presunción está obligada á rendir prueba plena en contrario. Por lo cual el legitimado debe justificar que se halló en absoluta imposibilidad de manifestar su voluntad.

La imposibilidad puede provenir de enfermedad, persecuciones, prisión, locura, etc., etc.

Si la persona á quien se trata de legitimar se inhabi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

litare en el intervalo entre la notificación y los días que faltan para completarse los noventa, al curador le corresponderá aceptar ó repudiar la legitimación conforme al art. 211.

Art. 213. La lejitimacion aprovecha a la posteridad lejitima de los hijos lejitimados.
Si es muerto el hijo que se lejitima, se hará la notificacion a sus descendientes lejitimos; los cuales podrán aceptarla o repudiarla con arreglo a los artículos precedentes (*).

REFERENCIAS.

Legitimacion. 202.
Posteridad legitima. 28.
Todo el inciso 1°. 35. 214.
Notificación. 209.
Artículos precedentes. 210-212.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 236.
C. E. 206.

C. de N. 332. La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants.

332. La legitimación puede efectuarse aun en beneficio de los hijos muertos que han dejado descendientes; y, en tal caso, aprovecha á los descendientes.

C. Arg. 316. La legitimacion puede estenderse á los hijos que hubiesen fallecido al tiempo de celebrarse el matrimonio, dejando descendientes, en cuyo caso aprovecha á estos.

(*) Locré. VI. 29 art. 3-262. 30-314. 34.—Pothier. Mariage. 413.—Merlin. Légitimation. Sect. II. § II.n. 12.—Dalloz. Paternidad et filiación. 462.—Laurent. IV. 173.—Zachariae (M. V.). I. § 163.—Zachariae (A. R.) VI. § 546.—Delvincourt. I. p. 372 (11). —Demolombe. V. 356.—Toullier. II. 931.—Duranton. III. 181. —Demante. II. 58.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

319. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales á los legítimos para todos los efectos legales, desde el día de la celebracion del matrimonio, y la legitimidad aprovecha á su posteridad legítima. La designacion de *hijos legítimos*, *hijos de legítimo matrimonio*, comprende los hijos legitimados.

P. de G. 121. La legitimacion puede hacerse tambien en favor de los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio han fallecido, dejando descendientes, en cuyo caso aprovechará á estos.

C. C. 244.

C. P. 268. Los descendientes de un hijo natural, que murió ántes de celebrado el matrimonio de sus padres, se reputan descendientes de un hijo legitimado.

C. M. 333. Pueden ser legitimados los hijos que, al tiempo de celebrarse el matrimonio, hayan fallecido, dejando descendientes.

335. La legitimación de un hijo aprovecha á sus descendientes.

C. de la L. 218. (El 332 del Código de Napoleón.)

C. Esp. 124. La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará á sus descendientes.

COMENTARIO.

118. I. La legitimación aprovecha á la posteridad legítima de los hijos legitimados.

Esta regla se deduce de la naturaleza misma de la legitimación; la cual, confiriendo al legitimado la calidad de hijo legítimo, le confiere también los derechos de familia á ella inherentes (50).

---

(50) " Es indudable que si los hijos nacidos antes del matrimonio viven cuando lo contraen sus padres, ese matrimonio, legitimándolos, les confiere los derechos de familia en la de los padres, no solo en cuanto á los hijos mismos, sino también á todos sus descendientes, aunque nacidos, como ellos, antes del matrimonio.

" Pero hay dificultad si el hijo nacido antes del matrimonio ha muerto antes de él y ha dejado descendientes. El matrimonio que contraen después los padres del hijo, ¿confiere los derechos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los derechos de familia se extienden no sólo al hijo legítimo, sino también á sus descendientes legítimos. Luego, aprovecha á éstos la legitimación.

119. II. Si es muerto el hijo que se legitima, se hará la notificación á sus descendientes legítimos; los cuales podrán aceptarla ó repudiarla con arreglo á los artículos anteriores.

Parece que la redacción de esta regla no es conforme á la intención de Dn. Andrés Bello ni á la naturaleza misma de las cosas, cual debe considerarse cuando se trata de la legitimación.

---

de familia á los descendientes de este hijo? Baldo y algunos otros antiguos intérpretes sostienen la negativa, fundándose en que no habiendo tenido el hijo derechos de familia, pues no existia cuando el matrimonio de los padres que podian conferirle esos derechos, no pudo trasmitirlos á sus descendientes. Bártulo y otros jurisconsultos sostienen lo contrario...; lo cual parece más razonable. La legitimación se ha establecido no sólo á favor de los hijos nacidos de las relaciones que las partes tuvieron antes del matrimonio, sino en beneficio de todos los descendientes; los cuales no son menos acreedores á él que los hijos ya nacidos. La ley, por la ficción de la legitimación, purga el vicio de las relaciones que las partes tuvieron antes del matrimonio; las considera como una anticipación del matrimonio, que después contraen; y, por consecuencia, considera también que los hijos y todos sus descendientes son hijos de ese matrimonio. En vano se diria que el matrimonio no puede legitimar al hijo que no existe: nada impide que en favor de sus descendientes ese hijo, aun después de su muerte, adquiera, por la ficción de la legitimación, los mismos derechos que si siempre hubiese sido legítimo; pues el matrimonio celebrado entonces purga los vicios del comercio de que habia nacido. " (Pothier. Mariage. 413.)

" El art. 332 extiende el beneficio de la legitimación por matrimonio subsecuente aún á favor de los hijos muertos, cuando han dejado ellos descendientes; y en este caso, añade, aprovecha á los descendientes.

" Justo era dar ese consuelo á los hijos de la persona á quien de él se le habia privado durante la vida.

" Así, la ley conserva en la familia bienes que hubieran pasado á extraños; repara en cierto modo la injusticia cometida por el abuelo á la memoria del padre por su muy largo silencio, y cuyo efecto habia sido el privarle del estado civil.

" En fin, esa disposición es buena porque es justa. " (Lahary. Locré. VI. 262. 30.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Según el tenor literal de la regla 2ª, si es muerto el hijo que se legitima, el instrumento público de legitimación debe notificarse á todos sus descendientes legítimos; lo cual en muchos casos complicaría en extremo el asunto haciéndose notificaciones del todo nugatorias. El hijo á quien se trató de legitimar deja, por ejemplo, cuatra hijos legítimos vivos, que tienen descendencia legítima, y hubo también hijos muertos, que han dejado á su vez hijos. Respecto de los hijos vivos del hijo á quien se trata de legitimar, ¿no bastaría notificarlos á ellos para que sus hijos adquiriesen *ipso iure* el carácter de nietos legítimos? ¿No fuera anómalo que cada uno de esos nietos tenga la facultad de aceptar ó repudiar la legitimacion?

Parece, pues, que convendría reformar la regla en el sentido de que sólo se notifique, en cada rama, á los descendientes legítimos más próximos.

Art. 214. Los lejitimados por matrimonio posterior son iguales en todo a los lejítimos concebidos en matrimonio.

Pero el beneficio de la lejitimacion no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que la produce.

Así el derecho de primojenitura de un hijo no se pierde por la lejitimacion posterior de otro hijo, de cualquiera edad que éste sea (*).

REFERENCIAS.

Los legitimados por matrimonio posterior. 202.
Legitimos. 35.
Concebidos en matrimonio. 180.
Son iguales. 30.
El inciso 2º. 13.
Inciso 3º. 2049.

(*) Locré. VI. 29. art. 5-263. 31-314. 33.—Pothier. Mariage. 424. 425.—Merlin. Succession. Sect. I. § II. art. 5º. n. 1º. — Merlin. Légitimation. Sect. II. § III.—Dalloz. Paternité et Filiation. 81. 402. 478-481.—Laurent. IV. 187-189. Delvincourt. I. p. 359. (2) Demolombe. V. 367-373.—Zachariae (M. V.) I. § 163.—Zachariae (A. R.). VI. § 545. 1º 546.—Marcadé. art. 314.—Toullier. II. 929. 930.—Demante. II. 59.—Huc. III. 70. 72.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 239. Los lejitimados por matrimonio posterior son iguales en todo a los lejitimos concebidos en matrimonio.

Pero el beneficio de la lejitimacion no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que la produce.

No dará, pues, derecho a las sucesiones deferidas ántes de dicho matrimonio, si para ellas era necesaria la legitimidad (a).

C. E. 207.

C. de N. 333. Les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mèmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.

333. Los hijos legitimados por matrimonio subsiguiente tendrán los mismos derechos que si hubiesen nacido de ese matrimonio.

C. Arg. 319 (Véanse las *Concordancias* del art. 213).

P. de G. 120. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son iguales á los legítimos para todos los efectos legales.

C. C. 245. Los legitimados por matrimonio posterior son iguales en todo á los legítimos concebidos en matrimonio.

Pero el beneficio de la legitimacion no se retrotrae á una fecha anterior al matrimonio que la produce.

C. P. 265. El hijo legitimado tiene los mismos derechos civiles que los legítimos.

267. Los legitimados se reputan legítimos, desde la celebracion del matrimonio en que se verifica su legitimacion.

C. M. 332. Los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los legítimos; y los adquieren desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior.

C. de la L. 219. (El 333 del Código de Napoleón.)

C. Esp. 122. Los legitimados por subsiguiente matrimo-

(a)..... Así el derecho de primogenitura de un hijo no se pierde por la lejitimacion posterior de otro hijo, de cualquier edad que éste sea. (Art. 238 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos.

123. La legitimacion surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio.

C. A. 161..... Los hijos legitimados no pueden disputar la primogenitura ni otros derechos adquiridos por los hijos legítimos provenientes de otro matrimonio celebrado entre su nacimiento y su legitimación.

P. IV. XV. 9. A los legitimos nasce de la legitimacion, que se les faze, muy grand pro : ca despues que lo son por cualquier de las maneras sobredichas, fueras en las que faze el Papa, segund dize en la sexta ley ante desta, pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres si los padres fijos legitimos non ouieren; e si los ouieren, heredaran su parte, como los otros fijos que ouieren de mugeres legítimas; fueras ende, en la manera que dize en la ley ante desta, o dize, quando fiijo de alguno ome se ofresciere el mismo a seruicio de Corte de Emperador, o Rey, o Concejo de alguna Cibdad, o Villa. E aun les nasce otra pro de la legitimacion : ca pueden ser cabidos a todas las honrras, e a todos los fechos temporales; tambien como los otros fijos que nascen de las mugeres legitimas.

COMENTARIO.

120. I. Los legitimados por matrimonio posterior son iguales en todo á los legítimos concebidos en matrimonio.

Ya había establecido el art. 30 la regla de que la legitimidad conferida á los hijos por matrimonio posterior de los padres, surte los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Ahora se trata no sólo de la legitimidad misma, sino de todos los derechos á ella inherentes; y la ley declara que tienen unos mismos derechos así los hijos legítimos como los legitimados. (51).

---

(51). " La legitimación por matrimonio confiere á los hijos nacidos antes idénticos derechos que á los nacidos en el matrimonio, sin ninguna diferencia entre los hijos legítimos; y tanto que confiere aún el derecho de primogenitura á los hijos nacidos antes del matrimonio respecto de los nacidos durante el mismo.

" Pero si en el tiempo intermedio entre el nacimiento de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

En otros términos, la ley reconoce dos clases de hijos legítimos :

1ª. La de los hijos concebidos en matrimonio; y

2ª. La de los hijos que, concebidos fuera del matrimonio, pasan á ser legítimos en virtud de la legitimación.

La diferencia no proviene, pues, sino de la manera de establecer la legitimidad.

Si el hijo nace después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, es *ipso iure* legítimo, y no pierde tal estado sino cuando se prueba que el marido no es el padre.

Si el hijo es concebido fuera del matrimonio, la legitimidad se establece de distintos modos.

El matrimonio surte el efecto de conferir el estado de

---

esos hijos y el matrimonio de los padres que los ha legitimado, una de las partes, el padre, por ejemplo, hubiese contraído primer matrimonio con otra mujer y después de la muerte de ésta pasa á segundas nupcias con la madre de dichos hijos, éstos no tendrán el derecho de primogenitura respecto de los hijos del primer matrimonio; pues aunque hayan nacido antes que ellos, no han nacido á la familia de sus padres sino por el segundo matrimonio que éstos contrajeron. En virtud del segundo matrimonio que los ha legitimado se les considera hijos del mismo, y sería absurdo que los hijos del segundo matrimonio fueran mayores que los del primero " (Pothier. Mariage. 421. 215).

" El art. 327 expresa que los hijos legitimados por el matrimonio subsecuente tendrán los mismos derechos que si hubiesen nacido del matrimonio.

" ¿En qué consiste, en efecto, la legitimación por matrimonio subsecuente, sino en el acto legal en que los esposos declaran que reconocen al hijo ya nacido como fruto de su unión, y le llaman por lo mismo á todos los beneficios que de ella puede obtener?

" Luego, si hubiese alguna diferencia, por leve que fuera, entre el hijo legitimado y los nacidos en el matrimonio, resultaría que la voluntad de los contratantes no surtiera pleno efecto; que eludirían la ley que se habían impuesto, y que la ley protegería esa violación.

" Si algún suceso particular ó alguna circunstancia pudiera exigir ó motivar otra disposición, como ella no tendría otro móvil que el interés, fuera necesario que él ceda á los vínculos preciosos de la naturaleza. " (Lahary. Locré, VI. 283. 31.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

hijo legítimo, bien al que nace antes de los ciento ochenta días subsiguientes, bien al reconocido, como natural, por ambos padres.

Pero como á veces son inciertas la paternidad y la maternidad, y la ley ne permite indagarlas sino en casos determinados, debe otorgarse entonces instrumento público para legitimar á los demás hijos.

Prescindiendo, pues, de la manera de conferirse la legitimación, no hay diferencia alguna entre los hijos legítimos y los legitimados, y la ley ha procedido en razón y justicia al borrar toda diferencia que, á existir, hubiera dado margen á desavenencias y odiosidades.

121. II. Pero el beneficio de la legitimación ne se retrotrae á una fecha anterior al matrimonio que la produce (52).

Esta regla disipa aún las más leves dudas.

El matrimonio es la única fuente de legitimación. El establece relación entre los padres y los hijos legítimos, y repara las faltas provenientes de la unión ilícita entre los padres. Luego, la legitimación se retrotrae á la fecha del matrimonio; pero hubiera ficción absurda si, concebidos los hijos antes del matrimonio, fuesen legítimos desde el día mismo de la concepción.

De ahí se deducen dos consecuencias principales:

1ª Que los hijos de prímer matrimonio se reputan mayores que los hijos legitimados por otro matrimonio posterior:

2ª Que los legitimados no tienen derecho sino á las sucesiones que se abren desde la fecha del matrimonio, mas no á las que se hubieren abierto antes.

---

(52). "Los derechos de la legitimación por matrimonio subsiguiente", añadía Duveyrier, "son los mismos que los de la legitimidad.

"Debe observarse, empero, que sus efectos no se retrotraen á la época del nacimiento de los hijos; que no pueden operarse sino cuando existen, y que no existen sino con el matrimonio que la produce. Todo lo que ha pasado en la familia de los padres antes del matrimonio es extraño á la legitimación, y lo expresa muy bien el proyecto diciendo que los hijos legitimados por matrimonio subsiguiente tendrán los mismos derechos que si hubiesen nacido de ese matrimonio." (Id. 314. 33.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La primera consecuencia es trascendental cuando se trata de los derechos que la edad confiere, en cuanto á los mayorazgos extinguidos, á los censos y capellanías. Los hijos de precedentes matrimonios conservan los derechos que, en cuanto á la edad, les confirió el mismo, sin que se alteren por la legitimación que provenga de un matrimonio posterior.

La regla concerniente á las sucesiones es todavía más importante. Según el art. 77, el hijo por nacer se reputa nacido cuando se trata de sus derechos; mas si ese hijo fuere concebido antes del matrimonio, no goza de los derechos de la legitimidad sino desde el matrimonio. Si una sucesión se abre aunque sea un día antes del matrimonio, el hijo que nace después de éste no tiene en ella ningún derecho.

Art. 215. La designacion de *hijos lejitimos*, aun con la calificacion de *nacidos de lejítimo matrimonio*, se entenderá comprender a los lejitimados, tanto en las leyes i decretos como en los actos testamentarios i en los contratos; salvo que se esceptúe señalada y espresamente a los lejitimados (*).

REFERENCIAS.

Hijos legítimos aun con la calificación de nacidos de legítimo matrimonio se entenderá comprender a los legitimados. 35. 30. 202. 214.

Leyes. 1.

Actos testamentarios. 999. 1000.

Contratos. 1138.

CONCORDANCIAS.

C. E. 208.

C. Arg. 319..... La designacion de *hijos legítimos*, *hijos de legítimo matrimonio*, comprende los hijos legitimados.

(*) Idéntico al art. 238 a del Proyecto Inédito.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

122. No bastaba que el legislador expresase que los hijos legítimos y los legitimados gozan de unos mismos derechos; también era necesario, para evitar cualquier duda, declarar que la designación de hijos legítimos, aún con la calificación de nacidos de legítimo matrimonio, comprende á los legitimados, tanto en las leyes y descretos como en los actos testamentarios y los contratos.

Mas si en la ley, testamento ó contrato, se exceptúa *nominatim* á los legitimados, debe respetarse, ya la voluntad del legislador claramente manifestada, ya la del testador, porque éste, dentro de los límites trazados por la ley, dispone de la herencia de la manera más absoluta, ya de los contratantes, porque tambien son libres las partes para estipular todo cuanto no contravenga á las disposiciones legales.

Trátase de conocer el sentido de la ley, testamento ó contrato, y si el sentido manifiesta que expresamente se exceptúa á los hijos legitimados, nada fuera mas absurdo que conferirles derechos que el legislador, el testador ó los contratantes les han negado.

Art. 216. La lejitimacion del que ha nacido despues de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sino por las mismas personas i de la misma manera que la lejitimidad del concebido en matrimonio (*) (a).

REFERENCIAS.

Las mismas personas. 182. 184. 187.
La misma manera. 183. 186. 188.
Todo el artículo. 205. 217. 315. 316.

(*) Locré. VI. 47. 25.—Dalloz. Paternité et filiation. 172.
(a) Véase el art. 217.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

C. E. 209.
C. C. 247.

COMENTARIO.

123. Cuando el hijo concebido antes del matrimonio nace en él, es legitimado *ipso iure*, á menos que el marido le desconozca en los casos por la ley previstos. Sólo el marido debe decidir si él es el padre del hijo que su mujer ha dado á luz. Nada sería, pues, más absurdo ni más contrario al orden de la familia que otras personas impugnasen la legitimación del hijo que nace después del matrimonio.

Si comparamos el artículo 216 con el 208, no puede desconocerse que hay entre ellos, si no contradicción, manifiesta discordancia. Según el artículo 216 el hijo adulterino queda *ipso iure* legitimado tan luego como transcurren los sesenta días dentro de los cuales el marido puede desconocer la legitimidad del hijo; y las demás personas, aun cuando tengan interés actual en ello, no pueden impugnar la legitimación. Mas, según el artículo 208, los hijos adulterinos no pueden ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de los padres. Cuando el hijo adulterino nace en el matrimonio, ¿cuál de los dos artículos debe prevalecer? Recordemos la regla importantísima del artículo 13, esto es, que prevalecen las disposiciones especiales sobre las generales. Ahora bien, es indudable que la regla puntualizada en el artículo 216 es la especialísima, porque se refiere, no á la legitimación de todos los hijos, sino á la de los hijos que nacen en el matrimonio. Entonces no permite el legislador que personas extrañas, á pretexto de interés actual, turben la paz de la familia, impugnando la legitimidad del hijo que nace ya bajo el amparo del matrimonio.

Tan cierto es que el legislador no permite que en este caso los extraños impugnen la legitimación del hijo, que en el artículo 217 enumera, entre las causales de la impugnación, el haber sido adulterino el hijo que se trató de legitimar. Cuando el nacimiento ha precedido al matri-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

monio es natural que todos cuantos tengan interés en la legitimación puedan investigar si ella se ha efectuado realmente; pues si es difícil, no es imposible, que la legitimación sea simulada; pero cuando el hijo nace después del matrimonio, pertenece á la familia, y los más caros intereses de ésta exigen que los extraños no puedan, alegando ninguna causal, turbar la paz y la tranquilidad de la misma.

Art. 217. En los demas casos podrá impugnarse la legitimacion probando alguna de las causas siguientes:

1ª. Que el lejitimado no ha podido tener por padre al lejitimante, segun el artículo 76;

2ª. Que el lejitimado no ha tenido por madre a la lejitimante, sujetándose esta alegacion a lo dispuesto en el título *De la maternidad disputada;*

3ª. Que el matrimonio no ha podido producir la lejitimacion, segun alguno de los artículos 203, 204 i 205;

4ª. Que no se ha otorgado la lejitimacion en tiempo hábil, segun el artículo 208, inciso 3º.

No serán oidos contra la lejitimacion sino los que prueben un interés actual en ello, i los ascendientes lejitimos del padre o madre lejitimantes; éstos en sesenta dias contados desde que tuvieron conocimiento de la lejitimacion; aquellos en los trescientos dias subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual i pudieron hacer valer su derecho (*).

REFERENCIAS.

En los demás casos. 207. 208.
Legitimación. 202.
Probando. 1698.
A lo dispuesto en el título De la maternidad disputada. 293-296.
Los que prueben un interés actual en ello. 315.
Ascendientes legitimos. 28.
Padre ó madre legitimantes. 202. 208.

(*) Dalloz. Paternité et Filiation. 472. 473.—Laurent. IV. 180-186.—Zachariae. (M. V.) I. § 163.—Zachariae. (A. R.) VI. § 546.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Sesenta días. 48-50.
Pudieron hacer valer su derecho. 1447.
Todo el inciso último. 316.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 238. La lejitimacion podrá ser impugnada por toda persona que pruebe interes actual en ello.

Esta impugnacion no podrá recaer sino sobre el hecho de no ser verdadero hijo de los lejitimantes el que se ha tratado de lejitimar, o de haber sido concebido cuando uno de los lejitimantes estaba casado con otra persona, o de haberse omitido alguna de las formalidades legales que para la lejitimacion se requieren (a).

C. E. 210.

C. Arg. 321. Pueden impugnarla los hijos del matrimonio por el que hubieren de legitimarse los hijos, y tambien los hijos de un anterior ó posterior matrimonio, ó los que tengan un interés actual en hacerlo.

C. C. 248. En los demás casos podrá impugnarse la legitimación probando alguna de las causas siguientes:

1ª. Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante;

2ª. Que el legitimado no ha tenido por madre á la legi-

(a) La lejitimacion del que ha nacido despues de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sino por las mismas personas i de la misma manera que la lejitimidad del concebido en matrimonio.

En los demas casos, podrá impugnarse la lejitimacion probando alguna de las causas siguientes:

1ª. Que el lejitimado no ha podido tener por padre al lejitimante, segun el artículo 78;

2ª. Que el lejitimado no ha tenido por madre a la lejitimante, sujetándose esta alegacion a lo dispuesto en el título *De la maternidad disputada;*

3ª. Que el matrimonio no ha podido producir la lejitimacion, segun alguno de los artículos 227, 228 i 229;

4ª. Que no se ha otorgado la lejitimacion en tiempo hábil, segun el artículo 232.

No serán oidos contra la lejitimacion sino los que prueben un interes actual en ello, i los ascendientes lejítimos del padre o madre lejitimantes; unos i otros en los plazos señalados en los artículos 211 i 212. (Artículo 239 del Proyecto Inédito.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

timante; sujetándose esta alegación á lo dispuesto en el Título 18, *De la maternidad disputada*....

C. Esp. 128. La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue á favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales ó cuando no concurran los requisitos señalados en este capítulo.

COMENTARIO.

Examinemos una á una las causales que deben probarse para impugnar la legitimación del hijo que nace antes del matrimonio.

124. I. Que el legitimante no pudo, según el artículo 76, ser el padre del legitimado.

Es un principio inconcuso que la paternidad no pasa de mera presunción, y de ahí que salvo casos muy excepcionales se prohibe indagarla. Pero en el previsto en la regla que comentamos se trata, no de indagar la paternidad, sino de probar que durante los ciento veinte días en que la concepción pudo efectuarse, el legitimante estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la madre.

En cuanto á las pruebas, referímonos al comentario del artículo 180.

Rendidas, síguese que la legitimación adolece de fraude, y que no puede subsistir.

125. II. Que la legitimante no es la madre.

Esta causa de impugnación se sujeta á lo dispuesto en el título de la maternidad disputada; esto es, debe probarse falso parto ó suplantación del pretenso hijo al verdadero.

Transcurridos diez años desde el parto, no podrá impugnarse, á menos que inopinadamente hubiere salido á luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa; pues entonces subsistirá ó revivirá la acción por un bienio contado desde la revelación justificada del hecho.

126. III. Que el matrimonio no pudo conferir la legitimación, bien por haber sido meramente putativo, bien porque el hijo fue adulterino.

Referímonos en todas sus partes á los comentarios de los artículos 203 y 205.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

127. IV. Que el instrumento público de legitimación no se ha extendido en tiempo hábil.

Según el artículo 208, inciso último, tal instrumento no puede extenderse sino dentro de los treinta días subsiguientes al matrimonio; y, transcurridos, caduca *ipso iure* la facultad de legitimar.

Entre las causales de impugnación enumeradas en el art. 238 del proyecto de Don Andrés Bello, se contaba la de haberse omitido alguna de las formalidades legales que para la legitimación se requieren.

Si el hijo no se ha legitimado *ipso iure*, la principal de las solemnidades consiste en que, celebrado el matrimonio, se extienda el repectivo instrumento público determinándose los hijos á quienes se confiere la legitimación. Cuando falta el instrumento por no haberse otorgado ante el funcionario público que designa la ley, la legitimación no se efectúa, y por lo mismo no puede impugnarse. Entonces hay efectivamente nulidad absoluta, que puede alegarse por todos cuantos tienen interés en ella. En el caso previsto por el art. 208, así el matrimonio como la escritura pública extendida por ambos padres, son los actos constitutivos del estado civil de hijo legitimado, y si éste pretende fundar un derecho en su estado debe presentar la partida de matrimonio y la escritura pública de legitimación. La falta de la partida de matrimonio puede suplirse por declaraciones de testigos que lo presenciaron y aún por la posesión notoria; pero si no se presenta la escritura pública, no hay legitimación, y el pretenso legitimado no puede ejercer ninguno de los derechos de tal.

Evidente, pues, que aun cuando el Código enumere la falta de instrumento público entre las causales de impugnación, esa causal acarrea la nulidad absoluta, y puede alegarse en cualquier tiempo por todos cuantos tengan interés en ello.

128. V. Los ascendientes legítimos del padre ó madre ligitimantes pueden impugnar la legitimación en sesenta días contados desde que la conocieron.

En el citado art. 238 del proyecto no se concede el derecho de impugnar la legitimación, sino á los que prueben interés actual en ello. Ignoramos por qué se alteró el primitivo sistema de Don Andrés Bello, y por qué se constituye

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

á los ascendientes legítimos en árbitros de la honra y tranquilidad de la familia.

Permítasenos un ejemplo. Un hombre casado tuvo comercio ilícito con una mujer soltera, enviuda, contrae matrimonio con aquélla, y extiéndese el instrumento público de legitimación. Al día siguiente se presenta cualquiera de los ascendientes legítimos del padre ó madre legitimantes, é impugna la legitimación porque el hijo es adulterino. ¿No fuera el litigio de lo más escandaloso é infame? ¿No quedara la honra de la nuera á merced del suegro? ¿No sería de lo más inicuo que á pretexto de impedir que el legitimado adquiera los derechos de familia, el padre de uno de los legitimantes publique las faltas de ambos, las cuales permanecían acaso del todo ignoradas?

Todavía son mayores los inconvenientes y dificultades cuando se alegue que el matrimonio, como putativo, no pudo surtir el efecto de legitimar á los hijos. Si los ascendientes legítimos de los legitimantes conocen el impedimento, ¿deberían publicarlo? Tan luego como saben la existencia de este impedimento, ¿pudieran impugnar la legitimación á pretexto de que el matrimonio es nulo?

129. VI. Las demás personas pueden impugnar la legitimación dentro de los trescientos días subsiguientes á la fecha en que tuvieron interés actual (53) y pudieron hacer valer sus derechos.

---

(53). " Napoleón decía en el Consejo de Estado que no podía permitirse á los cónyuges crear hijos por consentimiento mutuo, legitimando durante el matrimonio hijos que les son extraños. Ese fraude puede cometerse antes de la celebración del matrimonio. Un hijo es reconocido por un hombre á quien no pertenece; después, para validar ese falso reconocimiento, el pretenso padre se casa con la madre. Tal reconocimiento, que adolece de fraude, seguido de una legitimación fraudulenta, ¿ puede impugnarse? Evidentemente sí. Según el art. 339, todo reconocimiento del padre ó de la madre puede ser impugnado por todos los que en ello tengan interés. El matrimonio y la legitimación, que es su consecuencia, no pueden validar un reconocimiento falso. En efecto, la legitimación no existe sino cuando hay reconocimiento; el matrimonio no basta : es necesario, dice el art. 331, que los hijos hayan sido reconocidos legalmente antes del matrimonio de los padres. Ahora bien, un reconocimiento que no es la expre-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El interés actual es pecuniario, pues se trata, no de los derechos de familia, sino de los bienes que corresponderían á otras personas si el hijo no tuviera la calidad de legitimado.

La regla de que el plazo se cuenta desde que las personas actualmente interesadas pueden hacer valer sus derechos, significa que mientras ellas son incapaces se suspende á su favor la prescripción de trescientos días.

---

sión de la verdad no es reconocimiento; no es permitido crear un hijo natural así como no lo es crear un hijo legítimo. Luego, el reconocimiento puede impugnarse aun cuando haya legitimación por matrimonio subsecuente, y si el reconocimiento es falso, es evidente que la legitimación se invalida. En ese sentido la legitimación puede impugnarse.

"Muchas veces se ha objetado esta doctrina. El art. 333, se dice, expresa que los hijos legitimados por el matrimonio subsecuente tendrán los mismos derechos que si hubieran nacido del matrimonio; lo cual equivale á igualar la legitimación á la legitimidad. Pues bien, la legitimidad no puede impugnarse por toda persona interesada y por cualquier causa. Si el hijo prueba su filiación por una partida de nacimiento, sólo el padre puede impugnar la legitimidad, deduciendo la respectiva acción. El hijo legitimado es igual al legítimo; la partida de matrimonio le sirve de partida de nacimiento; luego su estado no puede impugnarse. La Corte de Tolosa ha contestado victoriosamente á esta objeción. Diciéndose que el hijo legitimado tiene los mismos derechos que el legítimo, el art. 333 conduce únicamente á borrar la mancha de la ilegitimidad, confiriendo á los hijos legitimados los derechos pertenecientes á los hijos legítimos, pero sólo en cuanto á lo porvenir. La ficción debe restringirse á los límites de la ley; la cual no ha querido ni podido declarar que la filiación del hijo legitimado se rige por los principios aplicables á la filiación del hijo legítimo..... ¿En qué consiste el reconocimiento? Es una confesión, una simple manifestación de voluntad, cuya sinceridad nada garantiza. Esa confesión puede ser falsa. ¿Se dirá que los que reconocen pueden crear un hijo? Hé aquí por qué permite la ley que toda persona interesada impugne el reconocimiento. Cuando el reconocimiento es seguido de matrimonio, adquiere más probabilidad, pero esa probabilidad no puede compararse á la presunción que resulta del matrimonio en favor del hijo concebido legítimo. La acción para impugnar el reconocimiento, que se concede á todos los que tengan interés en él, no se extingue por el matrimonio de los padres" (Laurent. IV. 180).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 218. Solo el supuesto lejitimado, i en el caso del artículo 213 sus descendientes lejítimos llamados inmediatamente al beneficio de la lejitimacion, tendrán derecho para impugnarla, por haberse omitido la notificacion o la aceptacion prevenidas en los artículos 209, 211 i 213 (*) (a).

REFERENCIAS.

Legitimado. 202.
Descendientes legítimos. 28.

CONCORDANCIAS.

C. E. 211.
C. C. 249.

COMENTARIO.

130. Según este artículo sólo el supuesto legitimado, y, si éste hubiere fallecido, sus descendientes legítimos llamados inmediatamente al beneficio de la legitimación, tienen el derecho de *impugnarla*, por haberse omitido la respectiva notificación ó aceptación.

La notificación y la aceptación no se han prescrito sino á favor de la persona á quien se trata de legitimar; pues, según ya lo hemos visto, pudiera cometerse el fraude de legitimar hijos sin más objeto que el de exigirles alimentos ó de tener la expectativa de una cuantiosa herencia.

Luego, si sólo al legitimado le interesa la notificación, y sólo á él se le concede el derecho de aceptar ó repudiarla, ninguna otra persona pudiera alegar que la legitimación no ha surtido efecto por falta de esos requisitos.

131. También hemos visto que cuando hubiere fallecido el hijo á quien se trata de legitimar, la legitimación aprovecha á sus descendientes legítimos, y que éstos tienen el derecho de aceptar ó repudiarla.

Entonces hay que distinguir dos clases de descendientes legítimos :

(a). Idéntico al art. 239 a del Proyecto Inédito.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1ª. Los que aprovechan inmediatamente del beneficio de la legitimación, esto es, los hijos, ó, á falta de éstos, los nietos de la persona á quien se hubiera legitimado á no haber muerto:

2ª Los demás descendientes que obtienen el beneficio de la legitimación sólo como consecuencia de la que se confiere á los inmediatos descendientes del hijo á quien se legitima.

Los primeros pueden alegar que la legitimación no se efectuó porque faltaron la notificación y la aceptación, mas no los segundos; pues siendo éstos descendientes legítimos del hijo ó nieto llamado inmediatamente al beneficio de la legitimación, la reciben, no por su voluntad, sino como consecuencia de la legitimación obtenida por su padre ó madre.

132. Estas reglas no presentan ninguna dificultad. Pero sí la hay, y gravísima, en cuanto á la denominación que da el artículo 218 al acto de alegar que la legitimación no surte efecto porque faltaron la notificación y la aceptación.

Evidentísimo que se procede de la manera más injurídica al denominar ese acto impugnación, y el punto nos parece de tanta importancia, que debemos tratarlo detenidamente.

La ley, fundada en la naturaleza misma de las cosas, distingue entre la *impugnación* y la *repudiación*.

Concretándonos á la legitimación, la impugna quien alega que adolece ella de algún vicio, en cuanto al legitimante, al legitimado ó á las solemnidades de forma. Mas la repudiación, acto esencialmente libre del hijo legitimado, *consiste en rehusar los derechos que se trata de conferirle*.

Si la legitimación no se notificó; si el supuesto legitimado ni supo, durante su vida, que se había otorgado el instrumento por la ley prescrito, ¿surtiría efecto ese instrumento, de manera que el padre y madre que legitiman adquieran *ipso iure* los derechos que á los padres legítimos se confieren? ¿No es cierto que tratándose del estado civil de una persona, el cual depende siempre de la ley, no se adquiere él mientras no se cumplan los requisitos que la misma prescribe?. En cuanto á la ca-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

lidad de hijo legitimado, la ley distingue dos clases de requisitos del todo diversos : unos deben observar los legitimantes; los otros dependen sólo de la voluntad del hijo legitimado.

Extendido el instrumento público en la forma señalada por la ley, la legitimación es, lo repetimos, acto perfecto é irrevocable acerca de los legitimantes; pero no les confiere sino la expectativa de que él surta efectos por la aceptación del hijo.

Consta en las *Concordancias* del artículo 217 que el artículo 238 del proyecto de Dn. Andrés Bello decía, en su inciso 1° : « La legitimación podrá ser IMPUGNADA por toda persona que pueda tener interés en ello "; y en el inciso 2° se puntualizaron las causas de impugnación.

El artículo 239 a. del Proyecto Inédito es, como le hemos visto en las *Concordancias*, idéntico al artículo 218 del Código; y cuando se discutió en la Comisión Revisora, observó el Sr. Ocampo : " Si al supuesto lejitimado no se ha hecho la notificación prevenida en el art. 233, i si no ha aceptado la lejitimacion en la forma prevenida por el artículo 235, es inútil conferirle el derecho de impugnarla. Para todos los efectos de derecho le bastará el derecho que tiene para excepcionarse contra todos los que pretendan fundar alguna reclamación en la legitimidad no notificada ni aceptada ".

Contestó Dn. Andrés Bello : " Excepcionarse el supuesto lejitimado por haberse omitido la notificacion ó la aceptacion, es *impugnar* por este medio la legitimacion que se le atribuye ".

Digan lo que dijeren los redactores del art. 218, no hay impugnación; porque, á Dios gracias, las leyes del mundo moral é intelectual son tan inalterables como las del mundo físico. Las atribuciones del legislador se limitan á prescribir que sus preceptos sean obedecidos; mas no puede declarar que dos y dos son tres, que hay triángulos de cuatro lados, ni que cuando un heredero ó legatario se limita á expresar que no acepta la asignación, *impugna* la validez del testamento. Si la ley ha establecido con toda claridad los requistos que han de concurrir para la legitimación válida; si tratándose de la que se efectúa por instrumento público, es evidente que ella es perfecta cuando no

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

obsta ninguno de los impedimentos enumerados en el art. 210; y si también lo es que la ley, por evitar fraudes, concede al legitimado el derecho de rehusar libremente el beneficio de la legitimación, ¿cómo pudo el mismo legislador que ha fijado esas reglas deducir la consecuencia determinada en el art. 218, esto es, que el reconocimiento no se efectuó con las solemnidades legales, cuando el hijo declara que en cuanto á él no surtió efecto la legitimación, porque no se le notificó para que la aceptase ó repudiase? ¿Cómo pudo el legislador, sin alterar la acepción técnica de las palabras, y sin contravenir á la lógica y á los más obvios principios reconocidos por él mismo en todo el sistema del Código civil, confundir la impugnación, que se refiere á los requisitos del acto, con la repudiación, cuya esencia consiste en renunciar un beneficio concedido por el hombre ó por la ley?.

Volvamos al caso del testamento. El Código civil determina uno á uno todos los requisitos esenciales necesarios para la validez del testamento; y como el artículo 1026 declara que si se hubiere omitido alguno de ellos, el testamento adolece de nulidad; dedúcese, con inflexible lógica, que cuando se han observado todos los requistos, el testamento, en sí mismo, es un acto cuya *validez* nadie puede disputar.

Supuesta la validez del testamento, determina el legislador los efectos que ese acto puede surtir: " Todo asignatario ", dice el art. 1225, " puede aceptar ó *repudiar* libremente ". Si en vez de redactarse este artículo en tales términos, el legislador hubiera expresado : " Todos los herederos y legatarios pueden impugnar el testamento, por no habérseles requerido para que acepten ó repudien la asignación "¿ qué diríamos del artículo? Que aún cuando el legislador se juzgue y se declare infalible, habría incurrido en la más palmaria contradicción y caído en miserable error; el cual pugna con todas las reglas relativas á las solemnidades del testamento; que el artículo ha de entenderse en el sentido de que el heredero y el legatario son libres para aceptar ó no la asignación, y que ello de ningún modo obsta á la validez del testamento; el cual se perfeccionó tan luego como se observaron todas las solemnidades por la ley prescritas. Y si el legislador, empecinado

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

en sus errores, expidiera nuevas leyes para declarar que hay verdadera impugnación del testamento, toda persona que acate más la verdad y la ciencia, por fortuna infalibles, que los errores enunciados como principios por un legislador que á cada paso se equivoca; se burlaría de tal legislador como el mar se burlaba de Jerjes: " Si Ud. quiere ", se le diría ", que le creamos á puño cerrado que hay verdadera *impugnación*, altere todas las reglas sobre las solemnidades esenciales del testamento; porque mientras ellas subsistan, Ud. nos comulga con rueda de molino cuando afirma que si el heredero *repudia*, impugna el testamento; pues en el hecho mismo de declarar que no acepta la asignación, está reconociendo que hay un testamento *válido*; el cual le hubiera conferido derechos, si á ello no se hubiera opuesto su *voluntad.* "

El caso es idéntico tratándose del hijo legitimado. Hay un matrimonio válido; otorgan los dos cónyuges escritura pública, y el hijo no se halla en ninguno de los casos que obstan á la legitimación. ¿Qué falta para que la legitimación, como tal, sea un acto válido y perfecto? No falta nada. Mas el hijo es libre para aceptarla; y si tan luego como se le notifica expresa que *repudia* la legitimación, ella, acto perfecto é irrevocable por parte de los padres, al hijo no le confiere derechos ni le impone obligaciones.

Nada más terminante y decisivo que el art. 212. Extiéndese la respectiva escritura pública, notifícase al hijo dentro de los ocho días subsiguientes, y en el acto otorga otra escritura pública para hacer constar que *no acepta* la legitimación. ¿Qué nombre da la ley á ese acto de no aceptarla? Los arts. 210, 211 y 212 la denominan con toda propiedad *repudiación*. ¿Y por qué denomina el artículo 218 *impugnación* el acto en que el mismo pretenso legitimado declara que la legitimación no surtió efecto, por cuanto no se le notificó oportunamente, y que tan luego como sabe se ha extendido el instrumento público de legitimación, se apresura á declarar que no la acepta? ¿En qué consiste la diferencia entre uno y otro caso? En el primero el hijo legitimado *repudia*, esto es, se limita á expresar que no acepta; mas, en el segundo, se dice que *impugna* la legitimación, es decir, que objeta su validez.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

¿Cómo pueden comprenderse en una misma categoría las acciones puntualizadas en los artículos 217 y 218?

Si toda ciencia consiste en un conjunto de principios y de consecuencias que de ellos se deducen lógicamente, y si admitimos que el derecho es ciencia, tenemos de convenir en que los revisores del Código chileno incurrieron en un error garrafalísimo al calificar de *impugnación* el mero acto de *repudiar* determinado en el artículo 218, y en que este artículo se limita á fijar la regla de que sólo el supuesto legitimado puede *repudiar* la legitimación, alegando que ella no le confirió derechos ni impuso obligaciones por no habérsele notificado con la respectiva escritura pública.

Hemos tratado detenidamente de este punto, no sólo porque la acepción impropia que se da á la palabra técnica *impugnar* altera el sistema del Código, sino porque, como lo veremos oportunamente, suscita gravísimas dificultades en cuanto á los hijos naturales.

133. Del artículo 218 se origina otra dificultad. Si el pretenso legitimado no deja descendientes legítimos llamados al beneficio de la legitimación, ¿sus herederos abintestato podrán alegar que ella no surtió ningún efecto por falta de notificación y aceptación? Evidentísimo nos parece que ese derecho, como inherente á la herencia misma, se trasmite á los herederos, y que sin él subsistirían los fraudes que el legislador se propuso evitar, concediendo al legitimado la facultad de aceptar ó repudiar la legitimación libremente.

Volvamos al caso previsto al comentar el artículo 210. Los padres, que no cumplieron con ninguno de los deberes que la naturaleza les impone, otorgan en lugar remoto escritura pública de legitimación, y lejos de exigir que se notifícase al hijo, guardan con el mayor sigilo el instrumento. Fallece el hijo legitimado, no deja descendientes legítimos, pero sí hijos naturales, llamados por la ley á sucederle abintestato. ¿No pudieran los hijos naturales alegar que el reconocimiento no surtió ningún efecto; que, por lo mismo, los legitimantes no adquirieron los derechos de padres legítimos y no son los llamados á la herencia? Si los hijos naturales no pudieran alegar que la legitimación no surtió ningún efecto acerca del legitimado,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

deduciríase que la notificación nada significa, y que son nugatorios los artículos 209, 210 y 211.

Pero hubiera convenido expresar la regla; y en el artículo 218 ó en uno que le siguiese, era donde debió declararse tan importante facultad.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

TÍTULO IX

De los derechos i obligaciones entre los padres i los hijos lejítimos

COMENTARIO.

134. Habiéndose determinado qué hijos son legítimos, y cómo adquieren esa calidad, pasa la ley á puntualizar las reglas sobre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.

Parece que Dn. Andrés Bello no procedió con su acostumbrado ecléticismo al tratar en capítulos separados, ya *de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos*, ya de la *patria potestad*.

En el derecho de la familia se comprende el matrimonio, que determina los derechos y obligaciones de los cónyuges, y la patria potestad, que abraza todas las reglas concernientes á las relaciones entre los padres y los hijos legítimos.

Tal vez provino esta separación de que Don Andrés Bello no concedió á la madre la patria potestad.

Limitámonos, por ahora, á estas breves observaciones; pues volveremos á tratar del asunto cuando estudiemos el título *De la patria potestad*.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 219. Los hijos lejitimos deben respeto i obediencia a su padre i su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre (*).

REFERENCIAS.

Hijos legítimos. 35. 179. 202.
Estarán especialmente sometidos al padre. 240.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 240.

C. E. 212. Los hijos legítimos deben respeto y obediencia á su padre y madre; pero estarán especialmente sometidos al padre.

C. de N. 371. L'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

371. El hijo de cualquiera edad debe honrar y respetar á sus padres.

C. Arg. 266. Los hijos deben respeto y obediencia á sus padres.....

P. de G. 143. Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condicion, deben honrar y respetar á los padres.

C. C. 250.

C. P. 245. Los hijos están obligados :

1°. A respetar y obedecer á sus padres :

2°. A mantenerlos si caen en pobreza :

3°. A asistirlos en su vejez y en caso de enfermedad.

C. M. 363. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar á sus padres y demás ascendientes.

C. de la L. 233 (El 371 del Código de Napoleón).

C. Esp..... 154..... los hijos tienen la obligación de obedecerles (á los padres) mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.....

(*) Savigny. I. § 54. (O.) I. § 4.—Locré. I. 276. 42. VII. 26. art. 1°. 27. 3.-52. 2.-58. 7.-59. 9.-67. 2.-80. 2.-84. 5.—Laurent. IV. 258. 270.—Dalloz. Puissance paternelle. 17-22.—Demolombe. VI. 273-278.—Toullier. II. 1046. 1047.—Vazeille. II. 387.—Pothier. Mariage. 389.—Kent. II. XXIX. 2. 3.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

P. IV. XIX. I..... Otrosi el fijo es mas tenudo de amar, e de obedescer al padre, porque el mismo quiso leuar el afan en criarle, ante que darle a otro.

COMENTARIO.

135. I. Los hijos legítimos deben respeto y obediencia á su padre y madre (54).

Esta regla generalísima es más bien precepto de moral que ley.

Refiérese á los hijos de cualquiera edad; no determina, en cuanto á los emancipados, otra sanción que la desheredación, la cual no puede ejercerse sino en casos muy excepcionales; pero en todo pueblo culto y moral es eficacísima la sanción de la sociedad; pues ésta señala con la marca de infamia al hijo de cualquier edad que no respete á sus padres, y que falte á la obediencia en todo cuanto sea justo y razonable.

Como lo observamos al hablar del matrimonio, tratándose del derecho de la familia, las costumbres tienen mucha mayor influencia que las leyes. Las costumbres son

---

(54). " Los hijos deben amar y honrar á los padres, obedecerlos, socorrerlos en sus necesidades según sus facultades. Mientras dure la patria potestad, los hijos deben obedecer á los padres en cuanto les manden, siempre que no sea contrario á la ley de Dios. Mas cuando los hijos se emancipan pueden vivir con independencia, con tal que continúen respetándolos, y que asientan razonablemente á su voluntad " (Pothier. Mariage. 389.)

« Las leyes civiles, decia Portalis, deben interponer su autoridad entre los cónyuges, y entre los padres y los hijos; deben reglar el gobierno de la familia. Hemos investigado en las indicaciones de la naturaleza el plan de ese gobierno..... La potestad de los padres se funda en su ternura, en su experiencia, en la madurez de su razón y en la debilidad de la de los hijos. Esa potestad es una especie de magistratura, que debe tener cierta extensión sobre todo en los Estados libres. Si, es necesario que los padres sean verdaderos magistrados, donde la libertad exige que los magistrados sean sólo padres " (Locré. I. 276. 42.)

" Discútese el artículo 1°. " (a)

(a). L'enfant, á tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

por lo mismo las que determinan con toda exactitud las obligaciones entre los padres y los hijos legítimos; sin perjuicio de que el legislador dé eficaz apoyo á las costumbres cuando sean conformes á la moral y á la justicia, y, en caso contrario, procure á todo trance extirparlas.

136. II. Los hijos legítimos están especialmente sometidos al padre.

De puro general, la regla es inexacta; pues debe distinguirse.

Los hijos menores están especialmente sometidos al padre, á quien confiere la ley medios eficaces para hacerse respetar y obedecer.

Pero cuando el hijo es mayor debe respetar y obedecer á ambos padres, y no hay ley alguna de donde se deduzca que entonces esté sometido más al padre que á la madre.

Art. 220. Aunque la emancipacion dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, i en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios (*).

REFERENCIAS.

Emancipacion. 264.
El derecho de obrar independientemente. 265-267. 312. 316. 366. 367. 439.

M. Béranger. " Como este artículo no contiene ninguna disposición legislativa, debe suprimirse del Proyecto ".

M. Boulay. " Es útil expresar al principio del título los deberes provenientes de la calidad de hijos, así como en el título del matrimonio se ha insertado un artículo que determina los deberes de los cónyuges ".

M. Bigot-Préameneau. " Este artículo encierra los principios cuyas consecuencias desarrollan los otros; y, por otro parte, en muchas ocasiones será un punto de apoyo para los jueces. Acéptase el artículo " (Id. VII. 3).

(*) Locré. VII. 36. art. 1°. 37. 3.-59. 9.—Toullier. II. 1019.—Berriat-Saint-Prix. I. 1316. 1317.—Kent. II. XXIX. 3.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Obligado á cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. 1437. 968. nº 3º. 1208. nº 2º.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 241.
C. E. 213.
C. Arg. 266..... Aunque estén emancipados (los hijos) están obligados á cuidarlos (á los padres) en su ancianidad, en el estado de demencia ó enfermedad, y á proveer á sus necesidades en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios.....
C. C. 251.
C. P. 245. (Véanse las Concordancias del art. 219).
C. de la L. 39. La emancipacion y demás medios que libertan á los hijos de la potestad de los padres, no se refieren sino á los efectos que según las leyes civiles surte esa potestad; pero no alteran ni en lo más mínimo los determinados por el derecho natural.

COMENTARIO.

137. Si bien la emancipación, dice la ley, da al hijo el derecho de obrar independientemente, debe cuidar á los padres :

1º. En su ancianidad;
2º. En el estado de demencia; y
3º. En todas las circunstancias de la vida en que necesiten el auxilio del hijo (55).

---

(55). " Llega la edad en que la ley declara libre al hombre. En esa edad entra ordinariamente en la gran familia; él mismo llega á ser jefe de una nueva familia, y va á emplear en otros el diligente esmero que en su infancia se le prodigaba. Pero aun en esa época, cuando la naturaleza y la ley relajan los vínculos de la potestad paterna, la razón viene á estrecharlos. En esa época, volviendo la vista á lo pasado, halla, en los recuerdos que no se borran nunca, en la educación cuyos frutos recoge, en la existencia cuyo valor sólo entonces estima, nuevos vínculos formados por el reconocimiento. Entonces sobre todo en el esmero que de él exigen sus hijos, en los peligros que los asaltan en la cuna, en la inquietud que le atormenta, en ese amor inefable,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

No siempre es exacto que la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente.

La emancipación voluntaria efectuada conforme al artículo 265, esto es, cuando el padre declara, por instrumento público, que emancipa al hijo adulto y el hijo consiente en ello; deja al hijo bajo la curaduría del mismo padre, y el hijo no obra independientemente sino después de contraer matrimonio ó de cumplir veinticinco años.

Si la emancipación es legal, el hijo no adquiere el derecho de obrar independientemente sino en los dos casos que acabamos de mencionar: cuando contrae matrimonio ó cuando cumple veinticinco años.

En los otros casos, si bien el padre pierde la patria potestad, el hijo no adquiere el derecho de obrar con absoluta independencia.

Menos puede obrar independientemente si la emancipación es judicial, porque ella puede referirse aún al hijo impúber; el cual queda sujeto á la madre, en cuanto á la educación y, en cuanto á los bienes, al tutor que conforme á la ley se le nombra.

Luego, hay inexactitud en la redacción de la regla, y para que las palabras expresen lisa y llanamente la verdad, sin discordancia entre las disposiciones legales, debió decirse: "Aunque el matrimonio y la mayor edad confieren al hijo el derecho de obrar independientemente....."

---

algunas veces ciego, siempre invencible, que une la vida del padre á la del hijo que acaba de nacer, recuerda los afanes y las inquietudes, el amor que se le tributó, y deduce de ahí la razón de ese respeto sagrado que se apodera de él cuando ve á sus padres. En vano la ley civil le libertaria entonces de la potestad paterna; la naturaleza, más fuerte que la ley, le deja en ella siempre.

"En adelante, libre dueño de sus bienes, libre para disponer de ellos, libre en su conducta y en la crianza de sus hijos, conoce que no es libre para sustraerse á la benéfica autoridad que se manifiesta por los consejos, los buenos deseos y las bendiciones. La naturaleza y la gratitud representan entonces á los padres como la imagen de una divinidad doméstica y tutelar. No es un deber el que cumple el hijo para con ellos; rindeles culto toda su vida; y los afectos que á ellos le ligan no pueden expresarse sino por las palabras respeto, reconocimiento y amor; en adelante la piedad filial adora á la piedad paternal" (Réal. Locré. VII. 52. 2.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Cuando el hijo falta al deber de socorrer á los padres en su ancianidad, en el estado de demencia y en cualesquiera otras circunstancias en que necesiten sus auxilios, la ley le declara indigno de suceder.

Art. 221. Tienen derecho al mismo socorro todos los demas ascendientes lejítimos, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes.

REFERENCIAS.

Ascendientes legítimos. 28.
Todo el artículo. 1208, nº 3º. 968. nº 2º.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 342.
C. E. 214.
C. Arg. 266..... Tienen derecho á los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes legítimos...
C. C. 252.

COMENTARIO

138. Exceptuándose las reglas relativas á la obediencia, este artículo impone á los descendientes, en segundo ó ulterior grado, los mismos deberes para con los ascendientes que para con los padres; deberes que nacen de la naturaleza misma.

Ya hemos visto que los derechos de familia no se limitan á los padres y los hijos; que todos los consanguíneos legítimos están ligados por los vínculos de familia, más ó menos estrechos, según sean más ó menos próximos los grados de parentesco. Si faltan los padres, la ley impone á los ascendientes el deber de alimentar y educar á los descendientes, y como los derechos casi siempre son recíprocos, los nietos y demás descendientes deben cuidar de los abuelos, bisabuelos, etc.

La misma sanción establece el legislador en este caso que en el artículo precedente, esto es, la indignidad.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 222. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza i educacion de sus hijos lejítimos (*).

REFERENCIAS.

Crianza y educación. 323.
Hijos legítimos. 35. 179. 202.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 244.

C. E. 215. Corresponde de consuno á los padres, ó al padre ó madre sobrevivientes, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.

C. de N. 203. Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

203. Ambos cónyuges contraen, como consecuencia del matrimonio, la obligación de alimentar, mantener y educar á sus hijos.

C. Arg. 265. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres. Tienen estos obligacion y derecho de criar á sus hijos, elegir la profesion que han de tener, alimentarlos y educarlos conforme á su condicion y fortuna, no solo con los bienes de ellos ó de la madre, sinó con los suyos propios.

P. de G. 68. El padre y la madre están obligados á criar á sus hijos, educarlos y alimentarlos.

C. C. 253.

C. P. 244. Los padres están obligados:

1°. A educar á sus hijos legítimos:

2°. A instituir herederos á los hijos, conforme á este Código:

3°. A prestar alimentos á toda clase de hijos.

(*) Locré. I. 274. 39. — VII. 80. 2. — Pothier. Mariage. 384. 385. — Laurent. III. 39. 46. — Zachariae. (M. V.) I. § 130. — Zachariae. (A. R.) VI. § 547. — Demolombe. IV. 3. 4. 6. 9. 15. — Dalloz. Mariage. 608-610. 612. 643. — Vazeille. II. 387. — Kent. II. XXIX. I. (1). — Fiore. II. 608. — Montesquieu. XXIII. II.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. M. 369. Al que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarle convenientemente.
C. de la L. 243 (El 203 del Código de Napoleón).
P. IV. XIX. 2. Clarás razones, e manifiestas son, por que los padres, e las madres, son tenudos de criar á sus fijos. La vna es movimiento natural, por que se mueuen todas las cosas del mundo, a criar, e guardar lo que nasce dellas. La otra es, por razon del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es, porque todos los derechos temporales, e espirituales se acuerdan en ello.....

COMENTARIO.

130. I. Toca de consuno á los padres el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos (56).

---

(56) "Las personas que se casan contraen por el matrimonio la obligación mutua de criar á los hijos que nazcan del matrimonio, suministrarles alimentos, y darles conveniente educación hasta que los hijos puedan proveer por sí mismos á su subsistencia. Si hubiere padres tan desnaturalizados que no cumplan ese deber, el ministerio público, por denuncia de los parientes, podrá perseguirlos para que el juez, previa la respectiva información, ordene lo que sea justo" (Pothier. Mariage. 384.)

"La educacion de los hijos exige, durante muchos años, el mayor esmero de los padres. Los hombres existen largo tiempo antes de saber vivir; como á menudo dejan de vivir antes de cesar de existir. La cuna de la infancia debe protegerse de las enfermedades y las necesidades que la asaltan. En cierta edad la inteligencia exige cultura. Conviene velar sobre los primeros movimientos del corazón, reprimir ó dirigir los primeros accesos de las pasiones, proteger, contra la seducción, los esfuerzos de la inteligencia que principia, espiar la naturaleza para no contrariar sus operaciones, y perfeccionar con ella la grande obra á que se ha dignado asociarnos.

"Durante todo ese tiempo, el marido, la mujer, los hijos, reunidos bajo un mismo techo y por unos mismos intereses, se habitúan á los más dulces afectos. Los cónyuges tienen la necesidad de amarse, y la necesidad de amarse siempre. Nacen y se establecen los sentimientos más tiernos conocidos entre los hombres, el amor entre los cónyuges y el amor paternal" (Portalis. Locré. I. 274. 39.)

"La obligación de criar comprende la educación física, moral é intelectual. El monto de los gastos y la clase de educación de-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Apenas si era necesaria esta regla. El matrimonio, como lo hemos visto, conduce principalmente á la propagación de la especie humana, y á la crianza y educación de los hijos.

El niño recién nacido, más débil que ningún otro ser animado, perecería necesariamente si los padres no cuidaran de su crianza.

Ambos la cuidan de consuno. El padre, administrador de los bienes, provee de los fondos pecuniarios; la madre vela más especialmente por la existencia del hijo.

Donde quiera que haya un matrimonio moral, los padres cumplirán estrictamente este precepto; el que atañe, lo repetimos, más á las costumbres que á la ley.

140. II. Si fallece uno de los padres, al otro pertenece el cuidado de la crianza y educación personal de los hijos legítimos.

Cuando uno de los padres fallece, el otro es el único que dirige la familia, y el que cumple, respecto de los hijos, todos los deberes concernientes á la crianza y educación.

Si el padre es el que fallece, los ascendientes de éste no pueden intervenir en manera alguna en la crianza y educación de los hijos; y, de la misma manera, cuando la madre es la que ha muerto, sus ascendientes no ejercen conforme á la ley derecho alguno sobre los hijos.

Si el padre ó madre abusare de su autoridad, ó no cumpliere los deberes que la naturaleza y la ley le imponen, los ascendientes podrán acudir al juez; pero mientras los padres, ó el sobreviviente, cumplen sus deberes, los ascendientes de aquéllos no tienen sobre los hijos ningún derecho concerniente á la crianza y educación.

La verdadera familia consiste en los cónyuges y sus hijos; y pasaron ya los tiempos en que la patria potestad se

---

ben, á no dudarlo, corresponder á las facultades y á la posición social de los padres. A este respecto al padre le corresponde determinar los gastos, pues él ejerce la patria potestad durante el matrimonio. Pero es indudable que puede acudirse á los tribunales en caso de graves abusos; y la acción concedería yo, según los casos, á la madre, á la familia ó al ministerio público. La madre tiene principalmente el derecho de gestionar....." (Demante. I. 290 bis. II).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

extendía á los descendientes de los hijos legítimos.

Digan lo que dijeren Dn. Andrés Bello y el Código chileno, los deberes que impone este artículo al padre y madre ó al sobreviviente, son propios de la patria potestad; la cual no puede ni suponerse si los padres no están obligados á cuidar personalmente de la crianza y educación de los hijos legítimos.

Art. 223. A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distincion de sexo, i de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad o sexo, cuando por la depravacion 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, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno i otro sexo al padre (*).

REFERENCIAS.

Se presumirá. 47. 1712.
Todo el artículo. 168.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 245.
C. E. 216.

C. de N. 302. Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille, ou du ministère public, n'ordonne,

302. Al cónyuge que ha obtenido el divorcio corresponde el cuidado personal de los hijos, á menos que el tribunal, á petición de la familia ó del ministerio público, y,

---

(*) Dalloz. Puissance paternelle. 37.—Toullier. II. 747-750. 777.—Laurent. III. 293. 294.—Zachariae. (M. V.) I. § 143.—Zachariae. (A. R.) V. § 494.—VI. § 550.—Merlin. Education. I. n. III.—Vazeille. II. 691.—Demolombe. IV. 511.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

consultando la utilidad de los hijos, ordene que todos ellos ó algunos sean confiados al otro cónyuge ó á una tercera persona.

C. Arg. 213. Los hijos menores de cinco años quedarán siempre á cargo de la mujer. Los mayores de esta edad se entregarán al esposo, que á juicio del juez, sea el mas á propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido ó por la mujer, preferente derecho á tenerlos.

P. de G. 82. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos ó se pondrán bajo el poder y proteccion del cónyuge no culpable.....

94. Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre; y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.....

C. Esp. 73. La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos..... :

2º. Quedar ó ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

P. IV. XIX. 3. Nodrescer, e criar deuen las madres a sus fijos que fueren menores de tres años, e los padres a los que fueren mayores desta edad. Empero, si la madre fuesse tan pobre que non los pudiese criar, el padre es tenudo de darle, lo que ouiere menester para criarlos. E si acaesciesse, que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partio, es tenudo de dar de lo suyo, de que crien los fijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, o menores; e el otro que no fue en culpa, los deue criar, e auer en guarda.....

COMENTARIO

141. I. Á la madre divorciada, haya dado ó no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de cualquiera edad (57).

(57). 'El Cónsul Cambacéres. " Sería preferible dejar á los

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Palmarias son las razones en que se funda esta regla. Los hijos menores de cinco años necesitan la esmerada vigilancia de que es capaz sólo la madre. El padre se ocupa en asuntos que requieren asidua atención fuera del hogar doméstico; y la madre, ya en virtud del cariño que la naturaleza le inspira por sus hijos, ya á causa de las aptitudes que la misma le ha dado, es la única que puede cuidar esmeradamente á los hijos menores de cinco años.

En cuanto á las hijas, sea cual fuere su edad necesitan de la solicita atención de la madre. Esta es para ellas una amiga cariñosa y consejera prudente : conoce á ciencia cierta sus inclinaciones, procura conducirlas siempre por el camino del bien, y ve con ojos de Argos todo cuanto pueda comprometer su dignidad y decoro.

142. II. No se confiará, empero, á la madre el cuidado de los hijos de cualquiera edad ó sexo, cuando la depravación de la madre haga temer que se perviertan.

La regla general consiste, por fortuna, en que la madre, aunque se halle destituida de clara inteligencia y de educación, y aunque en otros aspectos no cumpla bien sus deberes, atiende esmeradamente á la crianza y educación de sus hijos tiernos, y procura la dignidad y el decoro de sus hijas.

Pero esas reglas tienen excepciones, y al legislador le correspondía preverlas. Cuando la mujer se deprava, no

---

tribunales la resolución sobre las dificultades que el artículo 71 (a) atribuye á la familia. No convienen esas juntas de parientes, en las cuales las prevenciones no se atenúan, y en que se convierten con frecuencia en odio.

"El artículo se aprueba como sigue :

" Se confiará los hijos al cónyuge que obtuvo el divorcio, á menos que el tribunal, á petición de la familia ó del ministerio público, ordene, atenta la utilidad de los hijos, que todos ó algunos de ellos sean confiados, bien al otro cónyuge, bien á otra persona " (Locré. V. 255. 22),

(a). Les enfants serons confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que la famille, convoquée par l'un de ses membres, n'estime, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux doivent être confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cumple ni los deberes que por instinto cumplen las fieras. El odio al marido, las pasiones ilícitas, la vanidad, el desenfrenado deseo de gozar de todo género de placeres, la inducen al absoluto olvido de la honra y la virtud; y entonces nada fuera más anómalo que la madre cuidase de los hijos menores de cinco años, y que las hijas estuviesen junto á la madre escuchando los consejos de la perversidad, y presenciando los ejemplos de la más infame depravación.

Entonces la madre tiene lepra moral, y el juez debe impedir que la familia se contamine.

En la mayor parte de los casos no será para ella una pena el vivir separada de la familia; porque la madre corrompida no tiene más compañeros que los cómplices de su depravación, ni más hijos que sus placeres y sus vicios. La separación es consecuencia necesaria, lo repetimos, del deber en que se halla el legislador de impedir que los hijos se corrompan respirando una mefítica atmósfera moral.

143. III. Si la madre ha dado motivo al divorcio por adulterio, se presume que su depravación acarreará la perversión de los hijos.

Esta presunción legal admite prueba en contrario. Si bien la mujer adúltera ha rompido por todo, puede muy bien ser susceptible de arrepentimiento y de reforma. Si sus desgracias mismas la han corregido; si el anatema de toda la sociedad la ha obligado á reparar sus faltas; si hay pruebas inequívocas de que la madre observa ya conducta ejemplar; no hay razón alguna para no confiarle el cuidado personal de los hijos.

144. IV. En los casos mencionados en las dos reglas precedentes ó en el de hallarse inhabilitada la madre por otra causa, *podrá* (dice la ley) confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno y otro sexo al padre.

Esta regla carece de exactitud, y pugna con las que acabamos de examinar.

En la segunda se supone que la madre es depravada; y por eso no se le confía el cuidado personal de los hijos varones menores de cinco años ni el de las hijas de cualquiera edad.

Si consta la depravación de la madre ¿será sólo potes-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tativo al juez confiar al padre el cuidado personal de los hijos de cualquiera edad? La duda consiste en la ambigüedad que encierra el verbo *podrá*; el cual expresa que el juez ejerce una facultad, aun cuando la depravación conste plenamente, ó que debe deliberar sobre si se ha rendido ó no esta prueba, y que, rendida, declara á la madre inhábil para el cuidado de los hijos, encomendándolo al padre.

La palabra *podrá* adolece, además, de otra ambigüedad, por cuanto induce á suponer que atribuye al juez la facultad de conferir el cuidado personal de los hijos, no al padre, sino á otra persona que no sea éste ni la madre. Esa suposición pugnaría con el sistema establecido por la ley, según el cual, aun en caso de muerte de la madre, el cuidado personal de la crianza y educación corresponde exclusivamente al padre, mas no á otras personas.

La ley no ha querido decir eso. Si la madre es depravada, el juez debe confiar el cuidado personal de los hijos sólo al padre. En esta regla se habla de un padre que lo sea realmente; si deja de serlo á causa de su depravación, la ley prevé ese caso en el art. 224.

Contrapónese ahora una madre depravada á un padre que no lo es; y entonces el juez *debe* confiar al padre el cuidado de la crianza y educación personal de todos los hijos.

La regla que comentamos se aclararía modificándose en los siguientes términos: " Si á causa de la depravación de la madre sea de temer que se perviertan los hijos menores de cinco años y las hijas de cualquiera edad, el juez debe confiar al padre el cuidado personal de la crianza y educación. "

Art. 224. Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones, desde que han cumplido cinco años; salvo que por la depravacion del padre, o por otras causas de inhabilidad, prefiera el juez confiarlos a la madre (*).

(*) Locré. V. 255. 22 — 308. 29 — 309. 31. — Dalloz. Puissance

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

El juez. 168.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 246.
C. E. 217.
C. Arg. 213. (Véanse las *Concordancias* del art. 223).
P. de G. 82. 94. (Véanse las *Concordancias* del mismo artículo).
C. C. 254.
C. Esp. 73. (Véanse las mismas *Concordancias*).
P. IV. XIX. 3. (Véanse las mismas *Concordancias*).

COMENTARIO.

145. I. Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones desde que han cumplido cinco años.

Cuando el hijo varón llega á los cinco años, es necesario atender más que á su crianza á su educación moral y á su instrucción intelectual.

Fundada en la naturaleza misma es la regla que atribuye al padre el cuidado de los hijos varones que han cumplido cinco años.

Los varones son siempre voluntariosos; no obedecen á la madre, y necesitan de la severidad del padre. Este es, á no dudarlo, más idóneo para juzgar de las aptitudes del hijo, para dirigir su instrucción, para darle una carrera adecuada á sus inclinaciones.

146. II. No se confiará al padre el cuidado personal de los hijos varones que han cumplido cinco años, si por la depravación del padre ó por otras causas de inhabilidad *prefiere* el juez (dice la ley) confiarlos á la madre.

La disposición que comentamos, si bien no adolece de ambigüedad, ni origina dudas en cuanto á su sentido, nos parece anómala y absurda.

El evento previsto por la ley consiste en que el padre, bien por su depravación, bien por otros impedimentos, no

---

paternelle. 58-60.—Laurent. III. 254-256. 293. 294.—Demolombe. IV. 511.—VI. 370. 371.—Zachariae. (M. V.) I. § 143. 156.—Zachariae. (A. R.) V. § 491.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

se halla en aptitud de cuidar de los hijos varones que han cumplido cinco años.

Ahora pues, la idea de *preferencia* envuelve la de elección discrecional, y si el padre es depravado ¿cómo pudiera al juez confiarle el cuidado personal de los hijos? Si el supuesto consiste, lo repetimos, en que el padre es depravado, lejos de haber mera preferencia, el juez debía en todo caso separar á los hijos del lado del padre, y confiarlos á la madre, si ésta fuere idónea, y si no, á otras personas.

El artículo es claro; pero exige reforma porque concede al juez una *facultad* incompatible con la moral y con el derecho.

Art. 225. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la eleccion de estas personas se preferirá a los consanguíneos mas próximos, i sobre todo a los ascendientes lejítimos. (*).

REFERENCIAS.

El juez. 168.

En caso de inhabilidad física ó moral de ambos padres. 223. 224.

Consanguíneos más próximos. 27.

Ascendientes legítimos. 28.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 247.

C. E. 218.

P. de G. 82. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos ó se pondrán bajo el poder y protección del cónyuge no culpable.

Si ambos cónyuges fueren culpables, se proveerá á los

(*) Locré. V. 255. 22. —308. 29. —309. 31.—Dalloz. Puissance paternelle. 58-60.—Laurent. III. 254-256. 293. 294.—Demolombe. V. 511.—Zachariae (M. V). I. § 143. 156.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

hijos de tutor, en conformidad á lo que se dispone en los capítulos 3 y 4, título 8 de este libro.....

C. C. 254.

C. Esp. 73. (Véanse las Concordancias del art. 216).

COMENTARIO.

147. I. *Podrá* el juez en el caso de inhabilidad física ó moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos á otra persona ó personas competentes.

Volvemos á tropezar con la palabra ambigua *podrá*. Si ambos padres se hallan imposibilitados, el juez *debe* confiarlos á una ó más personas competentes. Nada fuera más absurdo que siendo ambos padres depravados, ó hallándose ambos en imposibilidad física de cuidar de los hijos, el juez, lejos de confiarlos á otras personas competentes, los confiase á uno de los padres.

Nótase también en la regla que comentamos el vacío de que no se enumeran todos los casos de imposibilidad, que sin duda quiso prever el legislador. La imposibilidad es física, moral é intelectual : la imposibilidad física proviene de enfermedad que impide el uso de los órganos corporales, como una parálisis ú otra dolencia que obste á la locomoción; la moral consiste en la depravación de las costumbres; la intelectual, en la pérdida del juicio.

148. II. En la elección de las personas á quienes se confían los hijos debe preferirse á los consanguíneos más próximos, y sobre todo á los ascendientes legítimos.

En ese caso sí que es oportuna la palabra *preferirse*, porque las facultades del juez son naturalmente discrecionales. Examina las cualidades de las personas á quienes pudiera confiarse la educación de los hijos, y designa, en primer lugar, á los ascendientes legítimos; en segundo, á los otros consanguíneos más próximos, y si ni los ascendientes ni los otros consanguíneos son aptos, elige otras personas que lo sean.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 226. El juez procederá para todas estas resoluciones breve i sumariamente, oyendo a los parientes.

REFERENCIAS.

Parientes. 42.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 248. El juez procederá para todas estas resoluciones breve i sumariamente, oyendo a los parientes, i en casos graves al defenser de menores.
C. E. 220.
C. C. 255.

COMENTARIO.

149. Cuandoquiera que trate el juez de designar la persona que cuide personalmente de los hijos legítimos, debe proceder de una manera breve y sumaria, porque el asunto es urgentísimo.

El Código de enjuiciamientos determina los trámites. Necesario que en estos casos se proceda secretamente, y se prohiba que los escribanos ú otros empleados de justicia permitan que nadie se instruya de las actuaciones; las cuales comprometen la honra de las familias.

Según el art. 42 los parientes del hijo á quienes debe oír el juez son los consanguíneos legítimos de uno y otro sexo mayores de edad.

Art. 227. Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos, con la frecuencia i libertad que el juez juzgare convenientes (a).

(a). El juez procederá para todas estas resoluciones breve i sumariamente, oyendo a los parientes (Art. 248. del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Al padre ó madre de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos. 224-225.
El juez. 168.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 249.
C. E. 221. No se prohibirá al padre ó madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar á éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes.
C. C. 256.

COMENTARIO.

150. Cuando la ley prescribe que el cuidado personal de los hijos corresponda á uno de los padres, ó, en el respectivo caso, á otras personas, no atiende sino á la conveniencia de los hijos, de quienes debe alejar todo motivo que pueda influir en su mala educación ó en que adquieran hábitos viciosos.

Ningún sentimiento más natural en el hombre que el amor á los hijos; y si se impidiese á los padres el verlos, se les impusiera sin fórmula de juicio una durísima pena.

Por otra parte, los hijos mismos tienen entrañable amor á los padres, y la ley debe cultivarlo para que, á reformarse el padre depravado, pueda ejercer después los derechos de familia.

Como puede controvertirse sobre la frecuencia y la oportunidad de las visitas, que uno de los padres haga á los hijos, el juez, atentas todas las circunstancias, ejerce la facultad discrecional de señalar el número de visitas y su duración.

Art. 228. Los gastos de crianza, educacion i establecimiento de los hijos lejítimos, pertenecen a la sociedad conyugal, segun las reglas que tratando de ella se dirán.

Si la mujer está separada de bienes, correrán dichos gastos por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporcion que el juez designare; i estará obligada

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

a contribuir aun la mujer divorciada que no haya dado causa al divorcio.

Pero si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, i en caso necesario, los de su crianza i educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible (*).

REFERENCIAS.

Hijos legítimos. 35. 179. 202.
Sociedad conyugal. 135. 1715. 1718.
Las reglas. 1740. nº 5º.
Mujer separada de bienes. 152. 166.
Por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporción que el juez designare. 160.
Obligada. 1437.
Los de su crianza y educación. 323. 324.
Todo el artículo. 322.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 250.
C. E. 222.
C. de N. 203. (Véanse las *Concordancias* del art. 222).
C. Arg. 265. (Véanse las *Concordancias* del art. 222).
P. de G. 68. (Véanse las mismas *Concordancias*).
C. C. 257.
C. P. 244. (Véanse las mismas *Concordancias*).

248. En todos los casos, en que los padres no hagan suyos los frutos de los bienes del hijo menor, se aplicará de estos frutos la parte que sea suficiente para los alimentos y educacion del hijo. Si no bastaren, quedan los padres obligados á satisfacer la parte que falte.

249. Es extensiva la disposicion del artículo anterior á los casos en que, segun este Código, aprovecha el hijo de su trabajo ó industria, ó del sueldo de servicios civiles, militares ó eclesiásticos.

(*) Locré. VI. 379. art. 1º.—380. 17.—VII. 14. art. 5-41. art. 11-62. 12 Dalloz. Puissance paternelle. 123-126.—Laurent. IV. 331.—Zachariae (A. R.). VI. § 550 bis. 3º. —Demolombe. IV. 10-14.—Delvincourt. I. p. 87. (1. 2. 3.).—Pothier. Mariage. 384. 386.—Duranton, III. 398.—Berriat-Saint-Prix. I.963-965. 967. 968.—Fiore. II. 610.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

151. I. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenecen á la sociedad conyugal.

El artículo 1740, nº 5º, enumera entre las cargas de la sociedad conyugal, el mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes.

Evitamos enojosas repeticiones, refiriéndonos al comentario de esa regla.

152. II. Si la mujer está separada de bienes corren dichos gastos por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporción que el juez designare.

Esta regla es mera consecuencia del artículo 160, y nos referimos á su comentario.

153. III. Aun la mujer divorciada que no ha dado causa al divorcio, debe contribuir á los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos.

Al hablarse del divorcio nada se dijo sobre esta obligación de la mujer divorciada; la cual debe contribuir para los gastos de la familia común.

154. IV. Si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y, en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos.

Si un hijo tiene bienes propios, necesario es conceder á los padres la facultad de sacar de aquéllos los gastos del establecimiento de los hijos. Esa facultad redunda no solamente en beneficio de los padres sino también del hijo; porque sin ella los padres pobres, cuyo hijo tenga bienes suficientes, pudieran, por economizar los gastos, darle un establecimiento que no corresponda á la posición social ni á los bienes del hijo.

Puede suceder que los padres tengan numerosa familia, y que sólo algunos de los hijos cuenten con bienes para su establecimiento.

Muy justo que entonces los padres, usando de esa facultad, inviertan los bienes propios del hijo en establecerle.

Los gastos de crianza y educación no pueden imputarse á los bienes del hijo sino en caso de necesidad. El criar y educar á los hijos es una de las consecuencias necesarias

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

del matrimonio, y dejan de cumplir esa obligación sólo los padres desnaturalizados. Luego, la carencia de bienes es lo único que autoriza para criar y educar al hijo con sus bienes propios.

155.° V. Los capitales del hijo deben conservarse íntegros en cuanto sea posible.

Esta regla es absolumente necesaria para poner límites al deseo, muchas veces inmoderado, de establecer á los hijos bien. El establecimiento se hará exclusivamente con los frutos de los bienes del hijo; y sólo á no ser ello posible, se harán los gastos de cuenta del capital.

Recuérdese que los padres son meros administradores de los bienes del hijo; que todo administrador es responsable, y que, por lo mismo, sólo á probar los padres que no fue posible conservar íntegros los capitales, quedarían exonerados de responsabilidad.

Art. 229. Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educacion i establecimiento de los hijos, tocarán al sobreviviente en los términos del inciso final del procedente artículo (*).

REFERENCIAS.

Todo el artículo 322-324.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 251. Muerto uno de los padres, los gastos do la crianza, educación y establecimiento de los hijos, tocarán al sobreviviente; quedándole siempre a salvo la dispo. sicion del inciso final del artículo precedente.

C. E. 223.

C. Arg. 265. (Véanse las Concordancias del art. 228).

(*) Laurent. IV. 331.—Demolombe. IV. 7.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

156. Muerto uno de los padres, los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo corresponden al sobreviviente conforme á las reglas cuarta y quinta del artículo 228.

La muerte de uno de los padres no modifica ni en lo más mínimo la obligación absoluta que tiene el padre sobreviviente de proveer á la crianza, educación y establecimiento de sus hijos legítimos.

Pero como á morir uno de los padres, los hijos tienen casi siempre bienes propios, entonces se aplica con más frecuencia la regla según la cual los gastos de establecimiento del hijo se harán de sus bienes propios, y, en caso necesario, aun los de su crianza y educación.

Referímonos, pues, al comentario de las citadas reglas cuarta y quinta del artículo 228.

Art. 230. Las resoluciones del juez bajo los respectos adicados en los artículos anteriores, se revocarán por la cesacion de la causa que haya dado motivo a ellas; i podrán tambien modificarse o revocarse por el juez en todo caso i tiempo, si sobreviene motivo justo (*).

REFERENCIAS.

Todo el artículo. 329. 330. 332.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 252. Las disposiciones del juez bajo los respectos indicados en los artículos anteriores, se revocarán por la cesacion de la causa que haya dado motivo á ellas; i podrán tambien modificarse o revocarse por el juez en todo caso i tiempo, si sobreviene motivo justo (a).

(*) Zachariae. (A. R.) V. § 494.—Demolombe. IV. 511.
(a) Las resoluciones..... (Art. 252 del proyecto inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 224.
C. Arg. 255. (Véanse las Concordancias del art. 219).
C. C. 259.

COMENTARIO.

157. I. Las resoluciones del juez, bajo los respectos indicados en los " artículos anteriores", se revocarán por la cesación de las causas que haya dado motivo á ellas.

Carece de claridad y precisión esta regla; pues no se sabe á punto fijo cuáles son los artículos anteriores á que la ley se refiere.

Los artículos que motivan las resoluciones judiciales, son desde el 223 al 229 inclusive; pero la resolución expedida en virtud del artículo 227 no pudiera en ningún caso revocarse, porque es absoluta la regla de que no se prohibe al padre ó madre de cuyo cuidado personal se sacan los hijos, el visitarlos con la frecuencia que el juez estime conveniente.

Todas las resoluciones que se dicten en virtud de los artículos 223 á 226, 228 y 229 dependen esencialmente de las circunstancias, y por lo mismo nada más natural que conceder al juez la facultad de examinarlas y revocar la resolución.

158. II. Las resoluciones del juez pueden también (dice la ley) modificarse ó revocarse en todo caso y tiempo si sobreviene motivo justo.

Tampoco resplandece en esta segunda regla la claridad que debe haber en la redacción de la ley. La primera parte del artículo habla de la revocación proveniente de haber cesado las causas; la segunda parte, de la modificación ó revocación fundada en causas que sobrevienen.

Si sobrevienen nuevas causas, cesan las anteriores; y, por lo mismo, hay un juego de palabras, impropio de la seriedad de la ley y del talento y juicio del ilustre redactor del Proyecto.

Cualquiera juzgaría que ese artículo es redactado por Hevia Bolaños ú otro de los antiguos prácticos españoles, que si bien muy profundos en el conocimiento del Derecho eran del todo descuidados cuando se trataba de la redacción.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 231. La obligacion de alimentar i educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos lejítimos por una y otra línea, conjuntamente.

El juez reglará la contribucion, tomadas en consideracion las facultades de los contribuyentes, i podrá de tiempo en tiempo modificarla, segun las circunstancias que sobrevengan (*).

REFERENCIAS.

Obligación. 1437.
Alimentar y educar. 323.
Por la falta ó insuficiencia de los padres. 330.
Abuelos legítimos. 28. 326. nº 2º. 324.
El inciso 2º. 329. 330. 332.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 253.

C. E. 225.

P. de G. 69. Á falta de padre y madre, los ascendientes de ambas líneas mas próximos en grado tienen obligacion de alimentar á sus descendientes.

C. C. 260.

C. P. 247. Entre los ascendientes y descendientes legítimos, la obligacion de darse alimentos pasa, por causa de pobreza del que debe prestarlos, al que le sigue en el órden establecido en el artículo anterior.

250. La aplicacion de frutos para alimentos y la obligacion de completarlos, de que hablan los artículos 248 y 249; comprenden á los abuelos y demás ascendientes, cuando les llega su vez de alimentar á sus nietos y descendientes.

C. M. 369. Al que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarle convenientemente.

P. IV. XIX. 4..... E si el padre, o la madre, fuessen tan pobres, que ninguno dellos non ouiesse de que los criar; si el abuelo, o bisabuelo de los moços, fueren ricos, cualquier dellos es tenudo de los criar.....

(*) Dalloz. Mariage. 611. 622.—Demolombe. IV. 8.—Berriat-Saint-Prix. I. 987-990.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

5..... Los fijos que nascen de las mugeres, que han los omes de bendición, tambien los parientes que suben por la liña derecha del padre, como de la madre, son tenudos de los criar.....

COMENTARIO.

159. I. La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por falta ó insuficiencia de los padres, á los abuelos legítimos por una y otra línea, conjuntamente.

Si bien el artículo no corresponde al epígrafe del título, el legislador debió declarar que cuando los padres se hallan en imposibilidad de alimentar y educar á los hijos, ese deber se trasmite á los ascendientes legítimos.

De todas las obligaciones provenientes del derecho de la familia, ninguna más sagrada ni más necesaria que la de los alimentos y la educación, esto es, la existencia física, moral é intelectual del individuo.

El Estado no lo sería en realidad si no proveyese á la subsistencia y educacion de todos sus miembros. La ley civil debía determinar las personas que deben cumplir esos deberes. Primeramente, los padres legítimos; si éstos faltaren, ó se hallan en imposibilidad, los demás ascendientes.

160. II. El juez debe reglar la contribución, atentas las facultades de los que pagan.

Esta es una regla deducida de la naturaleza misma de los alimentos, que se deben en razón de las necesidades del alimentario y de las facultades del alimentante.

Ya hemos observado que en cuanto á los alimentos, el Proyecto de Bello y el Código chileno tienen el grave defecto de diseminar, por decirlo así, las disposiciones en varios títulos, cuando debieron reunirse todas en el título especial de los alimentos, donde trataremos detenidamente de la materia.

161. III. El juez puede modificar lo dispuesto acerca de la contribución de cada uno de los ascendientes legítimos, según las circunstancias que sobrevengan.

Hé aquí otra regla también deducida de la naturaleza misma de los alimentos. Las facultades de los alimentantes

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ó las necesidades del alimentario son cantidades que á cada paso varían, ya porque los unos adquieren bienes ó los pierden, ya porque el alimentario mismo puede adquirirlos ó contraer nuevas necesidades según su edad y la profesión á que se le destine.

Art. 232. Si el hijo de menor edad, ausente de la casa paterna, se halla en urjente necesidad, en que no puede ser asistido por el padre, se presumirá la autorizacion de éste para las suministraciones que se le hagan, por cualquier persona, en razon de alimentos, habida consideracion a la fortuna i rango social del padre.

Pero si ese hijo fuere de mala conducta, o si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre estas suministraciones, sino 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 omision voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad del padre.

Lo dicho del padre en los incisos precedentes se estiende en su caso á la madre, o a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentacion del hijo (*).

REFERENCIAS.

Menor de edad. 26.

Se presumirá. 47. 1712.

En razón de alimentos habida consideración á la fortuna y rango social del padre. 321. nº 2º. 323. 324.

En cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo. 324.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 254. Si el hijo lejítimo de menor edad, ausente de la casa paterna, se halla en urjente necesidad, en que

---

(*) Savigny. IV. § 152.—Locré. VII. 20. 9.—Zachariae. (M. V. I. § 186.—Zachariae. (A. R.) VI. § 547.—Kent. II. XXIX. (1).—Demolombe. VI. 303. 304.—Escriche. Alimentos. n. 10.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

no pueda ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste para las suministraciones que se le hagan por cualquier persona en razon de alimentos, habida consideracion a la fortuna i rango social del padre.

Pero, si ese hijo fuere de mala conducta, i si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre estas suministraciones, sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo.....

C. E. 226.

C. C. 261.

COMENTARIO.

162. I. Si el hijo menor ausente de la casa paterna, se halla en urgente necesidad en que no pueda ser asistido por el padre, *presúmese* la autorización del padre para las suministraciones que le haga cualquiera persona en razón de alimentos.

La ausencia del hijo no extingue la obligación de alimentarle.

Si el padre no puede cumplirla, cualquiera otra persona lo hace á su nombre, y el padre debe reembolsarle los gastos.

Juzgamos que en este caso no es propia la palabra presunción; pues no cabe prueba en contrario mientras no concurran las circunstancias por la ley previstas.

Siempre ha de satisfacer el padre á la persona que suministre alimentos al hijo, y la *presunción* daría márgen á litigios injustos.

Los alimentos que se den al hijo deben corresponder á los bienes de fortuna y posición social del padre.

Los hijos legítimos se cuentan entre las personas á quienes se deben alimentos congruos, esto es, los que se dan á la persona para que subsista modestamente conforme á su posición social.

Alimentos congruos son, pues, los que pudieran darse al hijo, y ellos determinan la obligación que contrae el padre.

En ningún caso estaría el padre obligado á reembolsar lo que se diere al hijo para objetos de lujo, y menos para diversiones contrarias á la moral.

163. II. Si el hijo fuere de mala conducta, ó si hubiere

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

motivo de sospechar que se halla ausente sin consentimiento del padre, no obligarán á éste las suministraciones, sino en cuanto sean absolutamente necesarias para la *física subsistencia personal del hijo*.

La regla no presenta ninguna dificultad. El padre no está obligado á los gastos que hiciere el hijo ausente contra su voluntad, ni menos á costearle vicios. Pero sean cuales fueren las circunstancias le debe lo necesario para que subsista.

Nótese que ahora no se trata, y con razón, sino de la física subsistencia personal del hijo, mas no de alimentos necesarios; pues la persona que hace las suministraciones no ha de procurar sino que viva el hijo hasta que el padre pueda proveeer á sus necesidades.

Pero aun tratándose de la física subsistencia, hay que atender á la posición social del hijo; pues lo que basta para la subsistencia de un peón de albañil, no es suficiente para la vida de una persona criada en la abundancia.

164. III. El que haga las suministraciones deberá dar noticia de ellas al padre lo más pronto posible.

Las suministraciones no obligan al padre sino porque éste no puede proveer á ellas.

Luego, es un deber ineludible avisar al padre que el hijo se halla en circunstancias en que hay necesidad de socorrerle.

165. IV. Toda omisión *voluntaria* en cuanto al aviso hace cesar la responsabilidad del padre.

Háblase de omisión voluntaria, porque si ella fuese independiente de la voluntad del que hace las suministraciones, no se modificaría la obligación del padre.

Si la omisión ha sido ó no voluntaria, dedúcese de los hechos que se justifiquen.

Dado el aviso, subsisten las demás reglas que hemos visto al comentar este artículo. Si el hijo es de buena conducta, y no hay motivo para sospechar que está ausente contra la voluntad del padre, se le pueden suministrar alimentos congruos. Mas, si fuere de mala conducta ó se sospecha que anda ausente sin consentimiento del padre, no valen contra éste las suministraciones, sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

166. V. Las reglas concernientes al padre se extienden, en su caso, á la madre, ó la persona á quien, por muerte ó inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo. Clarísima es la regla. Si falta el padre, hay otras personas á quienes la ley impone la obligación de educar y alimentar al hijo, y la ausencia de éste no altera tan imprescindible obligación; la cual debe cumplirse según las circunstancias que ya hemos enumerado.

Art. 233. El padre tendrá la facultad de correjir i castigar moderadamente a sus hijos, i cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detencion hasta por un mes en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre, i el juez en virtud de ella espedirá la orden de arresto.

Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino despues de calificar los motivos, i podrá estenderlo hasta por seis meses a lo mas.

El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto. (*) (a).

REFERENCIAS.

Seis meses. 48-50.

CONCORDANCIAS.

C. E. 227.

C, de N. 375. Le père qui aura des sujets de mécontemala conducta, tendrá el

---

(*) Locré. VII. 13 art. 1-3. 5—33. 11-14.—39. art. 5-10. 12.—33. 11-14—45. 3.—47. 34—60. 11.—71. 6,—Dalloz. Puissance paternelle. 29-42. 50.—Laurent. IV. 263. 275-288. Demolombe. VI. 309-313. 357.—Zachariae (M. V.). I. § 187.—Zachariae (A. R.). 550. VI. § 550.—Pothier. Puissance paternelle. 132.—Toullier. II. 1050-1056.—Merlin. Puissance paternelle. Sec. III. § I. —Huc. III. 175-180.—Duranton. III. 353-357.—Kent. II. XXIX. 2.—Ortolan (I). I. 92.—Fiore. II. 468.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ment très graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants.

376. Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation.

377. Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus; il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur du Roi, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père.

378. Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés.

Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables.

379. Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée

padre los siguientes medios de corrección.

376. Si el hijo no llega a los diez y seis años comenzados, podrá el padre hacerle arrestar hasta por un mes; y al efecto el presidente del tribunal del distrito deberá, á petición del padre, expedir la orden de arresto.

377. Comenzados los diez y seis años hasta la edad mayor ó la emancipación, podrá el padre solicitar el arresto del hijo, por seis meses á lo más; dirigirse al presidente de dicho tribunal, que previa conferencia con el procurador de la nación, expedirá la orden de arresto, ó rehusarála; y, en el primer caso, podrá restringir el tiempo de arresto solicitado por el padre.

378. En ninguno de los casos expresados será necesaria solicitud escrita, ni trámites judiciales; á no ser la orden misma de arresto, en la cual no se expresarán las causas en que se funda.

El padre no estará obligado sino á suscribir un documento en que se obligue á satisfacer todos los gastos y á suministrar los respectivos alimentos.

179. El padre puede, á su arbitrio, abreviar el arresto que hubiere ordenado ó exi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents.

380. Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'article 377.

gido. Si el hijo incurre en nuevas faltas, el arresto puede ordenarse de nuevo, en la forma prescrita en los artículos precedentes.

380. Si el padre hubiere pasado á otras nupcias, no podrá hacer arrrestar al hijo del primer matrimonio, aún menor de diez y seis años, sino observándose lo prescrito en el art. 377.

C. Arg. 278. Los padres tienen la facultad de corregir ó hacer corregir moderadamente á sus hijos; y con la intervencion del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones escesivas de los padres.

P. de G. 147. El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderamente á sus hijos, y cuando esto no alcance, podrá imponerles, con intervención del juez del domicilio, hasta un mes de retencion en el establecimiento correccional destinado al efecto.

148. Si el padre ha contraído segundas ó ulteriores bodas, y el hijo es de los habidos en uno de los anteriores matrimonios, deberá manifestar al juez los motivos de disgusto que el hijo le haya dado; y el juez á su instancia ordenará la detención, si encuentra fundadas las quejas del padre.

Esto mismo se observará cuando el hijo esté ejerciendo algún cargo ú oficio, aunque el padre no haya contraido segundo matrimonio.

149. Serán de cuenta del padre los gastos y alimentos devengados por el hijo detenido de su orden ó en virtud de sus reclamaciones.

El padre siempre es árbitro de levantar el arresto ó detencion del hijo.

C. C. 262.

C. P. 287. Son derechos de la patria potestad:

1° Sujetar, corregir y castigar moderadamente á los hijos.....

C. M. 370. El padre tiene la facultad de corregir y castigar á sus hijos templada y mesuradamente.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

371. Las autoridades auxiliarán á los padres en el ejercicio de ésta y las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.

C. de la L. 236. El hijo que no ha llegado á la pubertad no puede abandonar la casa paterna sin permiso de sus padres; los cuales tienen el derecho de corregirle moderadamente.

C. Esp. 155. El padre, y en su defectó la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados..... :

2°. La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

156. El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción ó en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer á sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre ó madre, con el V°-B° del Juez, para que la detención se realice.....

158. El padre, y en su caso la madre, satisfarán los alimentos del hijo detenido; pero no tendrán intervención alguna en el régimen del establecimiento donde se le detenga, pudiendo únicamente levantar la detención cuando lo estimen oportuno.

C. A. 145, Si los hijos abandonan la casa paterna, los padres pueden acudir á la autoridad para obligarlos á volver; tienen el derecho de corregírlos, aunque con moderación, si son inmorales, desobedientes y turban la tranquilidad y el orden domésticos.

P. VII, VIII, 9. Castigar deue el padre a su fijo mesuradamente.....

D. XLVIII. IX, 5..... patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.	5..... la patria potestad se debe fundar en piedad, y no en atrocidad.

COMENTARIO

167. I. El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente á sus hijos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El padre debe atender ante todo á que los hijos se eduquen é instruyan; lo cual sería imposible sin la facultad de corregir y castigar.

Como lo hemos observado muchas veces, en cuanto á los derechos y obligaciones recíprocas de las personas que forman la familia, más influencia ejercen las costumbres que las leyes; y el legislador no interviene sino para robustecer la autoridad doméstica, ó para modificar ó extirpar las costumbres cuando la moral lo exige.

La facultad de corregir á los hijos se ha contado siempre entre los derechos inherentes á la patria potestad.

168. II. Cuando los castigos moderados no bastaren, puede el padre, mediante orden judicial, imponer al hijo, que no ha cumplido diez y seis años, la pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional (58).

---

(58). Discútense los artículos 6, 7 y 8. (a).

M. Bigot-Préameneu. " La comisión opina que convendría transcurriesen tres dias entre la demanda del padre y la orden de arresto ".

M. Berlier. " El artículo 6 debe modificarse : no me opongo al derecho que al padre quiere concederse; pero no creo que el ejercicio de ese derecho debe depender puramente de la voluntad del padre sin la intervención de otra autoridad, y no veo esa autoridad en la persona del juez que no pudiera ni examinar ni denegar la demanda de reclusión.

" ¿ Se dirá que los padres son generalmente buenos? Sin rechazar ese dato, la ley debe prevenir el abuso que los malos pa-

(a) 6. Le père qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant dont il n'aura pu réprimer les écarts, pourra le faire detenir dans une maison de correction.

A cet effet, il s'adressera au président du tribunal de l'arrondissement, qui, sur sa demande, devra délivrer l'ordre d'arrestation nécessaire, après avoir fait souscrire par le père une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables.

7. L'ordre d'arrestation devra exprimer la durée de la détention et la maison qui sera choisie par le père.

8. La détention ne pourra, pour la première fois, excéder six mois : elle pourra durer un année, si l'enfant, redevenu libre, retombe dans les écarts qui l'avaient motivée.

Dans tous les cas, le père sera le maitre d'en abréger la durée.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El legislador procede sobre el supuesto de que el padre no ejercerá esta facultad sino en casos muy graves. Aunque

---

dres, ó por lo menos irascibles, pudieran hacer de esta atribución. ¿Se citará á Montesquieu y á otros publicistas en apoyo de la patria potestad? No combato esa potestad; exijo que se restrinja en los límites apropiados á nuestras costumbres: admito la patria potestad; pero rechazo el despotismo paterno, y opino que el despotismo no conviene en la familia ni en el Estado.

" Examinemos lo que pasaba en el régimen de la monarquía. Rara vez las órdenes de prisión (*lettres de cachet*) relativas á los hijos de familia no eran precedidas de una deliberación de los parientes.

" No me propongo elogiar aquellas órdenes ni el antiguo régimen; pero guardémonos de que nuestras instituciones puedan compararse desfavorablemente á los usos de la monarquía: necesario, pues, al lado de la potestad paterna un poder que la ilustre y la modere cuando se trata de un acto tan importante como el discutido.

" ¿Cuál será ese poder? ¿Será un tribunal ordinario ó alguno de sus miembros? Será un consejo de familia?

" Peligroso fuera, en muchas ocasiones, denunciará la justicia hechos que exigen represión jurídica; por lo cual prefiero el consejo de familia ".

M. Bigot-Préameneu. " El artículo se funda en la presunción legal de que el padre no ejercerá sus atribuciones sino movido por el afecto é interés del hijo; no procederá sino para llevarle por el camino de la honra; pero la ternura misma le obliga á corregirle: ese caso será el más ordinario, y por consecuencia el que debe suponerse. La ley de 24 de agosto de 1790 no confiere al padre suficientes atribuciones: el interés de las buenas costumbres, de la sociedad, de los hijos mismos, exige que el poder del padre sea más extenso. Las autoridades de policía atestiguan que los padres desgraciados reclaman con frecuencia la atribución de corregir, sin manifestar á los tribunales los desórdenes de los hijos. La comisión ha creído que debe moderar el ejercicio de la patria potestad, y con ese objeto obliga al padre á obtener del Presidente del Tribunal la orden de arresto ".

M. Boulay. " La comisión ha procurado prevenir todo litigio entre el padre y el hijo, aunque fuese ante la familia: el padre no puede perder el litigio sin perder al mismo tiempo gran parte de su autoridad. Además, las familias con frecuencia se dividen; cada uno de sus miembros atiende más al interés de sus propios hijos que al del menor sobre cuya suerte va á deliberar; puede temerse que cuando los dos intereses estén en pugna, el primero prevalezca sobre el segundo ".

M. Treilhard. " Las faltas de los hijos provienen ordinaria-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

el hijo tenga menos de diez y seis años, el arrestarle en una casa de corrección es pena atroz, que en vez de corregirle,

---

mente de la debilidad, indiferencia ó malos ejemplos de los padres; los cuales no merecen, por lo mismo, una confianza absoluta. Guardémonos, empero, de convertir la corrección de los hijos en un asunto judicial. Todo se concilia si se obliga al Presidente del tribunal á oir el dictamen de la familia antes de expedir la orden de arresto. Esa orden, además, no debe determinar los motivos ".

El Cónsul Cambacérès. " Las dos reformas son insuficientes. " Deseo que no intervenga la familia, pues con frecuencia el odio y el interés separan á los que la sangre une. Prefiero los tribunales civiles, jueces imparciales en todas las controversias.

" Opino también que un plazo de tres dias entre la demanda del padre y la orden de arresto seria muy largo, cuando sea necesario prevenir un crimen que el hijo medita y que amenaza cometer.

" Pero es muy importante reglar la potestad del padre por consideraciones fundadas en la edad del hijo y en su posición.

" Un joven de veinte años diez meses, que pertenece ya á la sociedad, no debe ser sometido á la corrección paterna como un hijo de quince años.

" Asi como es muy razonable conferir al padre el derecho de arrestar algunos dias, por su mera petición, á un hijo de doce años, seria injusto abandonarle, si decimos, á su discreción á un joven de educación esmerada y que manifiesta talento. Por mucha confianza que los padres merezcan, la ley no debe fundarse en la errónea suposición de que todos son buenos; la ley debe conservar la balanza de la equidad, y no olvidar que las leyes duras preparan las revoluciones de los Estados.

" El Presidente y el Fiscal de la Corte deben, pues, pesar las razones que el padre alegue para arrestar á un joven de más de diez y seis años, ó á un hijo que no ha llegado á esa edad, cuando el padre se propone arrestarle por largo tiempo.

" Luego, se debe permitir al juez que deniegue la orden de aresto, y que fije su duración " (Locré. VII. 33. 11. 12.)

" El legislador ha debido prever que muchas veces los ejemplos, las exhortaciones de un padre, las privaciones que imponga, las penas leves, serán insuficientes para compeler á un hijo de mala índole al cumplimiento de sus deberes, para corregir perversas inclinaciones. Llama entonces á la autoridad pública en apoyo de la potestad paterna. En ciertos casos, el juez se limitará á *legalizar*, por decirlo así, á ordenar lisa y llanamente que se ejecute la voluntad del padre.

" La ley de 24 de agosto de 1790 establecia en estos casos un tribunal de familia, facultado para admitir ó denegar la queja del

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

puede depravar el carácter predisponiéndole á nuevas faltas, y, en lo sucesivo, aún á crímenes.

Esta disposición presupone que en las principales poblaciones haya casas de corrección que efectivamente lo sean.

En el Ecuador no se aplica el artículo, porque el padre sabe á ciencia cierta que el hijo, lejos de moderarse y corregirse en tales casas, contrae vicios que no tenía.

El principio en sí es útil y acaso necesario; pero su aplicación presenta dificultades provenientes de las circunstancias de cada pueblo.

169. III. Basta la demanda del padre, y en virtud de ella expide el juez la orden de arresto.

---

padre; la decisión del tribunal no podía ejecutarse sino en virtud de resolución judicial, expedida con conocimiento de causa.

" Este orden de cosas era inconveniente é ineficaz.

" Permitía un litigio entre el padre y el hijo, litigio que el padre no podía perder sin comprometer su autoridad.

" No distinguía nada en cuanto á la edad y á la posición del hijo.

" El proyecto distingue; regla el poder del padre atendiendo á la edad del hijo y á su posición....

" La intervención de la autoridad pública para el arresto de los hijos de familia no se establece sino con muchas precauciones si el padre que se queja ha pasado á otras nupcias. La ley no le juzga ya con la misma ternura ni con la misma imparcialidad.

" Pero en ningún caso los motivos de queja se determinarán nunca por escrito ni aún en la orden de arresto. Publicar errores, debilidades de la juventud, eternizar el recuerdo, sería proceder directamente contra el objeto que la ley tiene en mira; y de estos castigos, que no se imponen al adolescente sino para evitar pesares al hombre, se originaran tormentos que amargarían toda la vida " (Réal. Locré. VII. 60. 11).

" El derecho de corrección que ejerce el padre se extiende á que puede arrestar á sus hijos, cuando no ha pasado á otras nupcias. Entonces no lo puede sin orden del juez, que, para conceder el permiso, debe investigar la justicia de las causales que el padre alegue para el arresto de los hijos. La razón consiste en que si un padre ha vuelto á casarse, no procede siempre con imparcialidad y justicia, sucediendo con frecuencia, como dice la ley 4, ff. de Inoff. testam., que los padres, *novercalibus delimentis, instigationibusque corupti, maligne contra sanguinem suam iudicium inferunt* ". (Pothier. Puissance Paternelle. 152).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

No hay en este caso controversia, ni el juez califica los motivos que inducen al padre á la prisión del hijo, ni sería compatible con la autoridad paterna que se suscitase un litigio sobre la conducta del padre.

170, IV. 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 por seis meses á lo más,

Cuando el hijo ha cumplido diez y seis años, sus faltas pueden ser tan graves que exijan el castigo de una prisión de seis meses. Pero en este caso el padre no debe ser el único árbitro de tan severo castigo, y muy justo conceder al juez la facultad de calificar las causales que el padre alegue cuando solicite la orden de prisión.

El Código de Napoleón limita la autoridad del padre, cuando éste pasa á segundas nupcias, y se propone castigar á los hijos del primer matrimonio. No puede desconocerse que la influencia de las madrastras, mas no la justicia, puede muchas veces inducir al padre á castigar al hijo, y hubiera convenido que entonces el juez se informase de los motivos que han inducido al padre.

En el caso previsto por la regla que comentamos, tampoco hay juicio entre el padre y el hijo; el juez examina las causales puntualizadas por el padre, y procede á su discreción al calificar los motivos y al extender hasta por seis meses la pena de arresto.

171. V. El padre puede, á su arbitrio, hacer cesar el arresto.

Si el padre ejerce libremente la facultad de castigar, nada más natural que sólo de él dependa el perdón.

Y bien puede suceder que cuando el padre exige que el hijo sea arrestado por el largo tiempo de seis meses, no se proponga sino intimidarle, haciéndole ver que sus extravíos le acarrean graves consecuencias.

Tanto menos inconvenientes tiene la facultad de perdonar, cuanto queda al arbitrio del padre exigir de nuevo, en cualquier tiempo, orden de arresto; la cual se expedirá conforme á las reglas que ya hemos examinado.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 234. Los derechos concedidos al padre en el artículo precedente se estienden, en ausencia, inhabilidad o muerte del padre, a la madre o a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo; pero nunca se ejercerán contra el hijo mayor de veinte i cinco años, o habilitado de edad (*) (a).

REFERENCIAS.

En ausencia, inhabilidad ó muerte del padre, á la madre. 262. 266.

Cualquiera otra persona á quien corresponda el cuidado personal del hijo. 224. 225.

Mayor de veinticinco años. 26.

CONCORDANCIAS.

C. E. 228. Los derechos concedidos al padre en el artículo precedente 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 contra el hijo mayor de veintiún años.

C. de N. 381. La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'article 377.

381. La madre sobreviviente y que no ha pasado á segundas nupcias, no podrá hacer arrestar al hijo sino con la intervención de dos de los más próximos parientes paternos, y solicitándolo conforme al artículo 377.

468. Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite

468. El guardador que tenga motivos graves de queja por la mala con-

(*) Locré. VII. 15. art. 5—37. 15—41. art. 11. 12—62. 12—132. art. 45—142. art. 65.—Pothier. Puissance paternelle. 133.—Dalloz. Puissance paternelle. 32. 43-50.—Laurent. IV. 263. 282-284. —Zachariae. (M. V.) I. § 187.—Zachariae. (A. R.) VI. § 550.—Demolombe. VI. 323. 324. 344-346. VII. 584.—Duranton. 358. 359. —Fiore. II. 468.

(a) Idéntico el art. 251 b del Proyecto Inédito.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

du mineur, pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et, s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mineur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre de la Puissance paternelle.

ducta del menor, podrá ponerlo en conocimiento del consejo de familia, y si éste le autoriza, proceder al arresto del menor conforme á lo prescrito á este respecto en el título de la patria potestad.

C. Arg. 265. (Véanse las Concordancias del art. 233).

P. de G. 219. El menor debe obediencia y respeto al tutor, y este podrá corregirle moderadamente.

Si no bastase la corrección moderada, el tutor deberá ponerlo en conocimiento del consejo de familia, que tendrá en este caso la facultad que concede al padre el artículo 147.

C. C. 263.

C. M. 372. En defecto del padre, el ascendiente á quien corresponda la patria potestad ejercerá la facultad á que se refiere el artículo 370.

C. de la L. 238. Los padres pueden durante su vida delegar parte de su autoridad á los profesores, maestros de escuela, ú otras personas á quienes confían sus hijos para la educación, como la facultad de corregir y castigar en cuanto sea necesaria para la educación de los hijos.

COMENTARIO.

172. I. Los derechos concedidos al padre en el artículo precedente, se extienden á la madre en ausencia, inhabilidad ó muerte del padre (59).

---

(59) "Concediendo los mismos derechos á la madre sobreviviente que no ha pasado á otras nupcias, el proyecto quiere que en ningún caso pueda ella hacer arrestar al hijo sino cuando intervienen dos de los parientes más próximos paternos, y solicitándolo al juez, que deberá decidir con conocimiento de causa.

"Hubo de prever el legislador que la madre ó muy débil ó muy propensa á la ira, podría recurrir fácilmente á estas medidas extremas; y, por otra parte, debió juzgar que una viuda indefensa, cuyas acciones están expuestas á la maligna crítica, se procuraba, en la intervención de dos de los más próximos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Cuando falta el padre, la madre es quien sucede en todos los derechos que atañen á la persona misma del hijo.

Atendiendo al carácter de la mujer, que con frecuencia se deja llevar por las primeras impresiones, y además es inclinada á escuchar consejos, no siempre de la cordura y la prudencia, hubiera sido conveniente, aceptando el artículo 381 del Código de Napoleón, que la madre no ejerza la facultad de castigar al hijo sino con la intervención de dos parientes paternos del mismo. Si éstos convienen en el castigo, hay presunción fundada de que es justo; si no, el juez negaría la orden de arresto.

No nos explicamos por qué no aceptó Dn. Andrés Bello la prudentísima disposición, fundada en la naturaleza misma de las cosas, de que si la madre ha pasado á segundas nupcias no puede ejercer el derecho de reducir á prisión al hijo.

En ese caso la madre no inspira ya confianza al legislador.

El Código chileno concede al padre la facultad de nombrar tutor para la administración de los bienes del hijo; y cuando la madre pasa á segundas nupcias, pierde *ipso iure* la guarda, pues los bienes estarían mal administrados por una madre que ha pasado á la potestad de otro marido, y que depende de ella exclusivamente.

---

parientes paternos, testigos imparciales que pueden siempre manifestar la necesidad de esa medida rigorosa, y que fuesen los garantes de su buena administración." (Réal. Locré. VII. 62. 12).

"Las mujeres necesitan de la autoridad de los jueces para hacer arrestar á los hijos en las casas de corrección. La poca firmeza de su juicio, y el carácter de ligereza, tan ordinario á este sexo, impide que se confíe en la discreción de la madre como en la del padre" (Pothier. Puissance Paternelle. 133).

"Si la madre ha pasado á segundas nupcias, no puede hacer arrestar al hijo de primer matrimonio, aunque conserve la patria potestad. El art. 381 es terminante; no concede ese derecho sino á la madre sobreviviente que no ha vuelto á casarse. Como está bajo la potestad del marido, él ejerciera esa peligrosa atribución; y la ley desconfía, con justicia, de la imparcialidad del padrastro". (Laurent. IV. 284).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Y si la madre es inhábil para ejercer la administración de los bienes, ¿cómo se le concede un derecho más importante, cual es el de imponer al hijo castigos tan severos como una larga prisión; los cuales pueden decidir del carácter y de la suerte futura del hijo?

Es evidente la falta de previsión y de cordura en el legislador chileno, y que según el artículo 234, el padrastro tiene una arma poderosísima para oprimir y vejar á los hijos qne su mujer hubiere tenido en anterior matrimonio.

En el Ecuador la patria potestad se transmite á la madre cuando el padre fallece; si la madre pasa á segundas ó ulteriores nupcias, pierde absolutamente la administración de los bienes, pero no los demás derechos inherentes á la patria potestad. Ejerce, pues, el derecho de castigar á los hijos conforme al artículo que comentamos; lo cual, insistimos en ello, es anómalo é injusto.

173. II. A falta de ambos padres pueden ejercer los derechos las demás personas á quienes corresponde el cuidado personal del hijo.

No parece fundada en los verdaderos principios la disposición según la cual ejercen el derecho de castigar las personas que, á falta del padre y madre legítimos, cuidan de la crianza y educación de los hijos.

Hemos visto ya que el derecho de corregir y castigar se deriva de la patria potestad, pues la ley, fundada en la naturaleza, tiene plena confianza en que los padres no abusarán de tan amplio como peligroso derecho.

Ningún cariño más desinteresado, más puro que el de los padres á los hijos; el padre se olvida de sí para no pensar sino en la felicidad de aquéllos; y en la mayor parte de los casos, lejos de temerse que los padres abusen del derecho de corregir y castigar, témese, al contrario, que su moderación, lenidad y prudencia degeneren en debilidad de carácter.

Cuando los hijos están bajo el cuidado de otras personas, cualesquiera que éstas sean, cambian absolutamente las circunstancias; pues ni los abuelos tienen el entrañable cariño, el sumo interés que los compele á proceder siempre guiados sólo por el deseo de la futura felicidad de los nietos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Muy peligroso, pues, conceder á los abuelos la facultad de castigar á los nietos hasta con seis meses de arresto.

Si de los abuelos pasamos á otras personas, la facultad se convierte de peligrosa en inicua. Un curador extraño, á quien acaso se ha compelido para que acepte el cargo, un curador que con repugnancia cuida de la persona y bienes del pupilo, ¿procederá siempre guiado, no decimos por el interés en la suerte futura del pupilo, sino siquiera por los sentimientos de humanidad y de justicia?

En Francia, donde sus costumbres han permitido el establecimiento de los consejos de familia, el curador no puede castigar al pupilo sino mediante la autorización de ese consejo, y, dada ésta, entonces el tutor acude al juez. En Chile y en el Ecuador á donde no ha podido transplantarse está benéfica institución, era necesario excogitar otros medios para el caso que nos ocupa. Cuandoquiera que el guardador exija la orden de arresto contra el pupilo, el juez debería oír á tres de los parientes del pupilo, ó por lo menos á tres personas que estén enteradas de las circunstancias; oídas, acceder ó no á las pretensiones del guardador; y si el pupilo hubiere cumplido diez y seis años, conviniera recibir una información sumaria para el arresto, y conceder apelación en el efecto devolutivo.

Si bien la ley en sí misma es pésima, está corregida por las costumbres, que no permiten al guardador abusar brutalmente de su autoridad, reduciendo á los pupilos á perenne prisión.

174. III. Los derechos que, á falta del padre, se conceden á la madre ó á otras personas á quienes incumbe el cuidado personal de los hijos, nunca se ejercen contra el hijo mayor de veinticinco años ó habilitado de edad.

Parécenos que el método y la claridad exigían que esta regla se determinase en artículo distinto, ya por su importancia, ya porque, cual está redactado el artículo 234, pudiera dar margen á suponerse que los padres sí pueden ejercer el derecho de corrección y castigo aun contra los hijos mayores de veinticinco años ó habilitados de edad. Lo cual constituiría la esclavitud del hijo.

Cuando el hijo se casa ó cumple veinticinco años, no existe la patria potestad, y la ley no viene en auxilio de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

los padres sino cuando las faltas de los hijos son tan graves que les acarreen indignidad ó desheredación.

Las costumbres son, no nos cansaremos de repetirlo, las que determinan entonces los derechos y las obligaciones entre los padres y los hijos legítimos, y ellas tienen, por fortuna, tanta eficacia, que sea cual fuere la edad de los hijos, éstos y los padres forman, por regla general, una sola familia.

Art. 235. El padre, i en su defecto la madre, tendrán el derecho de elejir el estado o profesion futura del hijo, i de dirijir su educacion del modo que crean mas conveniente para él.

Pero no podrán obligarle a que se case contra su voluntad.

Ni, llegado el hijo a la edad de veinte i un años, podrán oponerse a que abraze una carrera honesta, mas de su gusto que la elejida para él por su padre o madre.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 255. El padre, i en su defecto la madre, tendrán el derecho de elejir el estado o profesion futura del hijo, i de dirijir su educacion del modo que crean mas conveniente para el hijo.

Pero no podrán obligarle a que se case contra su voluntad.

Ni llegado el hijo a la edad de veinte i un años, podrán oponerse á que abrace una carrera honesta, mas de su gusto que la elejida para él por su padre o madre.

Ni llegado el hijo varón a la edad de catorce años le impedirán que se dedique a la carrera eclesiástica o al servicio de la patria en el ejército o la armada.

C. E. 229. El padre, y en su falta la madre, tienen el derecho de dirigir la educación de sus hijos; pero no po-

---

(*) Locré. I. 20. 9.—Dalloz. Puissance paternelle. 23. 55. 65-67.—Laurent. IV. 263. 265. 271.—Zachariae. (M. V.) I. § 186 187.—Zachariae. (A. R.) VI. § 550.—Fiore. II. 609. 616.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

drán obligarlos á tomar estado ó casarse contra su voluntad.

C. A. 265. (Véanse las Concordancias del art. 233).

P. de G. 146. El padre dirige la educación de sus hijos.....

C. C. 264.

C. A. 144. Los padres tienen el derecho de elegir las acciones de sus hijos; los cuales les deben respeto y obediencia.

148. El padre puede educar al hijo para el estado que le convenga; pero, cuando el hijo es mayor, tiene el derecho de acudir ante el tribunal para cambiar de estado.

COMENTARIO.

175. I. El padre, y á falta de éste, la madre, tienen el derecho de elegir el estado ó profesión futura del hijo, y de dirigir su educación del modo que juzguen más conveniente para él.

Esta disposición es rezago de las preocupaciones que había en Chile cuando se publicó el Código civil. El derecho de elegir el estado del hijo debe limitarse por la libertad personal, derecho superior á todos los que la ley natural garantiza.

La libertad es la primera de las conquistas modernas debidas á la redención efectuada en 1789. Si el padre tiene el derecho de elegir el estado futuro del hijo, puede obligarle á que contra su voluntad sea eclesiástico ó que la hija haga votos solemnes en un convento. De ese monstruoso derecho al de vida y muerte sobre los hijos, derecho que, si bien concedido por las leyes romanas, era moderado por las costumbres, no hay sino un paso.

Cuando se formó en Chile el Código civil, ese derecho de elegir el estado ó profesión del hijo, lejos de moderarse por las costumbres, influían ellas en los mayores abusos. Cuántas mujeres habrían gemido en la prisión perpetua llamada claustro, cuando, recuperada la razón, veían que merced á la ley civil, llamada á garantizar los derechos del ciudadano, habían hecho contra su voluntad votos perpetuos.

Tan absurda es la disposición que comentamos, que en el Ecuador, en ese Ecuador de la teocracia y de García

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Moreno, se reformó el artículo, expresándose que los padres no podían obligar á los hijos á *tomar estado contra su voluntad*.

Dn. Andrés Bello no sólo concedía á los padres el derecho de obligar á los hijos á profesar en convento ó á recibir las órdenes sagradas, sino que según su proyecto los padres no podían oponerse á que los hijos de catorce años abrazaran el estado eclesiástico!

176. II. Los padres no pueden obligar al hijo á que se case contra su voluntad. Si bien la regla no puede ser más justa, hace resaltar lo absurdo de conceder al padre el derecho de obligar al hijo á que abrace el estado eclesiástico, cuyas consecuencias son más trascendentales que las del matrimonio.

177. III. Cuando el hijo llega á la edad de veintiún años, no pueden oponerse los padres á que el hijo abrace una carrera honesta más de su agrado que la elegida por él por su padre ó madre.

Aquí se vislumbra el respeto á la libertad del hijo. Cuando éste cumple veintiún años elige su carrera ú oficio; pues la *vocación* es lo que más influye en la perfección del aprendizaje y en la destreza en el respectivo ramo.

Art. 236. El derecho que por el artículo anterior se concede al padre o madre, cesará respecto de los hijos que, por la mala conducta del padre o madre, hayan sido sacados de su poder i confiados a otra persona; la cual ejercerá este derecho con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere (*).

REFERENCIAS.

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. 223-225.
Tutor. 341.
Curador. 342.
Si ella misma no lo fuere. 348.
Todo el artículo. 267. n° 4°.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 256. El derecho que por el artículo anterior se concede al padre o madre, cesará respecto de los hijos que por la mala conducta del padre o madre hayan sido sacados de su poder i confiados a otra persona; la cual ejercerá este derecho con anuencia del tutor ó curador si lo hubiere (a).

C. E. 230.

C. C. 265.

COMENTARIO.

178. I. Los derechos concernientes á la educación y estado del hijo no puede ejercer el padre ó madre, por cuya mala conducta hayan sido separados sus hijos.

Según lo hemos visto, la ley confía á ciegas en que los padres procurarán que la educación y estado del hijo sean los que le conduzcan á la felicidad. Pero si aquéllos, por su mala conducta, son indignos de la confianza que todos los padres inspiran al legislador; si á causa de su depravación no se les permite ni el cuidado personal de los hijos ¿cómo se les podría conceder el derecho de que elijan la profesión y menos el estado de los mismos?

179. II. La persona á quien se encomiende el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, ejerce el derecho de elegir su profesión y estado.

Si ese derecho, aun concedido á los padres, es exorbitante, y pugna con la razón, los principios y la civilización moderna; concedérselo á otra persona es tan inconcebible, que sólo leyendo y releyendo el Proyecto de Bello puede convencerse de que tal jurisconsulto hubiese escrito semejante absurdo.

(a) El derecho que por el artículo anterior se concede al padre o madre, cesará respecto de los hijos que, por la mala conducta del padre o madre, hayan sido sacados de su poder i confiados a otra persona; la cual ejercerá este derecho con anuencia del tutor ó curador, si ella misma no lo fuere. (Artículo 256 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 237. Los derechos concedidos a los padres lejítimos en los artículos precedentes, no podrán reclamarse sobre el hijo que haya sido llevado por ellos a la Casa de Espósitos, o abandonado de otra manera.

REFERENCIAS.

Padres legítimos. 35. 40. 179. 202.
Todo el artículo. 267. nº 2º.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 257.
C. E. 231.
C. C. 266.
P. IV. XX. 4. Verguença, o crueleza, o maldad, mueue a las vegadas al padre, o la madre, en desamparar los fijos pequeños, echandolos a las puertas de las Eglesias, e de los Ospitales, e de los otros lugares: e despues que los han assi desamparado, los omes buenos, o las buenas mugeres que los fallan, mueuense por piedad, e lleuanlos dende, e crianlos, e danlos a quién los crie. E porende dezimos, que si el padre, o la madre demandare a tal fijo, o fija, despues que lo a echado, e lo quier tornar en su poder, que lo non puedan fazer. Ca por tal razon como esta pierde el poderio que auia sobrel.....

COMENTARIO.

180. Cuando los padres han abandonado á los hijos en una casa de expósitos ó de otra manera, no tienen sino el nombre de padres; son fieras disfrazadas de seres humanos, y, en cuanto á los hijos, ellos mismos se han despojado de todos sus derechos. Concederles alguno, sería premiar sus acciones infames, y pervertir las más elementales nociones de moral y de justicia.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 238. En la misma privacion de derechos incurrirán los padres que por su mala conducta hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado; a ménos que ésta haya sido despues revocada.

REFERENCIAS.

Todo el artículo. 223-225. 267. nº 3º.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 259.
C. E. 232.
C. C. 267.

COMENTARIO.

181. Este artículo se refiere á todos los derechos concernientes al castigo y corrección de lo hijos, así como á su profesión y estado; y, por lo mismo, el artículo 236 debió suprimirse; pues las disposiciones que él encierra están comprendidas en el propio artículo 238.

Art. 239. Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado i criado por otra persona, i quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarla los costos de su crianza i educacion, tasados por el juez (*).

REFERENCIAS.

Alimentado y criado. 323.
Deberán. 1437.
Pagar. 1568.

(*) Savigny, I. 152.
(a) 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 pagar los costos de su crianza y educacion, tasados por el juez (Art. 258 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 258. Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado i criado por otra persona, i quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarla los costos de su crianza i educacion, tasados por el juez, a ménos que esa persona lo haya hecho por un sentimiento de obligacion natural, o de caridad; lo que siempre deberá presumirse en los ascendientes i otros próximos consanguíneos.

C. E. 233.

C. C. 268.

P. IV. XX. 4..... Si el padre, o la madre demandare a tal fijo, o fija, depues que lo a echado, e lo quier tornar en su poder, que lo non puedan fazer. Ca por tal razon como esta pierde el poderio que auia sobrel; fueras ende, si otro alguno lo echasse sin su mandado, e sin su sabiduria. Ca si los demandassen luego que lo supiessen, dezimos, que gelos deuen dar, tornandolo el padre, o la madre las despensas, a aquellos que lo criaron, si las quisieren demandar; pero, si los que criaron estos tales, se mouieren a fazerlo por amor de Dios, con entencion de non rescibir otro gualardon, non son tenudos los padres, de tornarle las despensas que fizieron, los que los criaron, por razon de crianzaase.

COMENTARIO.

182. Si otra persona ha cuidado de la crianza y educación del hijo legítimo, ha cumplido los deberes que la ley imponía á los padres, y cuando éstos quieran vivir con el hijo, deben reembolsar á esa persona todo cuanto hubiere gastado en la crianza y educación del hijo.

Algún tanto impropia nos parece la expresión de que los gastos sean *tasados* por el juez; por cuanto da margen á suponer que éste, procediendo como perito, regula lo que dicha persona ha gastado en la crianza y educación del hijo. En el respectivo juicio, el juez oye á las partes, recibe las pruebas que se le presentan, y en vista de ellas determina á cuánto ascienden los gastos; los cuales deben pagarse por los padres á la persona que cuidó de la crianza y educación del hijo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

TÍTULO X

De la patria potestad

Art. 240. La *patria potestad* es el conjunto de derechos que la lei da al padre lejítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre.

Los hijos de cualquiera edad, no emancipados, se llaman *hijos de familia*, i el padre con relacion a ellos, *padre de familia* (*).

REFERENCIAS.

Padres legítimos, 35. 40. 179. 202.
No emancipados, 264-267.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 260.

(*) Savigny I. § 53. 54. 58. II. § 67.—VIII. § 361. 380. 296.—Savigny (O.). I. § 4. Locré. I. 333. 22. — II. 162. 1.—VII. 16. 2. —17. 5 — 19. 7. 8.—21. 11.—26 art. 2. 3.—37. 17.—51. 1.—57. 5-8.—60. 10.—63. 15.—67. 1.—70. 5.—75. 9.—80. 2.—82. 4.—85. 6. 7.—151, 8.— Pothier Mariage. 399.—Merlin. Puissance paternelle, Sec. I. § II.—Dalloz. Puissance paternelle. 1. 2. 10. 11. 23. 51-54. Dalloz. Lois 233-235.—Laurent. IV. 255-269.—Toullier. II. 1039. 1040, 1043-1045.—Zachariae (M. V.) 1. § 184-186.—Zachariae (A. R.). VI. § 518.—Demolombe VI. 251-257. 264-266. 268-271. 292-300.—Vazeille II. 387-395.—Duranton III. 347. 348. 350. 351.—Berriat-Saint-Prix. I, 1318-1323.—Kent. II. XXIX. 2.—Gutiérrez (B). I. p. 653-662.—Gayo. I. 55-57.—Maynz. I. § 11. —III. § 325.—Ortolan (G) 40. 49. 68.—Ortolan (1) 183. 84. 87. 95. 96. Gómez de la Serna. I. p. 179.—Pacheco. I. p. 146.—Gibbon. III. XLIV.—Calvo. II. 827.—Fiore. II. 610-615. —Montesquieu. V. VII.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 234. La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados.

Los hijos de cualquiera edad, no emancipados, se llaman *hijos de familia*, y los padres, con relación á ellos, *padres de familia*.

258. En todos los casos en que termine la patria potestad del padre sobre sus hijos no emancipados, sucederá en ella la madre, con todos sus derechos y obligaciones.

259. El padre podrá nombrar en testamento un curador adjunto á la madre, para la administración de los bienes de sus hijos menores.

260. La madre que se prostituyere ó diere á luz un hijo ilegítimo, perderá la patria potestad.

La que pasare á segundas ó ulteriores nupcias perderá perpetuamente la administración de los bienes; pero no los demás derechos de la patria potestad.

C. de N. 372. L'enfant reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

373. Le père seul exerce cette autorité durant le mariage.

372. El hijo se halla bajo la potestad de los padres hasta la mayor edad ó la emancipación.

373. Durante el matrimonio sólo el padre ejerce esa potestad.

C. Arg. 264. La patria potesdad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden á los padres desde la concepcion de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados.

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

P. de G. 144. Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad del padre.

C. C. 288. P. 284.

Patria potestad es la autoridad que las leyes reconocen en los padres sobre la persona y bienesde sus hijos.

285. Los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos están sujetos á la autoridad del padre, y en su defecto á la de la madre.

286. La patria potestad que corresponde á la madre se extiende sobre todos sus hijos ilegítimos.

C. M. 364. Los hijos menores de edad, no emancipados,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes á quienes corresponde aquella según la ley.

365. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados ó reconocidos.

366. La patria potestad se ejerce:

I. Por el padre: II. Por la madre: III. Por el abuelo paterno: IV. Por el abuelo materno: V. Por la abuela paterna: VI. Por la abuela materna.

367. Sólo por muerte, interdicción ó ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido en el artículo anterior. Esto mismo se observará en caso de renuncia hecha conforme á lo dispuesto en el artículo 397.

C. de la L. 134. El hijo está bajo la potestad del padre ó madre hasta la mayor edad ó la emancipación.

Si hubiere divergencia entre el padre y la madre, la potestad del padre prevalece.

C. Esp. 154. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obecerlos mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre ó de la madre que los reconoce ó adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.

P. IV. XVII. 1. Patria potestas en latin, tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los fijos..... e hanlo sobre sus fijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linaje, que descienden dellos por la liña derecha, que son nascidos del casamiento derecho.

2..... E como quier que el padre haya en poder sus fijos legitimos, o sus nietos, o visnietos que descienden de sus fijos; non se debe entender por esso, que los puede auer en poder la madre, nin ninguno de los otros parientes de parte de la madre.....

3..... Se toma esta palabra Potestas, por ligamiento de reuerencia, e de subiecion, e de castigamiento, que deue auer el padre sobre su fijo.....

I. I. IX. 2. Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii

II. La patria potestad que tenemos en los hijos es propia de los cuidadanos romanos; pues no hay ningún

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus.

3. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore eius nascitur, id est nepos tuus et neptis, aeque in tua sunt potestate; et pronepos, et proneptis, et deinceps caeteri. Qui autem ex filia tua nascitur, in potestate tua non est, sed in patris eius.

D. I. VI. 3. Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus, quod ius proprium civium Romanorum est.

L. XVI, 215. Potestatis verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium...

otro pueblo que tenga en los hijos la potestad que nosotros tenemos.

3. Por tanto el que nace de tí y de tu mujer está en tu potestad; como también el que nace de tu hijo y de su mujer, es decir, tu nieto ó tu nieta; y lo mismo tu bisnieto ó tu bisnieta, y así sucesivamente. En cuanto al hijo de tu hija, no está en tu potestad, sino en la de su padre.

3. También están en nuestra potestad nuestros hijos, que hemos procreado de legítimo matrimonio, cuyo derecho es propio de los ciudadanos Romanos,

215. La palabra potestad significa muchas cosas: en cuanto á la persona del magistrado, el imperio; en las personas de los hijos, la patria potestad; respecto á los siervos, el dominio...

COMENTARIO.

183. I. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados.

Esta definición manifiesta el sistema del Código chileno acerca de la patria potestad, sistema que no parece conforme á la esencia misma de esta institución, ni á los verdaderos principios en que, según el Derecho moderno, se fundan las relaciones entre los padres legítimos y los hijos no emancipados.

184. La patria potestad entre los romanos no consistía efectivamente sino en un conjunto de derechos que la ley civil, violando la ley natural, concedía al padre

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

legítimo sobre sus hijos legítimos de cualquiera edad.

El padre, dueño absoluto del hijo, podía disponer de él á su arbitrio; y tratándose exclusivamente de las relaciones domésticas entre el padre y el hijo, no había diferencia alguna entre el hijo y el esclavo; pues en ambos tenía el padre el derecho de dominio, y todo cuanto ambos adquirían pertenecía al padre ó al señor (60).

---

(60). " La ley de la naturaleza enseña á muchos animales á querer y criar á sus hijos. La ley de la razón inculca á la especie humana la piedad filial. Pero la exclusiva, absoluta y perpetua dominación de los padres sobre los hijos es peculiar á la jurisprudencia romana, y parece coetánea con la fundación de la ciudad. La patria potestad fue instituida ó confirmada por Rómulo mismo; y después de practicarla por tres centurias, fue escrita en la tabla IV de los Decenviros. En el foro, el senado y el campamento, el hijo adulto de un ciudadano romano gozaba de los derechos públicos y privados de *persona;* en la casa del padre se confundía por la ley con los muebles, el ganado y los esclavos, que los caprichos del dueño podían enajenar ó destruir sin ser responsable á ningún tribunal de la tierra. La mano que suministraba el sustento diario podía revocar la voluntaria donación, y todo cuanto se adquiría por el trabajo ó la fortuna del hijo se confundía con la propiedad del padre. Sus cosas robadas (sus bueyes ó sus hijos), podían recuperarse por la acción del hurto, y si éstos habían sido culpados de homicidio, podía á su voluntad indemnizar el daño ó entregar á la parte perjudicada el nocivo animal. Según las necesidades de la pobreza ó la avaricia, el padre de familia podía disponer de los hijos ó de los esclavos. Pero el esclavo era de mejor condición, pues él adquiría, por la primera manumisión, su perdida libertad; el hijo era rescatado por el duro padre, se le condenaba por segunda y tercera vez á la esclavitud, y sólo en la tercera venta y entrega se libertaba de la potestad doméstica; de la cual se había abusado tantas veces. Á su discreción el padre podía castigar las faltas, reales ó imaginarias, del hijo, con azotes, prisión, destierro, ó enviándole encadenado á trabajar entre los más infelices de sus esclavos. La majestad del padre estaba revestida del poder de vida ó muerte; y ejemplos de sangrientas ejecuciones, muchas veces compadecidas y no castigadas nunca, se narraban en los anales de Roma antes del tiempo de Pompeyo y de Augusto. Ni la edad ni la categoría, ni el oficio consular ni los honores del triunfo, libertaban al más ilustre ciudadano de los vínculos de la sumisión filial: sus mismos descendientes se comprendían en la familia del padre común; y los derechos de la adopción fueron no menos rigurosos que los de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

No puede desconocerse, empero, que si bien la ley concedía tan amplias atribuciones al padre sobre el hijo,

---

la naturaleza. Sin temor, aunque no sin peligro y abuso, los legisladores romanos habían tenido una ilimitada confianza en los afectos del amor paternal; y la opresión fue temperada por la seguridad que cada generación crecería en torno de la dignidad del padre y señor.

" La primera limitación de la patria potestad se halla en la justicia y humanidad de Numa; pues la joven que, con el consentimiento del padre, se había desposado con un hombre libre, era protegida de las desgracias de llegar á ser mujer de un esclavo. En los primeros tiempos, cuando la ciudad fue tomada, y algunas veces atormentada por el hambre, por sus vecinos latinos y toscanos, la venta de los hijos se efectuaba frecuentemente; pero como un romano no podía comprar legalmente la libertad de sus conciudadanos, el mercado cayó gradualmente, y la venta fue extinguiéndose con las conquistas de la República. Confirióse al fin á los los hijos un imperfecto derecho de propiedad, y la triple distinción de los peculios, *profecticio*, *adventicio y profesional*, fue establecida por la jurisprudencia del Código y de las Pandectas. De todo cuanto procedía del padre el hijo no tenía sino el uso y el padre el dominio absoluto; pero si los bienes del padre se vendían, la porción del hijo se exceptuaba, por favorable interpretación, de la demanda de los acreedores. De todo lo adquirido por matrimonio, donación, ó herencia de los colaterales, se aseguraba la propiedad al hijo; pero el padre, á menos que se le hubiese excluido expresamente, gozaba del usufructo durante su vida. Como justa y prudente remuneración de las virtudes militares, los despojos de los enemigos fueron adquiridos, poseídos y legados sólo por los militares; y la misma analogía se extendió á los emolumentos de las profesiones liberales, á la renta de los destinos públicos, á las sagradas liberalidades del emperador ó la emperatriz. La vida del ciudadano estaba menos expuesta que sus bienes de fortuna á los abusos de la patria potestad. Sin embargo si la vida pugnaba con los intereses ó las pasiones de un padre indigno, los mismos crímenes provenientes de la corrupción se sentían por la humanidad, en la edad de Augusto; y el cruel Erixo, que azotó á su hijo hasta que expirase, por el Emperador fue salvado de la justa furia de la multitud. Al padre romano se le redujo del despotismo de la dominación servil, á la gravedad y moderación de un juez. La presencia y opinión de Augusto confirmó la sentencia de destierro pronunciada contra un parricidio intencional por el tribunal doméstico de Arío..... " (Gibbon· III. Chap. XLIV).

" Patria potestas Romanorum in liberos tanta erat, quanta dominorum in servos : liberique respectu parentum, non perso-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

las costumbres habían modificado absolutamente la ley civil, y el padre de familia romano era de lo más mode-

---

nae habebantur, sed res quarum dominium ex iure Quiritium perentes habebant. Unde parentes eos directâ actione in rem petere poterant; adiecta tamen hâc causâ, EX IURE ROMANO ut videb. tit. de Rei vindic.

" Huius potestatis duo sunt praecipui effectus : Primus, ut pater de personâ liberorum suorum posset tanquam de re suâ ad arbitrium disponere; alter ut quidquid liberi acquirerent, patri, tanquam, ex re suâ profectum, acquireretur.

" Ex ipsius Romuli instituto pater potest iure suae potestatis liberos in carcerem coniicere, flagris caedere, vinctos ad opus rusticum detinere, occidere quin etiam eos vendere.

" Huius iuris mentio est in Lege XII Tab. his fere verbis: *' Endo liberis ius vitae, necis venumdantique, potestas ei esto'*.

" Non eó tamen porrigebatur hoc ius venumdanti liberos, quod habebat pater, ut eos venumdando posset in servilem conditionem detrudere; verum, salvis ingenuitatis civilisque libertatis iuribus, et cui venumdati erant servire tenebantur.

" Hinc Constantinus : Libertati a Maioribus tantum impensum est, ut patribus quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa, libertatim eripere non liceret. l. 10. Cod. de Patriâ potest.

" Ab eo iure quod pater habebat venumdandi liberos, Numa eos liberos exceperat qui volente patre uxores duxissent (ut refert Dion Halicarn, loco sup. cit).

„ Hoc ius venumdandi liberos exolevit; nec praeterquám in casi extremae necessitatis parentibus servatum est. Et quidem qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratiâ filios suos vendiderint, statuit ingenuitatis eorum non praeiudicant : homo enim liber nullo pretio aestimatur. Idem nec pignore ab his aut fiduaciae dari possunt ex qno facto, sciens creditor deportatur : operae tamen eorum locari possunt (PAUL. SENT. lib. 2, tit. I. § 1.)

" Extra hunc casum necessitatis Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis, titulo, neque pignoris iure aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis, in alium transferri posse manifestissimi iuris est. l. I. Cod. de Patr. qui fil suos. DIOCL. ET MAXIM.

" Etiam in casu necessitatis, Constantinus recens natorum duntaxat venditionem permittit. Ita ille : Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque, victûs causa filium filiamve sanguinolentus vendiderit; venditione in hoc tantummodó casu valente; emptor obtinendi eius servitii habebat facultatem : liceat autem ipsi qui vendidit, vel qui alienatu est, aut cuilibet alii, ad ingenuitatem eum propriam repetere; modo si aut cuilibet alii, ad

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

rado en cuanto al ejercicio de los amplísimos derechos que la ley civil le concedía. Como lo observa Savigny, nadie puede conocer á ciencia cierta el derecho de la familia que rige á un pueblo, á no estar bien instruido en las costumbres del mismo; las cuales, como ya lo hemos observado, son las que determinan las relaciones entre los cónyuges y entre los padres é hijos de familia.

La familia romana era lo más moral; en ella reinaban la paz, la armonía y el sumo respeto á la madre; como nos lo pinta Columela en su hermoso cuadro (*).

185. Los Códigos que conceden al padre facultades limitadas sobre la persona y bienes de los hijos, son, á no dudarlo, más conformes á la justicia y á los principios que la legislación romana, cuya severidad echa de menos Montesquieu. El estadista filósofo, que examina con tan admirable profundidad las causas de la grandeza de los romanos, enumera entre ellas la sujeción en que vivían los hijos en cuanto á los padres. Si bien esa causa contribuyó realmente á la grandeza del pueblo rey, tal sujeción ya es incompatible con la libertad individual, que reclaman los Estados modernos.

La política antigua exigía que el ciudadano estuviese, por decirlo así, absorbido por el Estado; se sacrificaban todos los derechos individuales al engrandecimiento de la república, y el derecho de conquista era admitido por el de las naciones. Todo esto ha cambiado absolutamente; y ahora, dígase lo que se dijere, la libertad civil se halla mucho más bien garantizada en los Estados modernos; excepto uno que otro en Sud América, donde cualquier tirano de ruin es tiene absoluto de la libertad, la propiedad y la vida de los ciudadanos.

186. Inspirándose Bello en las antiguas reminiscencias, nos habla de la patria potestad sólo como de un *conjunto*

---

ingenuitatem eum propriam repetere; modo si aut pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro eiusmodi praestet. l. 2. Cod. d. tit.". (Pothier. D. I. VI. Art. IV).

(*) " Erat enim summa reverentia, concordia et diligentia mixta... Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut foeamina propium esse iuris sui dicerit, sed in commune conspirabatur ab uterque ".

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

de derechos concedidos al padre sobre sus hijos; y por eso, lo repetimos, trata en títulos distintos, ya de la patria potestad, ya de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.

Sorprende que no se hubiese fijado en la exactísima idea que de la patria potestad dio Réal al exponer las razones del mismo título del Código de Napoleón (61).

---

(61). " La legislación de los romanos, que fue tan conforme en muchos puntos á la naturaleza, tan fiel intérprete de la razon, se separa de ambas de una manera muy extraña cuando da reglas sobre la patria potestad : desconoce el derecho natural y el derecho de gentes, aceptando como única regla sus instituciones civiles.

" Así, Justiniano reconoce que la patria potestad, cual se ejercia entre los romanos, era peculiar á ese pueblo.

" Bajo el imperio de esta legislación, por el derecho antiguo, el padre de familia tenía una potestad igual á la del señor sobre el esclavo. Relativamente al padre de familia, el hijo de familia no era considerado como persona, sino como cosa, cuya propiedad absoluta correspondia al padre de familia, que podia usar y abusar de ella. El padre podia, según esta legislación, encadenar al hijo, venderle, matarle.

" Esta *potestad* duraba tanto como la vida del padre de familia, y comprendia entonces todos sus bienes.

" Tal legislación pinta con mucha fidelidad así al legislador que la estableció como á sus feroces compañeros, y la barbarie de los siglos en que pudo aceptarse.

" Pero al mismo tiempo que Rómulo ponia á esta legislación un sello inalterable, le confería un principio de vida, un carácter de duración, y aun pudiera decirse de eternidad, que este hombre extraordinario imprimió á todas sus instituciones.

" Conservó ella toda su severidad mientras las costumbres de los romanos conservaron su aspereza.

" Numa dispuso que el padre no pudiera vender al hijo casado con su consentimiento; y después el derecho de vender no fue permitido sino en el caso de extrema miseria de los padres, en cuanto á los hijos que acabasen de nacer, y con la facultad de rescatarlos.

" Después de una larga serie de siglos, el derecho de vida y muerte se restringió al de una corrección moderada.

" En fin, el derecho concedido al padre de familia de apoderarse de todos los bienes del hijo, experimentó restricciones considerables por las leyes que quitaron al padre de familia el goce del peculio.

" Pero, tal como se hallaba modificada según el último estado

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Aun tratándose de los derechos que concede la ley al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados, Dn. Andrés

---

del Derecho romano en Francia, la patria potestad recuerda todavía, por los principios en que se funda, por las distinciones que establece y por algunos de sus resultados, su origen salvaje y la ferocidad del legislador.

" En efecto, en el último estado de las cosas, la patria potestad no se funda sino en los principios de Derecho civil, y es ajena á todas las afecciones provenientes del derecho natural.

" Sólo al padre pertenece esta potestad, y á pesar de los derechos conferidos por la naturaleza, pero sin duda á consecuencia de esta antigua legislación que colocaba á la mujer bajo la patria potestad, la madre no tenia en ella ninguna participación.

" En el último estado de esta legislación, el hijo de familia queda bajo la patria potestad durante toda la vida del padre. Permanece en ella aun cuando tenga setenta años, á menos que el padre quiera emanciparle.

" Lo mismo que bajo el imperio de la antigua legislación, el hijo de familia casado, á no emanciparsele, no ejerce sobre sus hijos la potestad que sobre él ejerce su padre; ellos permanecen bajo la potestad del padre; consecuencia lógica, aunque repugnante, del principio sobre el cual se establece toda la teoría de esta legislación.

" Relativamente á los bienes que pertenecen al hijo de familia, la ley conserva toda su primera injusticia.

" Exceptuándose los peculios, todo pertenece al padre; el padre es dueño de cierta especie de bienes, y tiene el goce de todos los otros mientras subsista la patria potestad, esto es, durante toda su vida.

" Durante la vida del padre, el hijo de familia, aun mayor, no puede obligarse por contrato de mutuo.

" No puede testar ni con el consentimiento del padre.

" Hé aquí, salvas algunas excepciones de poca importancia, los principios fundamentales que rigen todavía hoy los departamentos de la República sujetos al Derecho romano.

" Basta enunciarlos para manifestar que son contrarios á toda idea de libertad, de industria, de comercio; que contrarian, desnaturalizan y anonadan en su origen mismo aún la patria potestad; que degradan la vida y obstan á la prosperidad general.

" Acaso se diga que estos principios nunca se han observado con rigor; que la emancipación anterior al matrimonio, ó por matrimonio, obvia todos los abusos; lo cual probaria que hace mucho tiempo se ha juzgado que esta legislación es incompatible con nuestras costumbres y que es necesario derogarla.

" Debemos, pues, confesar que entre las leyes civiles que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Bello hace una arbitraria distinción, comprendiendo algunos derechos, y acaso los más importantes, en las relaciones entre los padres y los hijos legítimos, y otros en la patria potestad. Así, por ejemplo, habla en el título IX del derecho de dirigir la educación del hijo, derecho importantísimo que tanto influye en la suerte futura del hijo y en la prosperidad del Estado; y en el título de la patria potestad, de las reglas concernientes al derecho de usufructo y administración de los bienes del hijo.

Esos inconvenientes, preciso es confesarlo, consisten más en las palabras y en la falta de método, que en la esencia misma de las cosas; pues, llámese patria potestad, llámense derechos de los padres sobre sus hijos legítimos, el Código chileno, exceptuándose la imperdonable injusticia de negar á la madre la patria potestad, es más completo y más filosófico en esta parte que el Código de Napo-

---

hasta hoy han regido nuestras personas y nuestros bienes, ninguna necesita de más pronta y más completa reforma, y que refiriéndose á la naturaleza reciba más uniforme aplicación.

" No pudiéndose acudir, en esta importante materia, á las leyes romanas....., el legislador ha debido consultar á la naturaleza y la razón.

" La naturaleza y la razón exigen evidentemente el establecimiento y el ejercicio de la patria potestad.

" Hasta la mayor edad esa potestad, en manos de nuestros padres, es medio de defensa y de dirección; y si esa potestad da la naturaleza al padre y madre, fácil comprender que sólo el padre puede ejercerla, y que la madre no comienza á gozarla realmente sino tan luego como enviuda.

" Cuando el hijo es mayor, la patria potestad no es sino consejo y asistencia; se limita en sus efectos á obtener del hijo de familia eterno testimonio de respeto y reconocimiento.

" Pertenece entonces al padre y á la madre; exige el consentimiento de ambos para el matrimonio del hijo de familia; y les confiere atribuciones para recompensar la piedad filial y castigar la ingratitud.

" Hé aquí la patria potestad.

" Hé aquí sus límites según la naturaleza y la razón.

" *Es un derecho fundado en la naturaleza, y sancionado por la ley, que confiere á los padres, durante un tiempo limitado y según ciertos requisitos, la vigilancia de la persona, la administración y el goce de los bienes de los hijos* " (Réal. Locré. VII. 54. 4 — 58. 6. 7).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

león, y concede á los padres derechos que, templados por la ley, son suficientes para hacer efectiva la autoridad paterna, sin que se convierta ella (salvo el art. 235) en estúpido despotismo.

Como debemos fijarnos siempre más en la ley misma que en lo que debiera disponer si fuese perfecta, reconocemos que el sistema del Código chileno, en cuanto á la patria potestad, consiste exclusivamente en el usufructo y administración de los bienes del hijo, y en constituir al padre su representante legal.

187. II. Los derechos provenientes de la patria potestad no corresponden á la madre.

Esta es la parte viciosísima del Proyecto de Dn. Andrés Bello aceptado por la Comisión revisora (62).

El negar á la madre la patria potestad sobre sus hijos legítimos, es uno de los rezagos de las añejas preocupaciones, que la justicia y la civilización van extirpando.

No podemos desconocer que en cuanto á la administración de los bienes, la mujer tiene menos aptitudes que el varón; pero cuando se trata de los pertenecientes á los hijos, no debe compararse sino entre la madre y un administrador extraño; y entonces el interés de aquélla suple la falta de aptitudes.

Por otra parte, hay la más absoluta discordancia entre las disposiciones legales concernientes á los derechos de la madre legítima; pues, según ya lo hemos visto, se conceden á la madre derechos importantísimos como el de

---

(62) " Después de la disolución del matrimonio se conceden unos mismos derechos al padre ó á la madre sobreviviente..... Decidiendo el artículo que la madre goza, en esas circunstancias, de los derechos que se conceden al padre, el legislador establece un derecho igual, é idéntica indemnización, pues la naturaleza habia establecido igualdad de cuidados y afecciones; repara, por esa equitativa disposición, la injusticia de muchos siglos, y hace, por decirlo así, entrar por la primera vez la madre á la familia, y la restablece en los derechos imprescriptibles concedidos por la naturaleza, derechos sagrados que las antiguas legislaciones desprecian y que debian estar escritos con caracteres indelebles en el corazón de todos los hijos bien nacidos " (Réal. Locré. VII. 63. 15).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

castigar á los hijos severamente, el de dirigir la educación de los mismos; todo lo cual influye en la suerte futura del hijo más que la administración y usufructo de sus bienes.

¿Por qué se concede á la madre el derecho de dirigir á su arbitrio la educación del hijo, con exclusión de cualesquiera otras personas? Porque se confía, y con razón, en que la madre procurará educarlos de manera que corresponda ello á su posición social, y contribuya á su futura felicidad. ¿Y por qué no se le confía la administración de los bienes? ¿Por qué no será la madre el representante legal de los hijos? Si otro hubiese redactado el Proyecto, Dn. Andrés Bello hubiera respondido: " El redactor obedeció á la *venerable rutina* ".

En sumo grado inicuo imponer á la madre durísimos deberes para con los hijos, obligarla á que los críe y alimente, á que los eduque y establezca; y en remuneración de todos estos servicios, que ella presta con el mayor esmero y afán, privarla de todos los derechos concernientes á los bienes.

Muy justa y aun necesaria es, por tanto, la reforma del Código ecuatoriano, según la cual la patria potestad se transfiere á la madre cuando el padre fallece ó cuando por cualquier otra causa no la ejerza.

En todo cuanto atañe á la patria potestad y á la tutela, el Código ecuatoriano adolece de contradicciones y otros defectos, porque sus reformadores no supieron deducir las consecuencias de tan importante reforma. Pero ella era exigida por la civilización, que cada día ennoblece más y más á la mujer.

188. III. Los hijos de cualquiera edad, no emancipados, se llaman hijos de familia, y el padre, con relación á ellos, padre de familia.

Las denominaciones padre de familia, hijo de familia, son tomadas del Derecho romano; el cual constituyó una familia artificial, cuyo único jefe era el padre, y todos sus descendientes legítimos se llamaban *hijos de familia* sujetos á su potestad.

Aun después de olvidadas las leyes romanas en cuanto á la constitución de la familia, el Derecho ha conservado las expresiones *padre de familia* é *hijo de familia*:

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

designa la primera el padre que ejerce la patria potestad, y la segunda, el hijo no emancipado, en todas las relaciones con el padre.

Tenemos aquí palabras técnicas; las cuales, conforme al artículo 19, deben emplearse siempre en un significado legal; de manera que los menores son, ya hijos de familia, ya pupilos, ya, aunque incapaces, ni hijos de familia ni pupilos.

Art. 241. La lejitimacion pone fin a la guarda en que se hallare el lejitimado, y da al padre lejitimante la patria potestad sobre el menor de veinte i cinco años no habilitado de edad (*).

REFERENCIAS.

Legitimación. 202. 214. 30. 35.
Guarda. 338.
Padres legitimantes. 202. 208.
Patria potestad. 240.
Menor de veinticinco años. 26. 1447. 266.
No habilitado de edad. 297.

CONCORDANCIAS.

C. E. 235. La legitimación pone fin á la guarda en que se hallare el legitimado, y da á los padres legitimantes la patria potestad sobre el menor de veintiún años.

C. Arg. 323. Los derechos y obligaciones que produce la legitimacion principian desde el día en que el subsiguiente matrimonio fue celebrado; no remonta al día de la concepción ni al día del nacimiento de los hijos legitimados, sea para influír en los derechos ya adquiridos de sucesion hereditaria, ó para aprovechar al padre en el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus hijos.

COMENTARIO

189. 1. La legitimación pone fin á la guarda en que se hallare el hijo legitimado.

(*) Zachariae. (A. R.) VI. § 546. 549.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Esta regla es consecuencia necesaria del principio segun el cual los hijos legítimos, mientras no se emancipen, no pueden vivir bajo tutela ni curaduría; y por lo mismo tan luego como el hijo es legitimado, por el ministerio de la ley cesa la guarda.

190. II. La legitimación da al padre legitimante la patria potestad sobre el menor de veinticinco años no habilitado de edad.

También la segunda regla es consecuencia del mismo principio. El matrimonio surte necesariamente el efecto de conferir á los padres el derecho de patria potestad; y como la legitimación se retrotrae á la fecha del matrimonio, muy natural que desde entonces queden los hijos bajo la potestad del padre.

Esta disposición acarrea dificultades cuando por no haberse notificado al hijo el instrumento de legitimación, el instrumento de aceptación se extiende largo tiempo después del matrimonio.

¿Desde cuándo tendrá entonces el padre la patria potestad sobre el hijo? Es evidente que la legitimación se retrotrae á la fecha del matrimonio; que desde entonces el hijo es legítimo y el padre tiene sobre él los derechos de patria potesdad.

Luego, desde entonces ejerce el padre el usufructo de los bienes del hijo; mas, en cuanto á la administración, no puede haber efecto retroactivo, porque son válidos todos los actos ó contratos ejecutados ó celebrados legalmente por el hijo ó por el guardador.

Art. 242. La patria potestad no se estiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razon de su empleo o cargo. Los empleados públicos menores de edad son considerados como mayores en lo concerniente a sus empleos.

REFERENCIAS.

Patria potestad. 240.
Mayores. 26.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 261.
C. E. 236.
C. Arg. 283. Se presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algun empleo público, ó alguna profesion ó industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público ó á su profesion ó industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes, cuya administracion y usufructo, ó solo el usufructo, no tuviese el padre.
C. C. 290.

COMENTARIO.

191. I. La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo ó cargo público en los actos que ejecute en razón de su empleo ó cargo.

Los derechos políticos se rigen por leyes muy diversas de las que determinan los derechos civiles.

Fijando una regla general y absoluta, la ley civil declara que están sujetos á la patria potestad todos los hijos legítimos que no han cumplido veinticinco años. Mas el servicio público puede exigir que se confiera empleo á un hijo menor, y entonces hay oposición entre la patria potestad y el Derecho político, y debe prevalecer éste como más importante.

El individuo menor de edad que ejerce un cargo público no está sujeto sino á un superior á quien la ley le subordina, ó á la ley misma que especifica sus derechos y deberes.

Luego, la voluntad del padre no puede ejercer influencia alguna en todo cuanto atañe al cargo público que el hijo ejerce.

192. II. Los empleados públicos menores de edad son considerados mayores en lo concerniente á sus empleos.

No nos parece exacta la regla. Ya hemos dicho que el legislador no debe apelar á las ficciones. La ley habilita al menor, como tal, para ser funcionario público; ¿y por qué se le considera entonces como mayor? La regla es del todo conforme á la verdad cuando se enuncia diciéndose

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que los actos ejecutados por los empleados públicos menores de edad, surten los mismos efectos que si dichos empleados fuesen mayores.

Por lo demás, la regla no presenta ninguna dificultad, y es consecuencia del principio que en la primera examinamos. Si un individuo menor es idóneo para ejercer un cargo, sus actos deben surtir los efectos previstos por la ley, y sería anómala y absurda la distinción entre los actos ejecutados por un empleado público menor y por otro que fuese mayor de edad.

Art. 243. El padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, esceptuados los siguientes:

1°. Los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, de toda profesion liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico;

2°. Los bienes adquiridos por el hijo a título de donacion, herencia o legado, cuando el donante o testador ha dispuesto espresamente que tenga el usufructo de estos bienes el hijo, i no el padre;

3°. Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado.

Los bienes comprendidos bajo el número 1° forman el peculio *profesional* o *industrial* del hijo; aquellos en que el hijo tiene la propiedad i el padre el derecho de usufructo, forman el peculio *adventicio ordinario;* los comprendidos bajo los números 2 i 3, el peculio *adventicio estraordinario.*

Se llama *usufructo legal* del padre de familia el que le concede la lei (*).

(*) Savigny. I. § 52-II. 56.—VIII. § 380. 396.—Locré. VII. 14. art. 7. 8.-17. 5.-48. 6.-54. 3.-63. 14. 15.-75. 9.-85. 7.-151. 8.—Merlin. Puissance paternelle. Sec. IV. n° I-IX.—Dalloz. Lois. 237. 238.—Puissance paternelle. 86. 88.-122. 127-130. 161.—Toullier. II. 1059.-1062. 1066. 1067. 1069.—Laurent. IV. 322-329. 332-341. IX-30.—Zachariae. (M. V.) I. § 189.—Zachariae. (A. R.) VI. § 550 *bis*. 1°-3°.—Demolombe. VI. 256. 257. 459-461. 478-482. 486-XIII.—293 *bis*.—Pothier. D. I. VI. art. IV. XX.—Vazeille. II. 396. 434. 444-462.—Demante. II. 129-129 *bis*. IX.—133-133 *bis*.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Usufructo. 764.
Bienes. 565.
Hijos de familia. 240.
Donación. 1386.
Herencia ó legado. 954. 1141. 1142.
Todo el número 2°. 248.
Incapacidad. 95. 96. 266. 953. 962. 961.
Indignidad. 968-972.
Desheredado. 1208.
Todo el número 3°. 986. 987.
Usufructo legal. 766. 810.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 262.
C. E. 237.

C. de N. 384. Le père durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.

385. Les charges de cette jouissance seront,

1°. Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers;

2°. La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune;

3°. Le paiement des arré-

384. El padre durante el matrimonio, y, disuelto, el padre ó madre sobreviviente, tendrá el goce de los bienes de sus hijos, hasta que cumplan éstos diez y ocho años, ó hasta la emancipación; la cual podrá verificarse antes de los diez y ocho años.

385. Son cargas de este goce :

1°. Aquellas á que están obligados los usufructuarios;

2°. El mantenimiento, crianza y educación de los hijos, según sus bienes de fortuna;

3°. El pago de los réditos

III.—Duranton. III. 561-363. 365-367: 369-379. 397. 403 *bis*.—Duvergier. Vente. I. 213.—Gutiérrez. (B.) I. p. 677-685.—Ortolan. (I.) II. 93. 610-614.—Maynz. III. § 325-326. 330. 331.—Gibbon. III. XLIV.—Calvo. II. § 828.—Fiore. II. 617-619.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

rages ou intérêts des capitaux;

4°. Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.

387. Elle ne s'étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.

730. Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père : mais celui-ci ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux pères et mères sur les biens de leurs enfants.

é intereses de los capitales;

4°. Los gastos funerales y los de la última enfermedad.

387. No se extiende el goce á los bienes que los hijos adquieran por trabajo ó industria separados, ni á los que se les hubieren donado ó legado con la condición expresa de que el padre ó la madre no lo tengan.

730. Los hijos del indigno que suceden por derecho propio y sin acudir á la representación, no son excluidos por las faltas del padre; pero éste, en ningún caso, puede reclamar en los bienes de la sucesión el usufructo que la ley concede al padre y madre en los bienes de sus hijos.

C. Arg. 287. El padre y la madre tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, con escepcion de los siguientes :

1°. De los bienes que los hijos adquieren por sus servicios civiles, militares ó eclesiásticos;

2°. De los que adquieran por su trabajo ó industria, aunque vivan en casa de sus padres;

3°. De los que adquieran por caso fortuito, como juego, apuesta, etc.;

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

288. El usufructo de dichos bienes esceptuados, corresponde á los hijos.

289. Tienen tambien los hijos la propiedad y usufructo de los bienes adquiridos por herencia, donacion ó legado, cuando el donante ó testador ha dispuesto que el usufructo corresponda al hijo.

290. Es implícita la cláusula de no tener el padre el usufructo de los bienes donados ó dejados á los hijos de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

familia, cuando esos bienes fuesen donados ó dejados con indicacion del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos ó rentas.

291. Las cargas del usufructo legal del padre y de la madre son :

1ª. Las que pesan sobre todo usufructuario, escepto la de afianzar;

2ª. Los gastos de subsistencia y educacion de los hijos, en proporcion á la importancia del usufructo;

3ª. El pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo;

4ª. Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituído por heredero al hijo.

292. Las cargas del usufructo legal son cargas reales. A los padres por hechos ó por deudas no se les puede embargar el goce del usufructo, sinó dejándoles lo que fuese necesario para llenar aquellas.

3301. Los hijos del indigno vienen a la sucesion por derecho propio y sin el auxilio de la representacion, no son escluidos por las faltas de su padre; mas este no puede en ningun caso reclamar, sobre los bienes de esta sucesion, el usufructo que la ley acuerda á los padres sobre los bienes de sus hijos.

3749. Los descendientes del desheredado que sobrevivan al testador, ocupan su lugar, y tienen derecho á la legítima que su ascendiente tendría si no hubiese sido desheredado, sin que este tenga derecho al usufructo y administracion de los bienes que por esta causa hereden sus descendientes.

P. de G. 151. Los bienes que el hijo adquiere con el caudal del padre mientras está bajo la patria potestad, pertenecen á este en propiedad y usufructo, salva la facultad que tiene el padre, en todo caso, de hacer al hijo alguna donacion de estos bienes, ó señalarle alguna parte en sus utilidades.

152. Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo ó industria, estando en poder y compañía del padre, pertenecen al hijo en propiedad, y al padre en usufructo.

153. Los bienes que adquiere el hijo por cualquier título lucrativo, pertenecen á este; pero el padre tienen su usufructo mientras el hijo está en su poder.

154. Pertenecen al hijo en propiedad y usufructo :

1ª. Los bienes donados ó mandados al hijo para el seguimiento de una carrera, ó el ejercicio de alguna profe-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sion ó arte liberal, ó con la condicion de que el padre, ó la madre en su caso, no ganen el usufructo; pero esta condicion no puede imponerse sobre la legítima.

2°. Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo ó industria, no estando en compañía del padre.

3°. Los bienes que los hijos adquieren por ocasion de la milicia, ó con el ejercicio de cargos ó empleos civiles, de profesiones ó artes liberales.

623. Si el escluido de la herencia por indignidad ó incapacidad es hijo ó descendiente del testador, y tiene hijos ó descendientes, tendrán estos derecho á la legítima del escluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios.

Pero el escluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

673. Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto á la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administracion de los bienes que por esta causa hereden.

C. P 287. Son derechos de la patria potestad..... :

6°. Hacer suyos los frutos de los bienes de sus hijos menores, miéntras dure la patria potestad; sin que se extienda este derecho de usufructo ni á lo que adquiera el hijo por su trabajo, profesion ó industria, ejercidos con consentimiento de sus padres, ni á lo que gane por sus servicios civiles, militares ó eclesiásticos.

C. M. 375. Los bienes del hijo, mientras está bajo la patria potestad, se dividen en seis clases :

I. Bienes que proceden de donación del padre :

II. Bienes que proceden de herencia ó legado del padre :

III. Bienes que proceden de donación, herencia ó legado de la madre ó de los abuelos, aun cuando aquella ó alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad :

IV. Bienes que procedan de donación, herencia ó legado de los parientes colaterales ó de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre :

V. Bienes debidos á don de la fortuna :

VI. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.

376. En la primera clase la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre. Éste podrá conceder á aquel la administración, y señalarle en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace esta designación, tendrá el hijo la mitad de los frutos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

377. En la segunda, tercera, cuarta y quinta clase, la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo, son siempre del hijo; la administración y la otra mitad del usufructo del que ejerce la patria potestad. Éste podrá sin embargo ceder al hijo la administración ó la mitad del usufructo que le corresponde ó una y otra.

378. Los bienes de la sexta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

C. de la L. 239. El padre y madre tienen, durante el matrimonio, el goce de los bienes de sus hijos hasta que éstos salgan de la menor edad ó se emancipen.

242. (El 377 del Código de Napoleón).

C. Esp. 160. Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido ó adquiera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre ó á la madre que le tenga en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos á dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.

162. Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes ó rentas donados ó legados para los gastos de su educación é instrucción; pero tendrán su administración el padre ó la madre, si en la donación ó en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

761. Si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima.

El excluído no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

857. Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de heredados forzosos respecto á la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma.

C. A. 51. Los hijos menores que no permanecen en el domicilio paterno, tienen la libre disposición de lo que han ganado por su trabajo ó industria.....

P. IV. XVII. 5. En tres guisas se departen las ganancias que fazen los fijos, mientra estan en poder de sus padres. La primera es, de aquello que ganan los fijos con los bienes de los padres : i tal ganancia como esta llaman en latin, *Profectitium peculium*. Ca quanto quier que ganan desta

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

manera, o por razon de sus padres, todo es de los padres que los tienen en su poder. La segunda es, lo que el fijo de alguno ganase por obra de sus manos, por algund menester, o per otra sabiduria que ouiesse, o por otra guisa; o por alguna donacion que le diesse alguno en su testamento, o por herencia de su madre, o de alguno de los parientes della, o de otra manera; o si fallase tesoro, o alguna otra cosa por aventura. Ca de las ganancias que fiziesse el fijo, por cualquier destas maneras, que non saliessen de los bienes del padre, nin de su abuelo, debe ser la propriedad del fijo, que las gano, e el usufructo, del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el hijo. E esta ganancia llaman en latin *Adventitia*, porque viene de fuera, e non por los bienes del padre. Pero el padre dezimos, que debe defender, e guardar estos bienes adventicios de su fijo, en toda su vida tambien en juyzio, como fuera de juyzio. La tercera manera de bienes, e de ganancia, es la que dizen en latin *Castrense, vel quasi castrense peculium*, assi como se muestra adelante.

6. *Castra* es una palabra de latin, que se entiende en tres maneras. La primera, e la mas comunal es, todo Castillo, e todo logar, que es cercado de muros, o de otra fortaleza. La segunda es hueste, o aluergada, do se ayuntan muchas gentes, que es fortaleza, e porende es llamada en latin *Castra*. La tercera es, Corte del Rey, o de otro Principe, do se allegan muchas gentes, como a Señor que es fortaleza, e amparamiento de justicia. E por esta razon, las ganancias que los omes fazen en algunos destos lugares, tomaron nomes desta palabra, que dize en latin, Castra. E por esso son llamadas *Castrense, vel quasi castrense peculium*. E aun porque tales ganancias como estas fazen los omes con grand trabajo, e con grand peligro, e porque las fazen en tan nobles logares, porende son quitamente de los que las ganaron, e son mas franqueadas que las otras ganancias. Ca los dueños dellas pueden fazer destos bienes atales, lo que quisieren; e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar, padre, nin hermano, nin otro pariente que ayan.

7. *Castrense peculium* llaman en latin a las ganancias que los omes fazen en algunos de los tres lugares que diximos en la ley ante desta; assi como las soldadas que dan los señores a los vassallos, quier sean Caualleros, o otros cualesquier que los siruan de cauallo, e con armas. Otras ganancias y ha, a que llaman en latin *Quasi castrense*; que quier tanto dezir en romance, como ganancias

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que son semejantes destas otras, e son assi como lo que dan a los Maestros, de qual sciencia quier que sean, de la Camara del Rey, o de otro lugar público en razon de soldada, o de salario. E otrosí lo que dan ende a los Juezes, e a los Escriuanos del Rey, por razon de su officio; e lo que dan a otros cualesquier desta manera. Esso mesmo dezimos, que es quasi castrense todo donadio de heredad, o de otra cosa cualquier, que da el Rey, o otro Señor cualquier destos sobredichos. Ca tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las fizieron, assi como de suso diximos.

I. II. IX. I. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis), hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum est, alii vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerint, applicare. Quod nobis inhumanum visum est; et generali constitutione emissa et liberis pepercimus et patribus honorem debitum servavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc, secundum antiquam observationem, totum parenti adquiratur. ¿Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias adquisivit, huius usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud

1. En otro tiempo pertenecía al padre de familia, bajo cuya potestad estaban los hijos de uno ú otro sexo, todo cuanto éstos adquirían, exceptuándose el *peculio castrense;* de suerte que lo adquirido por uno de sus hijos, el padre de familia podía donarlo, venderlo, transferirlo de otro modo á cualquiera de sus hijos ó á un extraño. Esto nos ha parecido inhumano, y por una constitución general hemos sancionado que todo cuanto adquiriesen los hijos por medio de las cosas del padre, este último lo adquiría conforme al antiguo derecho. ¿Qué injusticia puede haber, en efecto, en que todo lo proveniente del padre vuelva al padre? Pero en cuanto á las adquisiciones que el hijo de familia haga por otra causa, el padre no obtendrá sino el usufructo, y el hijo la propiedad, para que éste no tenga el dolor de ver pasar á otro el producto de sus labores.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

eum remaneat; ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accessit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

D. XLIX. XVII. 10. Ex nota Marcelli constat, nec patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi.

11. Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filius familias in militia acquisiit, quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset; nam quod erat et sine militia acquisiturus, id peculium eius castrense non est.

12. Pater, qui dat in adoptionem filium militem, peculium ei auferre non potest, quod semel iure militae filius tenuit; qua ratione nec emancipando filium; peculium ei aufert, quod nec in familia retento potest auferre.

10. Por las notas de Marcelo consta, que á los padres no se les debe cosa alguna de los bienes castrenses de los hijos.

11. Peculio castrense se dice lo que se donó al que militaba por los padres ó parientes; ó lo que el mismo hijo de familias adquirió por el servicio militar, que no hubiera adquirido si no militase; pues lo que no adquirió por el servicio militar, esto no es peculio castrense suyo.

12. El padre que da en adopción á su hijo soldado, no le puede quitar lo que adquirió por razón de la milicia; por lo cual tampoco le puede quitar este peculio, aunque le emancipe, pues tampoco se le puede quitar aunque lo retenga en su familia.

COMENTARIO.

193. I. El padre goza del usufructo de los bienes del hijo de familia.

El usufructo es un derecho real, que supone dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario.

Según el artículo 810 el usufructo legal del padre de familia está sujeto á las reglas especiales del *título de la patria potestad*. No lo está, pues, á las reglas generales puntualizadas en el Título IX del libro II.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La patria potestad, como concerniente al estado de las personas y á la organización de la familia, es de derecho público; por lo cual el ejercicio de los derechos que ella confiere no se modifica ó restringe sino por la ley.

Luego, el usufructo del padre de familia, á diferencia del que proviene de testamento ó contrato, no puede enajenarse ni hipotecarse; porque es inherente á las obligaciones que el padre de familia debe cumplir. De ahí que según el artículo 2466 tal usufructo no es embargable.

El Código de Napoleón no encierra disposiciones análogas á las de los artículos 810 y 2466 que acabamos de citar; por lo cual sus intérpretes están discordes sobre la naturaleza misma del usufructo constituido en beneficio del padre de familia y sobre si el propio usufructo es susceptible de venderse ó cederse (63).

---

(63) " Según el art. 593 el usufructuario mismo puede ejercer el derecho....., ó venderlo ó cederlo á título gratuito.

" Y por consecuencia, el usufructo puede ser hipotecado y embargado.

" Evidentes son estos principios en cuanto al usufructo común, pues las leyes mismas los declaran.

" ¿Pero son aplicables al usufructo del padre de familia?

" ¿Pudiera el padre vender ó hipotecar el usufructo legal, el derecho mismo de usufructo en uno ó más inmuebles del hijo?

" ¿Pudieran los acreedores del padre embargarlos y hacerlos vender?

" Proudhon sostiene la opinión afirmativa, asimilando, aun en este aspecto, el usufructo de un padre de familia á un usufructo verdadero; y lo mismo opina Duvergier.

" Voy á exponer por qué la doctrina contraria me parece infinitamente más jurídica y preferible:

" 1°. La patria potestad no es susceptible de cederse ni de legarse de parte de los padres.

" El usufructo del padre es inherente á la patria potestad, su dependencia y accesorio; no puede cederse ni voluntaria ni forzosamente.

" 2°. El padre es, además de usufructuario, administrador de los bienes de los hijos.

" El padre ", dice el art. 589, " es, durante el matrimonio, administrador de los bienes personales de sus hijos menores."

" Es responsable, en cuanto á la propiedad y los frutos, de los bienes cuyo goce no le pertenece; y en cuanto á la propiedad solamente, de los bienes cuyo usufructo le concede la ley.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

En cuanto al Código chileno, podemos aseverar que si bien el usufructo del padre de familia es un derecho real,

---

" Así, la disposición principal de este artículo, que constituye al padre en administrador, comprende todos los bienes del hijo, tanto aquellos cuyo usufructo le pertenece como aquellos cuyo usufructo no le pertenece. La diferencia que, al fin del artículo, se hace entre unos y otros, no se aplica sino á la responsabilidad de los frutos.

" Disuelto el matrimonio, por lo regular al cónyuge sobreviviente le corresponde, como tutor, esta administración, y sólo excepcionalmente se separa el usufructo paterno de la administración cuando el usufructuario no es tutor.

" Ahora bien, el padre ó la madre no podría cumplir bien y eficazmente sus deberes de administrador, si el usufructo legal se trasmitiese á un tercero. El tercero á quien perteneciera el usufructo, podría oponerse á las modificaciones, á las mejoras que el padre hubiera hecho si su administración hubiese permanecido libre.

" La administración de los bienes del hijo no es, en verdad, un atributo esencial de la patria potestad, en cuanto no es imposible que la ejerza otra persona. Pero de ahí no se deduce que pueda el padre, por su voluntad, desprenderse de ella, ni menos trasmitirla á quien estime conveniente, por una enajenación del usufructo que lo desnaturalizaría ó más bien destruyera, y no habría después una administración legal, es decir una administración establecida para que se proceda á nombre y conforme á los intereses del hijo.

" 3°. Las cargas á que el usufructo del padre de familia está sujeto son de tal naturaleza, que obstan á toda enajenación voluntaria ó forzada del usufructo.

" La subsistencia y educación de los hijos son, en efecto, una de las cargas más notables y esenciales.

" Y precisamente el monto de los gastos necesarios para proveer á ellas no es fijo, determinado ni absoluto. Al contrario nada más incierto, variable, relativo que el saber cómo conviene educar á tal ó cual hijo.

" Depende ello no sólo de sus rentas, su posición social, edad, salud, sino también de su inteligencia y disposiciones.

" El padre (ó la madre) es quien debe apreciar todas estas circunstancias y de ellas debe ser el juez soberano.

" Ahora pues, perdería esta libertad si el usufructo no le perteneciera.

" Debemos aceptar una de las dos siguientes hipótesis:

" O bien el tercero á quien pertenezca el usufructo debe obedecer todas las resoluciones del padre sobre este punto; y en-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

se halla tan limitado que á penas si tiene los caracteres del dominio (*), y que sólo hay anología entre el propio usu-

---

tonces quedaria al arbitrio del padre privarle de todos los frutos;

" O bien el tercero se opondria á todos los gastos que el padre hiciese para la subsistencia y educacion de los hijos; y entonces el padre tendria las manos atadas en el ejercicio de su derecho, ó más bien de su deber de educación; no seria para emplear las rentas, y emplearlas aun en su totalidad, como seria algunas veces conveniente hacerlo, para desenvolver, por una educación apropiada, las felices dotes del hijo, ó bien para salvar, mediante grandes sacrificios, su existencia amenazada por graves enfermedades.

4°. Veamos además, en otro aspecto, cuán poco susceptible de enajenarse es el usufructo del padre de familia.

" Evidentísimo que tendria muy poca estabilidad en manos del adquirente.

" En primer lugar, por su naturaleza misma, hay dos probabilidades de extinción, porque es un usufructo que se extingue no sólo por la muerte del usufructuario, sino también por la muerte del propietario.

" ¿No tiene siempre el padre el derecho de emancipar al hijo? Ese derecho no puede perderlo, y, por lo mismo, el adquirente del usufructo estaria siempre á su discreción.

5°. En fin, la teoría que propongo me parece consecuencia del carácter mismo del goce que la ley concede á los padres sobre los bienes de los hijos.

" Este goce, en efecto, no constituye verdadero usufructo en la acepción exacta y rigorosa de esta palabra.

" O á lo menos no es sino un usufructo *sui generis*, y en extremo especial, que en muchos aspectos pudiera compararse al usufructo que las capitulaciones matrimoniales conceden al marido en los bienes de la mujer.

" Es verdad que el Derecho romano confería al padre de familia en el peculio adventicio un verdadero usufructo que no se extinguia sino por la muerte del padre.

" Pero nuestros legisladores no han aceptado este principio, no han querido desmembrar, fraccionar el dominio mismo del hijo y gravarlo con un derecho de usufructo en toda la extensión jurídica de esta palabra.....

" La ley ha dicho al padre :

" Administrad los bienes de vuestro hijo; de los frutos se

(*), Recuérdese que según el artículo 583, sobre las cosas incorporales hay una especie de dominio. " Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo ".

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

fructo y el reglamentado por las disposiciones del lib. II, Tit. IX.

---

sacarán los gratos de subsistencia y educacion del mismo, los de administracion y todas las otras cargas de los frutos, y el sobrante os pertenece.

" Tal es, en mi concepto, la verdadera teoria del Código de Napoleón..... " (Demolombe. VI. 527).

" El goce que la ley da á los padres, ¿es un verdadero usufructo, y les confiere todos los derechos de usufructuarios?

" En los arts. 384 y 387, que tratan de este beneficio concedido á los padres, el legislador lo califica de goce; los arts. 389 y 601 lo denominan usufructo; el art. 385 expresa que las cargas de este goce son las de todos los usufructarios. Añadamos que la definición que da del usufructo el art. 578 se aplica al goce legal : el padre tiene derecho á gozar de los bienes cuyo dominio pertenece al hijo.

" Enséñase, empero, que el goce legal de los padres tiene un carácter peculiar que lo distingue del usufructo común, á saber, que es inherente á la patria potestad, y es uno de sus atributos. Esta diferencia no es sino de origen; y de ahi no se deduce sino que el goce termina con la patria potestad. ¿Puede aseverarse que el goce legal es inalienable como lo es la patria potestad? ¿Será cierto que el usufructo legal no puede venderse ni hipotecarse ni ser embargado por los acreedores? Opinamos que el usufructuario legal puede enajenar su derecho lo mismo que el usufructuario común. Es un derecho real; un derecho inmueble cuando se refiere á los inmuebles; y todo derecho puede cederse, pues no son inalienables sino los derechos que la ley declara tales. La inalienabilidad es una excepción, y una excepción que pugna con el interés general; excepción que no puede haber sino en virtud de la ley. Dícese que el usufructo no puede enajenarse como inherente á la patria potestad. Confúndense los derechos esenciales de la patria potestad con la recompensa que la ley concede al que la ejerce. La patria potestad es esencialmente un deber que la ley impone al padre en beneficio del hijo. ¿ Se dirá que el goce legal es un deber, y un deber establecido en beneficio del hijo? Objétase, además, que el padre no sólo es usufructuario sino administrador. La objeción atañe al hecho mas no al derecho. El padre no puede, en verdad, exonerarse de la obligación de administrar. Luego, si á causa de la cesión del usufructo la administración viene á menos, de ello el padre es quien responde. Insistiéndose se alegan las cargas especiales que gravan el goce del padre. Esta dificultad no es tampoco sino de hecho. Evidente que las cargas subsisten, y que la cesión del usufructo no puede modificarla con perjuicio del hijo; si hay controversia, la decidirán los jueces.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

194. Clarísimas son las razones en que el legislador se funda cuando concede al padre de familia el usufructo en los bienes del hijo.

Concédeselo porque le impone onerosas obligaciones, como la de alimentar, educar y establecer á los hijos.

El hijo de familia goza en común con los padres de todos los bienes que éstos poseen; confúndense los frutos de los bienes propios de aquéllos con los provenientes de los bienes del hijo, y aun sería indecoroso para el padre de familia llevar cuenta documentada de los frutos para rendírsela cuando la emancipación.

Cuando el hijo carece de lo necesario, los padres le alimentan y educan sin remuneración; y muy natural que en el caso contrario los hijos provean con los frutos de sus bienes á la subsistencia de los padres.

195. Hemos visto ya que la ley sujeta á reglas especialísimas el usufructo legal constituido en beneficio del padre de familia; y como en el *título de la patria potestad* no se determinan los derechos ni las obligaciones del usufructuario, hay acerca de esto un notabilísimo vacío, que debe llenar el juez mediante las reglas de interpretación.

Según el artículo 24, cuando no son aplicables las reglas puntualizadas en los arts. 19 á 23 inclusive, los pasajes que en la ley fueren obscuros ó contradictorios, se interpretan del modo más conforme al espíritu general de la legislación.

"El usufructo legal permanece en el comercio, pues la ley no lo ha puesto fuera de él. Luego, puede hipotecarse si consiste en inmueble y embargarse en cuanto los acreedores embargan los frutos y rentas que pertenecen al padre. Todos los bienes del deudor son prenda de los acreedores; y como los frutos pertenecen al padre, pueden ser embargados por los acreedores. Pero adviértase que el embargo no puede ejercerse sino en los límites de los derechos del padre; ahora bien, el padre no tiene derecho á los frutos sino con la obligación de soportar las cargas que la ley le impone; sólo el sobrante es prenda de los acreedores. Si se admite que el usufructo legal puede cederse, será preciso convenir en que el derecho mismo puede ser embargado, siempre con la restricción que no hay derecho útil sino deduciéndose las cargas. Luego, si las rentas no son suficientes para los gastos de educación, el embargo será nugatorio" (Laurent. IV. 328).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Entre las reglas de interpretación échase de menos la que encierra el Código ecuatoriano : « A falta de ley, se aplican las que existen sobre casos análogos, y no habiéndolas, acúdese á los principios de justicia universal ». Mas necesario que el legislador previese el caso de falta absoluta de ley que el de ley obscura ó contradictoria.

Tratándose de los derechos y obligaciones que nacen del usufructo del padre de familia, no hay leyes obscuras ó contradictorias; hay falta absoluta de ley; y como á suscitarse litigios entre el padre y el hijo de familia, el juez no dejaría de resolverlos á pretexto de esa falta, debiera determinar los derechos y obligaciones del usufructuario; derechos y obligaciones que, por analogía, no pueden ser sino los determinados en el título del usufructo; salvo las modificaciones especiales deducidas de las reglas sobre la *patria potestad*.

Juzgamos, pues, que en cuanto á los derechos, el padre de familia, como usufructuario, tiene los siguientes:

1° Percibir todos los frutos naturales, inclusos los pendientes al deferirse el usufructo :

2° Gozar de todas las servidumbres activas constituídas á favor de la heredad fructuaria :

3° Gozar de los bosques y arbolados :

4° Aprovechar de las minas y canteras en actual laboreo:

5° Servirse de la cosa mueble fructuaria según su naturaleza y destino :

6° Constituirse en dueño de las cosas fungibles :

7° Exigir lo gastado en obras ó refecciones mayores.

Son obligaciones del padre de familia usufructuario :

1ª Restituír los frutos que estén pendientes cuando termine el usufructo :

2ª Sujetarse á todas las servidumbres pasivas constituídas en la heredad fructuaria :

3ª Reponer los árboles que derribe en los bosques y arbolados, respondiendo de los menoscabos que en éstos hubiere :

4ª Observar las ordenanzas respectivas en cuanto á las minas y canteras :

5° Restituír las cosas muebles en que se hubiere constituido el usufructo, respondiendo de las pérdidas ó deterioros que provengan de su dolo ó culpa :

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

6ª Reponer, con el incremento natural de los ganados ó rebaños, los animales que mueren ó se pierden :

7ª Entregar los despojos que hayan podido salvarse, cuando el ganado ó rebaño hubiere perecido en todo ó en gran parte, á causa de una epidemia ú otro caso fortuito :

8ª Restituir otro tanto de igual especie y calidad de las cosas fungibles, ó el valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo :

9ª Respetar los arriendos de la cosa, contratados legalmente antes de constituirse el usufructo :

10ª Hacer todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo :

11ª Pagar los cánones, pensiones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa y que durante el usufructo se devenguen, así como los impuestos periódicos, fiscales y municipales, que la graven durante el usufructo :

12ª Hacer las obras y refecciones mayores para la conservación de la cosa.

196. En cuanto á la responsabilidad proveniente del usufructo es aplicable el art. 250.

197. III. El artículo 243 distingue tres peculios (64) :

---

(64). "El principio general consiste en que la persona sujeta á la potestad de otra no puede adquirir nada para sí. Esto es lo que nos enseña Gayo en sus instituciones 'Qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest....'

"No se modificaba este rigor del derecho sino por la costumbre, establecida por los padres de familia, de dejar á los hijos la administración y goce de cierta porción de los bienes. Eso era lo que se llamaba peculio.

"En cuanto á los hijos de familia, veamos las transiciones que pasaron, relativamente á los bienes, hasta Justiniano.

"Establecido el imperio, se concedió á los soldados el privilegio de disponer entre vivos ó por testamento de lo que habían adquirido á consecuencia del servicio militar; y esos bienes se denominaban *Castrense peculium*, esto es, bienes adquiridos en el campamento.

"Después, á imitación del *Peculio castrense*, se estableció por otros emperadores que algunos bienes, aun cuando no adquiridos en el servicio militar, pertenecieseu, como los bienes

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

a) El peculio adventicio ordinario :
b) El peculio profesional ó industrial :

---

castrenses, al hijo de familia; y tal peculio se llamó *quasicastrense*.

" Ciertos pasajes de Ulpiano probarían, salvo interpolación, que en tiempo de este jurisconsulto era ya conocido, pero Constantino el Grande fue quien lo reglamentó, y después otros emperadores le dieron mayor amplitud. Constantino erigió en peculio cuasicastrense todo lo que los funcionarios de palacio, enumerados en su constitución, hubiesen ganado durante su empleo, ya por economías, ya por dádivas del emperador. El beneficio de tener un peculio cuasicastrense se extendió sucesivamente á otras personas : Teodosio y Valentiniano, á los abogados, pretorianos y á los funcionarios del pretorio prefectoral; Honorio y Teodosio, á los asesores y á los abogados de las jurisdicciones; León y Antemio, á todos los abogados que defendían á las partes, á los obispos, á los jefes de presbíteros y á los diáconos ortodoxos, y, en fin, según Justiniano, todo cuanto provenía de una liberalidad imperial en beneficio del hijo de familia, formaba el peculio cuasicastrense.

" Respecto de ese peculio los hijos eran considerados padres de familia, así como en cuanto al peculio castrense.

" Constantino estableció una tercera especie de peculio, que los comentadores denominan peculio adventicio (*peculium adventitium*); el cual, según la constitución del emperador, se formaba de todos los bienes en que el hijo sucedía á la madre, por testamento ó abintestato. El padre no tenía en este peculio sino el derecho de usufructo, y la propiedad correspondía al hijo. Arcadio y Honorio la extendieron á todo lo que el hijo de familia adquiría por sucesión, por liberalidad de los abuelos ú otros ascendientes maternos; y Teodosio y Valentiniano, á todo cuanto uno de los cónyuges donaba ó dejaba al otro. Según la constitución de Justiniano, á que se refiere el texto de las instituciones, ese peculio es todavía más extenso; comprende todo lo que los hijos de familia obtienen por cualquier causa, salvo lo que adquieren por medio de los bienes del padre.

" Así, en tiempo de Justiniano, la posición de los hijos de familia, en cuanto á los bienes, es muy distinta de lo que era antes : tienen ellos, en primer lugar, el peculio propiamente dicho, esto es, los bienes cuya administración y goce les deja el padre precariamente; peculio que los comentadores llaman *profecticio*, y que, como proveniente del padre, sólo á éste pertenece. En segundo lugar, tienen en pleno dominio, como verdaderos padres de familia, los peculios *castrense y cuasicastrense*, sobre los cuales el padre no ejerce ningún derecho. En fin, todos los demas provenientes de cualquier otra causa, y comprendidos por

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

c) El peculio adventicio extraordinario.

198. a) Los bienes cuyo dominio pertenece al hijo y el usufructo al padre, forman el peculio adventicio ordinario. Este peculio constituye la regla general; los otros dos son excepciones, determinadas por la ley taxativamente.

---

los comentadores con el nombre de peculio *adventicio*, les pertenecen en propiedad, sin que puedan disponer de ellos entre vivos ó por testamento. El padre no tiene sino el usufructo; y aun había casos en que se le privaba de éste; por ejemplo, si los bienes se legaban al hijo de familia bajo esa condición. El padre no es ya el único propietario en la familia, y el hijo no se confunde ya con el padre; constitúyese su personalidad, y el Derecho de Roma ya no existe " (Ortolán. I. 610-614).

" Alter effectus Patriae potestatis est ut quidquid filius acquirit, non sibi, sed ei in cuius potestate est, acquirat.

" Ab eo iure sub imperatoribus, exceptum est peculium castrense, id est quidquid occasione militiae liberi acquisibissent. Posteà ad instar peculii Castrensis factum est quidquid ex professione liberalium studiorum, quidquid in Ecclesiae militia acquisivissent; quod peculium dictum est *quasi castrense*.

" Aliam peculii speciem introduxit est; voluit enim ut bonorum maternorum, quae filio obvenirent, proprietas penes ipsum esset; usufructu tantum in is bonis patri servato : l. I. Cod. de Bon. matern. Gratianus autem, Valent. et Thedosius ius illud porrexerunt ad bona omnium cognatorum materni generis. l. 6 ced, tit. in Cod. Theod.

" Idem ius posteà ad Lucra nuptiala et sponsalitia porrectum est legib. I. 4 et 5. Cod. de Bon. quae liberis. Denique Iustinianus hoc porretit ad omnia quae liberi aliunde quam ex re patris acquirerent. l. 6. d. tit.

" Hoc peculium dictum est *adventitium;* et valde differt a castrensi; nam praeterquam quod ususfructus in eo est Patri servatus, liberi de eo testari non possunt, sicut possunt de Castrensi.

" Praeterea pater quum emanciparet liberos, tertiam olim huius peculii adventitii partem retinebat; ex Constitutione autem Iustiniani dimidiam solius usufructus retinet.

Diximus patrem usuumfructum habere bonorum adventitiorum. Hoc ita, nisi fuerit donatum quid sub ea lege, ne pater usufructum haberet : quin imo nec administrationem quidem rerum sic donatorum pater habebit, si filius minor sit; sed is administrabit quem donatur designaverit, aut, si neminem designavit, is quaem pretor dederit curatorem.

" Ex is liquet ius antiquum patri servatum esse in is duntaxat quae ab ipso patre ab liberos proficiscuntur; quod peculium profectitium dicitur " (Pothier. D. I. VI. art. IV).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Todos los bienes que no pertenecen al peculio profesional ó al peculio adventicio extraordinario, componen el peculio adventicio ordinario, cuyo usufructo, lo repetimos, se concede al padre de familia por el ministerio de la ley.

199. b). Todos los bienes que el hijo adquiere mediante *un trabajo honrado, forman el peculio profesional ó industrial.*

A esto equivalen las expresiones de la ley : los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de todo oficio mecánico.

Si el hijo adquiere bienes por la suerte, ó por medios ilícitos, ó por cualquier otro que no sea el trabajo, pertenecerán al peculio adventicio ordinario.

Propónese el legislador estimular á los jóvenes para que adquieran bienes mediante su trabajo, y por eso les concede la propiedad, administración y goce del peculio profesional ó industrial.

200. c). Forman el peculio adventicio extraordinario :

1° Los bienes adquiridos por el hijo á título de donación, herencia ó legado cuando el donante ó testador ha dispuesto expresamente que tenga el usufructo de esos bienes el hijo y no el padre; y

2° Las herencias ó legados que hayan pasado al hijo por incapacidad ó indignidad del padre ó por haber sido este desheredado.

1° Muy conforme á los principios es la regla de que el donante ó testador, consultando los intereses del hijo, haga la liberalidad bajo cualesquiera condiciones que no pugnen con la moral ni la ley. Dispónese, por ejemplo, que los frutos se destinen exclusivamente á la educación del hijo y que el capital se le entregue cuando cumpla veinticinco años. ¿Por qué se negaría al donante ó testador esa facultad, que redunda en beneficio del hijo sin perjudicar al padre?

Si la herencia no proviene de mera liberalidad, no puede prohibirse que el padre tenga el usufructo. Así, cuando se deja al hijo la legítima rigorosa, que no es susceptible de condición ni gravamen, no fuera lícito privar del usufructo el padre de familia. Pero, en cuanto á las mejoras, asignaciones que, dentro de ciertos límites, son meramente

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

voluntarias, sí pudiera disponer el testador que los frutos pertenezcan exclusivamente al hijo.

2º Examinemos primero las herencias ó legados que, según dice el artículo, pasan al hijo por incapacidad del padre.

Si las herencias ó legados pasan al hijo por incapacidad del padre, por el ministerio de la ley la propiedad y el usufructo pertenecen al hijo, pues el padre no ejercería entonces la patria potestad.

No hay sino dos casos en que el padre es incapaz:

Cuando el padre viudo hace votos solemnes en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica; y

Cuando el padre es condenado por la infracción de dañado ayuntamiento.

En el primer caso el hijo se emancipa legalmente, y la emancipación, una vez obtenida, es irrevocable aun por causa de ingratitud.

Luego, aunque relajados los votos vuelva el padre á la vida civil, no puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos emancipados.

A condenarse al padre como reo de la infracción de dañado ayuntamiento, las asignaciones que á él se le hacen no pasan al hijo; el cual no le representaría, pues fuera de todo punto imposible que el hijo sea descendiente legítimo de la persona á quien el padre hubiera sucedido á no ser incapaz.

Síguese, pues, que si á causa de la incapacidad del padre el hijo sucede en ciertas herencias ó legados, el padre carecerá del usufructo en virtud de lo ordenado en el *título de la emancipacion*, y que, por ende, la regla que examinamos es de todo punto nugatoria.

Veamos el otro caso, esto es, las herencias ó legados que hayan pasado al hijo por indignidad del padre ó por haber sido éste desheredado.

Para que el hijo de familia pueda representar al padre indigno ó desheredado, es necesario que por las causales puntualizadas en los arts. 968 á 972 inclusive y 1208, se hubiese privado al padre de las asignaciones que le correspondían como á sucesor de sus ascendientes legítimos.

En caso de indignidad, la pérdida es un castigo impuesto al padre, y así la moral como la justicia exigen

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que no aprovoche él en manera alguna de los bienes que perdió por la irregularidad de su conducta.

Nótese que es de todo punto inexacto que puedan pasar al hijo los legados en caso de desheredación del padre.

La desheredación debe constar del respectivo testamento. Si ella no está limitada por la voluntad del testador, no hay legados, y por lo mismo no pasan al hijo. Si lo está, las limitaciones son en beneficio del padre, y tampoco pasarían al hijo los legados que por conmiseración se dejan al padre.

Art. 244. El padre no goza del usufructo legal sino hasta la emancipacion del hijo (*),

REFERENCIAS.

Usufructo legal 243.
Emancipación. 264-267.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 263.
C. E. 238.
C. de N. 384. (Véanse las Concordancias del artículo 243).
C. C. 292.

COMENTARIO.

201. Esta disposición, obra del Derecho moderno, mejora en extremo la suerte del hijo legítimo.

Hemos visto ya que según las leyes romanas, el usufructo del padre duraba tanto como su vida; mas ahora tan luego como se efectúa la emancipación, voluntaria, legal ó judicial, cesa el derecho de usufructo, que por el

---

(*) Savigny. VII. 296.—Locré. VII. 37.19—38.23-41. art. 14-44.6.—Dalloz. Puissance Paternolle 131-133. 147-154.—Laurent IV. 335. 336. 343.—Toullier. I. 1071. 1072.—Demolombe. VI. 553.—Zachariae(M. V.). I. 189.—Zachariae (A. R.). VI. 526 bis. 1°.—Escriche. Emancipación. II. nº 1°.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ministerio de la ley se consolida con la nuda propiedad que al hijo pertenece.

Nada más natural que el usufructo no termine sino con la patria potestad; pues mientras ella dura continuarán las onerosas obligaciones que la ley impone á los padres para con los hijos, y debe continuar también el usufructo, que en cierta manera recompensa las fatigas y afanes del padre.

Los redactores del Código de Napoleón, por una desconfianza muy impropia, no concedieron al padre el usufructo de los bienes de los hijos sino hasta que éstos cumplan diez y ocho años; pues cuando se discutía el proyecto en el Consejo de Estado, se hizo la observación inexacta de que los padres, por retener el usufructo, podían oponerse á la emancipación del hijo, (65).

---

(65). Discútese el artículo 2 (a).

M. Bigot-Préameneu. " Si los padres tienen el usufructo de los bienes de los hijos hasta que éstos sean mayores, sería de temerse que para continuar el goce se denegasen á emancipar ó casar á sus hijos. "

El Cónsul Cambacérès : " Propongo no conceder á los padres el usufructo sino hasta que los hijos hayan cumplido diez y ocho años "

M. Treilhard. " Propongo cese el usufructo cuando los hijos lleguen á la edad en que son capaces para casarse. De esa manera el padre no tendría interés en oponerse al matrimonio ".

M. Réal : " Por una excepción muy favorable declara la ley que los hijos puedan casarse en muy temprana edad; pero el legislador desea que los ciudadanos contraigan matrimonio cuando estén próximos á ser mayores.

" Acéptase el artículo con las reformas del Cónsul " (Locré. VII. 37. 19).

" El usufructo legal se extingue cuando el hijo ha cumplido diez y ocho años, y se ha restringido á esa edad, temiéndose que los padres, para conservarlo, se denieguen á emancipar á los hijos ó á consentir en su matrimonio. Una suposición tan injusta no ha debido influir en el ánimo del legislador " (Zachariae. A. R. § 550 bis. 4°).

" Según el art. 384, el usufructo legal dura hasta que los

(a). Le père, durant le mariage, et la mère survivante, auront jusqu'à la majorité de leurs enfants non émancipés, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El artículo que comentamos, y el 267, que determina los casos de emancipación judicial, resuelven un problema, muy controvertido en el Derecho francés, á saber, si cuando el padre es de mala conducta pierde el usufructo de los bienes del hijo.

Según el Código chileno la emancipación judicial se efectúa si el padre maltrata habitualmente al hijo, si le ha abandonado, si se deprava, y si se le impone la pena de exposición á la vergüenza pública, ó la de reclusión ó presidio durante cuatro años. En esos casos, emancipado el hijo, el padre, lo repetimos, pierde el derecho de usufructo.

Art. 245. El padre de familia no es obligado, en razon de su usufructo legal, a la fianza o caucion que jeneralmente deben dar los usufructuarios para la conservacion i restitucion de la cosa fructuaria (*).

REFERENCIAS.

Padre de familia. 240.
Usufructo legal. 213. 766. 810.
Fianza ó caución. 46. 2335.
Que generalmente deben dar los usufructuarios. 775.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 267. El padre de familia no es obligado a la

---

hijos cumplan diez y ocho años. Esta disposición fue propuesta, cuando se discutió el artículo, por Bigot-Préameneu y formulada por Cambacérès. Siendo el usufructo legal inherente á la patria potestad, debia durar hasta que el hijo fuese mayor. Tal era la disposición del Proyecto del Código civil. Bigot-Préameneu la impugnó, temiendo, dijo, que para conservar el usufructo el padre se denegase á consentir en el matrimonio del hijo..... Quisiéramos borrar de nuestro Código semejante artículo " (Laurent. IV. 335).

(*). Dalloz. Puissance Paternelle. 121.—Zachariae (A. R.). VI. § 550 bis. 1°.—Laurent IV. 308. 330.—Vazeille. II. 131.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

fianza o caucion que jeneralmente deben dar los usufructuarios para la conservacion y restitucion de la cosa fructuaria (a).

C. E. 239. El padre de familia no está obligado, en razón del usufructo legal, á la fianza ó caución que generalmente deben dar los usufructuarios, para la conservación y restitución de la cosa fructuaria.

C. de N. 601. Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution.

601. El usufructuario da fianza de gozar como buen padre de familia, si no se le exonera de ella en al acto constitutivo del usufructo; pero el padre y madre que tengan el usufructo legal de los bienes de sus hijos, el vendedor ó el donante, que se han reservado el usufructo, no están obligados á dar fianza.

C. Arg. 2858. Están dispensados de dar fianza los padres, por el usufructo de los bienes de sus hijos; pero esta dispensa no se aplica al usufructo constituido por convencion o testamento de tercera persona á beneficio de los padres sobre los bienes de los hijos,

C. C. 292.

COMENTARIO.

202 Algún tanto impropia es la redacción del artículo 245 al hablar de fianza ó caución. A suponerse que fianza ó caución sean palabras del todo sinónimas, ello pugna

(a) El padre de familia que, como tal, administra bienes del hijo, no es obligado a hacer inventario solemne de ellos, miéntras no pasare a otras nupcias; pero si no hace inventario solemne, deberá llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que empiece a administrarlos.

Los bienes del padre son tácitamente hipotecados a la recta administracion de los bienes del hijo; i corre esta hipoteca legal desde el nacimiento del hijo. (Art. 268 y 269 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

con la definición de caución y de fianza; y á juzgarse que son diversas, tampoco hubiera exactitud, porque caución comprende así la fianza como la hipoteca y la prenda. Debió, pues, decirse la fianza ú otra caución.

En cuanto á la disposición misma, copiada del Código de Napoleón como lo hemos visto en las Concordancias, se funda en los más obvios principios. No podía la ley manifestar desconfianza en la probidad y diligencia del padre, cuyo cariño por los hijos, uno de los más naturales y profundos sentimientos del corazón humano, le induce á procurar siempre la conservación y adelanto de sus bienes.

Si el padre abusare, y ello es posible, se le priva de la administración; pero no hubiera sido justo principiar por establecer disensiones entre el padre y el hijo sobre la calificación de la fianza.

Por otra parte, no siempre le fuera fácil al padre conseguir la caución, y si para dar al padre la administración de los bienes debiera preceder la fianza, se suscitarían dificultades que perjudicarían aún al mismo hijo.

Art. 246. El hijo de familia se mirará como emancipado, i habilitado de edad, para la administracion i goce de su peculio profesional o industrial. (*) (a).

REFERENCIAS.

Hijo de familia. 240.
Habilitado de edad. 297.
Peculio profesional ó industrial. 243.

CONCORDANCIAS.

C. E. 240. El hijo de familia se mirará como emancipado, para la administración y goce de su peculio profesional ó industrial.

(*). Demolombe VIII. 270-283.—Berriat-Saint-Prix. II. 4982-4988.—Gutiérrez (B) I. p. 691. 692.—Maynz. III. § 331. B.

(a) (Idéntico al art. 265 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. Ag. 283. Se presume que los hijos de familia adultos si ejercieren algun empleo público, ó alguna profesion o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público ó á su profesion ó industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes, cuya administración y usufructo, ó sólo el usufructo, no tuviese el padre.

P. de G. 155. El hijo tendrá tambien la administracion de los bienes comprendidos en los números 2 y 3 del artículo anterior, para cuyo efecto se le considerará como emancipado.

COMENTARIO.

203. " El hijo de familia ", dice la ley, " se mirará como emancipado y habilitado de edad, para la administración y goce de su peculio profesional ó industrial ".

También es viciosa la redacción de este artículo.

Debió ante todo evitarse la ambigüedad proveniente del doble significado de las palabras se mirará, pues no se sabe á primera vista, si el hijo mismo se mira, ó si la ley es quien le mira como emancipado.

Hubiera podido darse otro giro á la redacción, diciéndose, por ejemplo : La ley considera emancipado.....

Tampoco nos parece bien la ficción de que el hijo sea tenido como emancipado y habilitado de edad. Basta decir que el hijo, en cuanto á la administración y goce del peculio profesional ó industrial, ejerce los mismos derechos que si estuviese emancipado y habilitado de edad.

En cuanto á la extensión de la administración, véase el comentario del artículo 159.

Art. 247. El padre administra los bienes del hijo, en que la ley le concede el usufructo.

No tiene esta administracion en las cosas donadas, heredadas o legadas bajo la condicion de que no las administre el padre.

Ni en las herencias o legados que hayan pasado al hijo

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado (*).

REFERENCIAS.

Los bienes cuyo usufructo le concede la ley. 243.
Cosas donadas. 1386.
Heredadas ó legadas. 954. 1141. 1142.
Condición. 1070. 1473.
Todo el inciso segundo. 248.
Incapacidad. 95. 96. 266. Número 1°.
Indignidad. 968-972.
Desheredado. 1208.
Todo el inciso tercero. 984. 986. 987.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 264.

C. E. 241. El padre administra los bienes del hijo, cuyo usufructo le concede la ley.

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.

C. de N. 389. Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.....

389. El padre, durante el matrimonio, es el administrador de los bienes personales de sus hijos menores.....

C. Arg. 293. El padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aun de aquellos bienes de que no tenga el usufructo.

294. El padre no tiene la administración de los bienes donados ó dejados por testamento á los hijos, cuando han

(*) Locré. (V. 315. 2) VII. 14. art. 7.—Dalloz. Puissance paternelle. 76. 81-83. 85.—Toullier. II. 1068. 1088. 1092.—Laurent. IV. 296-300. 302-306. 320.—Demolombe. VI. 409-417. 431. 437. 447. 458-VIII. 270-271.—Zachariae. (M. V.) I. § 189. 207.—Zachariae. A. R.) I. § 123.—Berriat-Saint-Prix. I. 1389.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sido donados ó dejados bajo la condicion de que no los administre.

P. de G. 150. El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores.

C. C. 295.

C. P. 287. Son derechos de la patria potestad..... :

5°. Administrar los bienes de los hijos.

C. M. 374. El que ejerce la patria potestad es el legítimo representante de los que están bajo de ella, y administrador legal de los bienes que les pertenecen, conforme á las prescripciones de este Código.

375. 376. 377. 378. (Véanse las Concordancias del art. 243).

C. de la L. 267. (El 389 del Código de Napoleón).

C. Esp. 159. El padre, ó en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

C. A. 149. Todo cuanto adquieren los hijos les pertenece en propiedad; pero el padre tiene la administración durante la patria potestad.

Si el padre fuere incapaz de ejercer esa administración, ó antes fuere excluido de ella por los que dejaron los bienes á los hijos, el tribunal nombrará otro administrador.

P. IV. XVIII. 5. (Véanse las Concordancias del art. 243).

COMENTARIO.

201. I. El padre administra los bienes del hijo, en que la ley le concede el usufructo.

Según lo hemos visto al comentar el artículo 159, la administración atañe á la conservación y mejora de los bienes, y el administrador está obligado á todo cuanto á ello conduzca.

Las facultades administrativas del padre de familia son mucho más extensas que las de los tutores y curadores, y aun á las veces se extienden á los actos concernientes al dominio mismo de los bienes, pues que el padre de familia tiene amplísima libertad para enajenar los bienes muebles del hijo.

Si el usufructo es un derecho que indemniza al padre de los cuantiosos gastos en criar, educar y establecer al

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

hijo; la administración de los bienes es una de las obligaciones inherentes á la patria potestad.

La obligación impuesta al padre, en cuanto á la administración de los bienes del hijo, manifiesta que no se procedió con toda exactitud al definir la patria potestad: "El conjunto de los derechos que la ley concede á los padres sobre sus hijos legítimos no emancipados". La ley no sólo concede derechos al padre, sino que le impone onerosísimas obligaciones, y una de ellas consiste en administrar los bienes del hijo constituyéndose responsable de todos los actos que por negligencia perjudiquen al hijo.

205. II. El padre no administra los bienes del hijo, provenientes de donación, herencia ó legado, cuando el donante ó testador ordena que el padre no los administre.

Esta importantísima regla repara una de las omisiones en que incurrieron los redactores del Código de Napoleón; pues si bien ese Código expresa que el donante ó testador puede privar al padre del usufructo de los bienes que dona ó deja al hijo, guarda silencio en cuanto al derecho de privarle de la administración; y de ahí deducen los comentadores más notables, como Merlin, Dalloz, y Laurent, que no sería válida la condición de no administrarlos.

Fundada es la opinión de estos escritores, porque siendo de derecho público la patria potestad, no tiene más restricciones que las puntualizadas por la ley; pero los principios exigían que se estableciese esa restricción, pues si los bienes provienen de mera liberalidad en beneficio del hijo, no hay razón alguna para que el donante ó testador no prohiba al padre la administración.

206. III. Tampoco tiene el padre la administración de las cosas donadas, heredadas ó legadas, que hayan pasado al hijo por incapacidad ó indignidad del padre ó por haber sido éste desheredado.

Referímonos en todas sus partes al comentario de la regla análoga que, en cuanto al usufructo, encierra el artículo 243.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 248. La condicion de no administrar el padre, impuesta por el donante o testador, no se entiende que le priva del usufructo, ni le que le priva del usufructo se entiende que le quita la administracion, a ménos de espresarse lo uno i lo otro por el donante o testador (*).

REFERENCIAS.

Condición. 1070. 1473.
Administrar. 247.
Usufructo. 213.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 265.
C. E. 242.
C. Arg. 295. La condicion que prive al padre de administrar los bienes donados ó dejados á los hijos, no le priva del derecho al usufructo.
C. C. 296.

COMENTARIO.

207. I. 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.

Hemos visto ya que la administración y el usufructo de los bienes del hijo, exceptuándose solamente el peculio profesional y el peculio adventicio extraordinario, son inherentes á la patria potestad, y para privarle al padre de lo uno ó lo otro, es menester que el donante haya expresado claramente su voluntad.

La administración y el usufructo son cosas del todo distintas sujetas á reglas diversas.

Cuando el donante ó testador prohibe la administración, juzga que no siendo idóneo el padre para dirigir los negocios del hijo, la conservación y adelanto de los bienes exige que de ellos cuide otra persona.

Mas, cuando el donante ó testador priva del usufructo al padre de familia, propónese que los frutos se destinen á la educación y establecimiento del hijo, ó que, á ser cuantiosos, se agreguen á su patrimonio.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Luego, en nada atañe la prohibición de administrar á la conducente al usufructo y viceversa.

208. II. Para privar al padre así de la administración como del usufructo es necesario que lo haya expresado terminantemente el donante ó testador.

Estas disposiciones son odiosas, y no pueden desprenderse de conjeturas y meras presunciones; es menester que se expresen con toda claridad; pero como la ley no prescribe fórmulas sacramentales, deben interpretarse los términos en que se hubiere expresado el donante ó testador, para deducir de ellos si prohibe la administración ó el usufructo ó ambas cosas.

Art. 249. El padre de familia que, como tal, administra bienes del hijo, no es obligado a hacer inventario solemne de ellos, miéntras no pasare a otras nupcias; pero si no hace inventario solemne, deberá llevar una descripcion circunstanciada de dichos bienes desde que empiece a administrarlos (*).

REFERENCIAS.

Padre de familia. 240.
Administrar. 247.
Inventario solemne de ellos. 381-386.
A otras nupcias. 124.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 265.

C. E. 243. El padre de familia que, como tal, administra bienes del hijo, no está obligado á hacer inventario solemne de ellos mientras no pasare a otras nupcias; pero si no hace inventario solemne, deberá llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes, desde que empiece á administrarlos.

C. Arg. 296. En los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre ó de la madre, el sobreviviente debe

---

(*) Dalloz. Puissance paternelle. 118. 119. 143-145.—Toullier. II. 1063. 1090.—Laurent. IV. 307.—Zachariae. (M. V.) I. § 189. —Zachariae (A. R.) I. § 123.—Demolombe. VI. 435.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio, y determinarse en él los bienes que correspondan á los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores.

P. de G. 156. El padre tiene, relativamente á los bienes del hijo en que la ley le concede el usufructo, las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar.

Respecto de aquellos en que no se le concede el usufructo, y sí la administración, es responsable de la propiedad y de las rentas, y deberá cumplir lo dispuesto en el número 1 del artículo 449.

En los dos casos de este artículo tiene ademas el padre la obligacion determinada en el artículo 1842.

C. C. 297.

C. Esp. 163. Los padres tienen, relativamente á los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo ó administración, las obligaciones de todo usufructuario ó administrador, y las especiales establecidas en la sección tercera del tít. 3º de la Ley Hipotecaria.

Se formará inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, á propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo.

COMENTARIO.

209. I. El padre de familia que como tal administra bienes del hijo no está obligado á formar inventario solemne.

Esta regla es consecuencia de la confianza ilimitada que el padre de familia inspira al legislador.

El inventario solemne manifiesta que se toman precauciones minuciosas para asegurar los bienes; y ellas no serían compatibles con las relaciones entre los padres y los hijos legítimos.

210. II. Sí debe formarse inventario solemne cuando el padre pasa á otras nupcias.

Entonces los bienes del hijo pueden confundirse con los de otra familia, y nada más natural que proceder de antemano á separarlos para evitar los perjuicios del hijo.

En cuanto al inventario mismo, á sus formalidades y á

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

la sanción establecida por la ley, nos referimos al comentario de los artículos 124, 125, 126 y 127.

211. III. Si el padre no hace inventario solemne deberá llevar una descripción circunstanciada de los bienes del hijo desde que empiece á administrarlos.

No nos parece suficiente la descripción circunstanciada; pues debiera exigirse un instrumento privado que sea prueba plena de los bienes que al hijo pertenecen.

La ley prevé, y con razón, que el padre puede incurrir en gravísimas faltas al administrar los bienes del hijo, y que ellas pueden acarrearle responsabilidad y aún la pérdida de la administración y usufructo. En caso de expedirse sentencia condenándose al padre á entregar los bienes del hijo á un curador especial, sería insuperable la dificultad en cuanto á los bienes que al hijo le pertenecen.

Si bien el legislador no debe tomar precauciones que lastimen la honra del padre, ni menos que acarreen disensiones entre el padre y el hijo, sí debe proceder, como decía Real, sobre el supuesto de que no todos los padres son buenos y virtuosos.

Un inventario suscrito por el padre y tres personas caracterizadas, hubiera obviado todas las dificultades.

212. Si el padre lleva la descripción circunstanciada ¿qué efectos surtiría ella como prueba?

Contra el padre haría plena fe para justificar los bienes que al hijo pertenecen; pero si éste acepta la descripción, no podría rechazarla en cuanto le fuere desfavorable.

La descripción no es en realidad un instrumento privado exigido por la ley para constancia de hechos jurídicos; es un mero apuntamiento, cuyos efectos, como prueba, deben determinarse, no por el artículo 1702, sino por el 1704.

La esencia de los instrumentos privados propiamente dichos consiste en que sean suscritos por todas las personas que ejecutan ó celebran el respectivo acto ó contrato; al paso que la descripción circunstanciada se reduce á meros apuntamientos que lleva el padre, y que no privan al hijo de ningún derecho sobre los bienes.

La descripción circunstanciada se exige en beneficio del hijo, para que le suministre datos sobre los bienes que el padre ha administrado; y si tal descripción fuese prueba

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

contra el hijo, quedaría éste, en cuanto á sus bienes, á merced del padre; lo cual fuera incompatible con la justicia.

Evidentísimo, pues, que ya se lleve la descripción circunstanciada, ya omita el padre el llevarla, el hijo tendría perfecto derecho para rendir toda especie de pruebas legales sobre los bienes que, perteneciéndole, han entrado en poder del padre: instrumentos públicos de donación ó de venta, testamentos, inventarios solemnes, actas de partición, instrumentos privados, testigos, confesión del padre.

La prueba testimonial sería admisible sea cual fuere el valor de los bienes del hijo; porque á éste caso no serían aplicables los artículos 1708 y 1709.

Luego, la falta de la descripción circunstanciada no surtiría, contra el padre, sino el efecto de manifestar que ha procedido con suma negligencia en la administración de los bienes pertenecientes al hijo.

La disposición tiene, pues, entre otros defectos, el de hacer admisible la prueba testimonial, originando litigios que se hubieran evitado por medio del respectivo inventario.

La disposición, además, es contraria al sistema del Código chileno, que destierra la prueba testimonial aun tratándose de actos y convenciones insignificantes. Admitirla respecto de bienes que, pertenecientes al hijo, pueden valer ciento ó doscientos mil pesos, es un absurdo que á penas puede concebirse.

Art. 250. 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 estiende a la propiedad i a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administracion, pero no el usufructo; i se limita a la propiedad en los bienes de que es administrador i usufructuario (*).

(*) Locré. VII. 215. 2.—Dalloz. Puissance paternelle. 81-83.—Toullier. II. 1089. 1092.—Laurent. IV. 303. 306, 317-319.—De-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Administración. 247.
Culpa leve. 44.
Propiedad. 582.
Frutos. 643. 644. 647.
Bienes del hijo en que tiene la administración pero no el usufructo. 237. número 2º.
Bienes de que es administrador y usufructuario. 243. inciso 1º.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 282. Miéntras el hijo no ha sido emancipado, no es responsable el padre, en la administración de los bienes del hijo sino del dolo ó culpa grave. Despues de la emancipacion es obligado como tutor ó curador del hijo, si lo fuere; o con arreglo al mandato o jestion de negocios que entre los dos intervenga, de la misma manera que cualquier otra persona en igual caso lo sería (a).
C. E. 244.
C. de N. 398 (Véanse las Concordancias del art. 247):
C. C. 298.
C. Esp. 163 (Véanse las Concordancias del art. 219).

COMENTARIO.

213. I. El padre de familia es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve.

En virtud de la naturaleza misma de las cosas, el que administra bienes ajenos debe proceder con la diligencia

---

molombe. VI. 452-454.—Zachariae (M. V.). I. § 207.—Zachariae (A. R.) I. § 123. Demante. II. 137 bis III.—Berriat-Saint-Prix. I. 1387. 1390.

(a). El padre de familia es responsable, en la administracion de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve.

La responsabilidad del padre para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administracion, pero no en el usufructo; y se limita a la propiedad en los bienes de que es administrador i usufructuario (art. 270 del Proyecto inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Como lo vimos al comentar el artículo 39, en eso consiste el cuidado que por regla general la ley exige á todas las personas que administran bienes ajenos; y en la falta de ese cuidado consiste la culpa leve.

214. II. La responsabilidad del padre para con el hijo se extiende á la propiedad y á los frutos en aquellos bienes de que es administrador y no usufructuario.

Cuando el padre administra bienes cuyo usufructo no le pertenece, debe restituír todos los frutos al hijo, y entonces su responsabilidad es idéntica á la de cualquier otro administrador; porque no sólo debe administrar los bienes mismos como buen padre de familia, sino que en cuanto á la administración de los frutos también se extiende su responsabilidad á la culpa leve.

La ley no asimila, sino en casos excepcionales, el padre de familia al guardador; y por lo mismo la administración de aquél y de éste no pueden confundirse en cuanto á las reglas que determinan la responsabilidad; pero sí fuera responsable el padre de familia de toda omisión perjudicial al hijo. Por ejemplo, el guardador está obligado á colocar á interés todo el dinero ocioso del pupilo; y aunque la responsabilidad del padre no fuese tan estricta, sí incurriera en culpa leve si durante largos años hubiese conservado en su poder dinero ocioso perteneciente al hijo de familia, ó si lo diera á interés sin exigir plenas seguridades sobre la solvencia del deudor.

En otros términos, aunque la ley no sujeta la administración del padre de familia á reglas tan severas y tan circunstanciadas como la de los guardadores, las atribuciones del juez, tratándose del padre de familia, consisten en investigar y decidir si ha incurrido éste en culpa leve; y cuandoquiera que esa culpa se presente, el padre es responsable para con el hijo no sólo de los bienes mismos, sino también de todos los frutos.

Obsérvese, además, que incumbe la prueba de la diligencia al que ha debido emplearla, y que, por ende, si los bienes se hubieren deteriorado, ó hubiere faltas en los frutos, al padre de familia le corresponde justificar plenamente que empleó el debido cuidado, y que á pesar de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

eso han sobrevenido pérdidas que no le son imputables.

215. III. La responsabilidad del padre se limita á la propiedad en los bienes de que es administrador y usufructuario.

Por regla general, como lo hemos visto (197), el padre tiene el usufructo de todos los bienes del hijo; y las excepciones se hallan determinadas por la ley taxativamente.

Siendo el padre usufructuario, su responsabilidad es limitadísima, porque no refiriéndose ella sino á la conservación y adelanto de los bienes, á nadie da cuenta de los actos que, si bien manifiestan ineptitud ó descuido, no le acarrean responsabilidad acerca de los frutos; porque es un principio de derecho, fundado en la naturaleza misma de las cosas, que el administrador de lo suyo á nadie es responsable.

Art. 251. Habrá derecho para quitar al padre de familia la administracion de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo, o de grave negligencia habitual.

Perderá el padre la administracion de los bienes del hijo siempre que se suspenda la patria potestad por decreto judicial (*).

REFERENCIAS.

Administración. 247.
Dolo, 41 inciso último.
Con negligencia. 44. inciso 2°.
Por resolución judicial. 263.
Suspensa la patria potestad. 262.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 283. No se prodrá quitar al padre de familia la administracion de los bienes del hijo que en este título se le confiere, sino en los casos que este mismo título ha pre-

---

(*) Dalloz. Puissance paternelle. 78-80. 156-169.—Laurent. IV. 321. 344.—Demolombe. VI. 424-429. 485.—Zachariae (M. V.). I. § 207.—Zachariae (A. R.). I. § 123.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

visto; i ademas en el caso de suspenderse la patria potestad por decreto judicial (a).

C. E. 245. Habrá derecho para quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpado de dolo ó de grave negligencia habitual.

No tendrá el padre la administración de los bienes del hijo mientras, por resolución del juez, esté suspensa la patria potestad.

C. Arg. 301. Los padres perderán la administracion de los bienes de sus hijos, cuando ella sea ruinosa al haber de los mismos, ó se pruebe la ineptitud de ellos para administrarlos, ó se hallen reducidos á estado de insolvencia y concurso judicial de sus acreedores. En este último caso podrán continuar con la administracion, si los acreedores les permiten y no embargan su persona.

C. C. 299.

C. P. 292. Si el que ejerce la patria potestad dilapida los bienes de los hijos, pierde la administración de los bienes y el derecho á los frutos.

C. A. 149. (Véanse las Concordancias del art. 247).

COMENTARIO.

216. I. " Habrá 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 ".

Este artículo no es el redactado por Dn. Andrés Bello. *Hacerse culpable* es una expresión bárbara, que no debió figurar en el Código de ninguna nación civilizada; y tanto menos *disculpable* la falta, cuanto era muy fácil redactar clara y correctamente : Habrá derecho para quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo, cuando hubiere *incurrido en dolo*...

(a) Habrá derecho para quitar al padre de familia la administracion de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo, o de grave neglijencia habitual.

Perderá el padre la administracion de los bienes del hijo siempre que se suspenda la patria potestad por decreto judicial. (Art. 271 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Ya sabemos en qué consiste el dolo (I. 331-334) : todo artificio, maquinación, engaño empleados en perjuicio de terceros; ó la intención positiva de irrogarles injuria en su persona ó propiedad.

La negligencia grave es la falta del cuidado que aun los hombres poco juiciosos suelen emplear en sus negocios propios.

Si bien la negligencia grave en materias civiles equivale al dolo, el legislador en este caso la distingue.

Un solo acto de *dolo* bastaría para que el padre sea privado de la administración de los bienes; pues manifestara que el padre es indigno de la confianza que en él se deposita.

Mas la negligencia grave no le priva de la administración sino á ser *habitual*; esto es, contínua, permanente. Entonces los bienes vendrían á menos, si no se atajase el daño en tiempo oportuno, y para ello debe acudirse al juez.

La disposición que comentamos, conveniente y aún necesaria, repara una omisión en que los redactores del Código de Napoleón incurrieron. Este Código no prevé que el padre administre pésimamente los bienes del hijo ni menos determina los medios de evitarlo; y como esto ocasiona las más graves dificultades, se han suscitado controversias ante los tribunales franceses y entre notables jurisconsultos (66) sobre si puede quitarse al pa-

---

(66). " ¿Es aplicable á la administración legal del padre el art. 444, y pudiera ser removido por las causas que el propio artículo determina?

" Son incapaces de la tutela, y aún se les puede remover, si la ejercen :

" Los de mala conducta;

" Las personas cuyas gestiones manifiesten incapacidad ó indignidad.

" ¿Podemos alegar este artículo en lo tocante á la administración legal..... ?

" Administrar como buen padre de familia, administrar honradamente, tal es el encargo que la ley confiere así al padre como al tutor; y el art. 444 debe ser común á ambos casos, por que en ambos es la consecuencia necesaria.....

" Evidente me parece el principio, y no vacilo en decir que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dre la administración de los bienes del hijo, cuando ésta es en extremo errónea ó resultado del dolo.

217. II. Perderá el padre la administración de los bienes del hijo cuando se suspende la patria potestad por sentencia.

En todos los casos en que, conforme al artículo 262, se suspende la patria potestad, el padre se halla imposibili-

---

puede quitarse al padre la administración legal en virtud del art. 444.

" Pero como este artículo no le es directamente aplicable como el padre, durante el matrimonio, es de mejor condición que el tutor, juzgo también que los jueces podrán proceder con los miramientos no incompatibles con los intereses del hijo, y que los tribunales tienen un poder discrecional para ordenar, en cuanto á la administración de los bienes, las providencias conservatorias que estimen útiles y suficientes " (Demolombe. VI. 424. 425).

" El art. 444 expresa que puede removerse al tutor por mala conducta notoria, incapacidad é infidelidad. Se admite generalmente que esta disposición es aplicable al padre administrador, porque hay identidad de razones. Juzgamos que esta opinión es contraria á los verdaderos principios y aún á la doctrina que los autores enseñan y que ha establecido la jurisprudencia. El administrador es un mandatario, y al que confiere el mandato le incumbe revocarlo. Ahora bien, el mandato del padre proviene de la ley; luego sólo la ley puede determinar las causales que le privan de la administración. Hay una razón perentoria para decidirlo así, cuando se trata del padre administrador. Administra como padre; la administración legal es inherente á la patria potestad; y siendo ésta de orden público, sólo el legislador puede decidir en qué casos termina. No lo ha hecho; lo sentimos por los intereses del hijo.....; pero es un vacío que el intérprete no puede llenar. ¿No dicen los jurisconsultos mismos que la administración legal no es tutela; que las causas de excusa y de incapacidad del tutor no se extienden á la administración del padre? ¿Por qué se exceptúa el caso de destitución? Todo administrador, se dice, debe proceder como buen padre de famila; luego, si procede mal, se le debe privar de la gestión. El argumento no es lógico. El que administra mal es responsable : tal es la única consecuencia jurídica de la mala gestión. Otro es el problema que se trata de resolver sobre la destitución de administrar y quién puede destituirlo. En vano se alegan los intereses del hijo; al legislador es a quien incumbe proveer á ellos, mas no al intérprete " (Laurent. IV. 321).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tado para administrar los bienes del hijo; y era de todo punto necesario declarar que entonces no le corresponde la administración.

Cuando las faltas del padre son muy graves, el hijo es emancipado judicialmente, y el padre pierde así la administración como el usufructo de los bienes.

Art. 252. No teniendo el padre la administracion del todo o parte del peculio adventicio ordinario o estraordinario, se dará al hijo un curador para esta administracion.

Pero quitada al padre la administracion de aquellos bienes del hijo en que la ley le da el usufructo, no dejará por esto de tener derecho a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administracion (*).

REFERENCIAS.

Administración. 247.
Peculio adventicio ordinario ó extraordinario. 243.
Curador. 344.
Frutos. 644. 647.
Deducidos los gastos de administración. 535.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 284. Quitada al padre la administracion de los bienes de que la ley le da el usufructo, no dejará por eso de tener derecho a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administracion; a ménos que por disposicion expresa de la ley se le prive tambien del usufructo.

C. E. 246.

C. Arg. 303. Removido el padre de la administracion de los bienes, el juez la encargará á un tutor especial, y éste entregará al padre el sobrante de las rentas de los bienes de los hijos, despues de satisfechos los gastos de la administracion, de los alimentos y educacion de ellos.

C. C. 300.

(*) Demolombe VI. 451-453.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

218. I. No teniendo el padre la administración de todo ó parte del peculio adventicio ordinario ó extraordinario, se dará al hijo un curador para esta administración.

Es necesario distinguir los casos:

Según el artículo 243, forman el peculio adventicio ordinario todos los bienes cuyo dominio pertenece al hijo y al padre el usufructo.

Cuando el padre incurre en dolo ó en grave negligencia habitual, ó cuando se suspende la patria potestad, el padre pierde la administración de *todo* el peculio adventicio ordinario.

Si al hijo se donan ó dejan bienes con la condición de que no los administre el padre (sin privarle del usufructo), esos bienes forman parte del peculio adventicio ordinario; y entonces sí se efectúa el caso de que el padre carezca de la administración de una parte de ese peculio.

Pasemos al peculio adventicio extraordinario. El donante ó testador puede restringir como le convenga la administración del padre; disponiendo, por ejemplo, que usufructúe los bienes muebles, y carezca del usufructo y administración de los bienes raíces.

Mas, en cuanto á las asignaciones que hayan pasado al hijo por indignidad del padre, nunca tiene éste el usufructo ni la administración de parte alguna de esos bienes; y por lo mismo todos ellos son administrados por un curador adjunto.

Como las reglas concernientes á la capacidad de las personas son de derecho público, el donante ó testador no pudiera imponer la condición de que los bienes donados, heredados ó legados se administren por el hijo de familia; y esa condición, como contraria á la ley, no surtiría ningún efecto.

219. II. Quitada al padre la administración de los bienes á que se refiere el usufructo legal, tiene derecho á los frutos líquidos deducidos los gastos de administración.

Aunque el padre no administre los bienes, ya por negligencia, ya por incapacidad, debe cumplir los deberes con-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cernientes á la persona del hijo; y si él no los cumple, lo hace otra persona, correspondiendo los gastos al padre. Subsisten, pues, las obligaciones del padre, y percibe los frutos líquidos de los bienes del hijo.

Volvemos á la observación de que en casos muy graves, cuando el padre no sólo es indigno de la administración de los bienes, sino también de intervenir en la crianza y educación de los hijos, éstos son emancipados judicialmente, y entonces el padre pierde así la administración como el usufructo de los bienes.

Tratándose de la patria potestad nunca debe perderse de vista el artículo 267; el cual completa el sistema del Código chileno en cuanto á la privación, por incapacidad del padre, de los derechos de usufructo y administración.

De los frutos pertenecientes al padre, se deducen los gastos de administración. Á este caso sería aplicable, por analogía, el artículo 535.

Art. 253. Los actos i contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, o por el curador adjunto, en el caso del artículo precedente, le obligarán esclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el jiro ordinario de dicho peculio) sin autorizacion escrita del padre. I si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos (*).

REFERENCIAS.

Contratos. 1438.
Hijo de familia. 240.
Curador adjunto. 344. 492. 493.
Peculio profesional. 243.
Dinero á interés. 2205-2207.
El monto del beneficio que haya reportado de ellos. 1688. inciso 2°.

(*) Laurent. V. 230-232.—Zachariae. (M. V.) I. § 240. 242.—Zachariae. (A. R.) I. § 132. 134.—Demolombe VIII. 319. 320.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 268. El padre de familia tiene las facultades i deberes de tutor ó curador del hijo; i los actos i contratos del hijo, aun concernientes a las cosas de que tiene, no solo la propiedad, sino el usufructo i la administración, exijen la autorizacion o consentimiento del padre, en los mismos términos en que los menores que no están bajo la patria potestad necesitan de la autorizacion o consentimiento de sus respectivos tutores o curadores. La falta de esta autorizacion o consentimiento paterno produce iguales efectos que la falta de autorizacion o consentimiento de los tutores.

Todo lo cual, sin embargo, se entenderá con las modificaciones que siguen (a).

C. E. 247.....

Pero no podrá tomar dinero á interés ni comprar al fiado, excepto en el giro ordinario de dicho peculio, sin autorización escrita del padre. Y si lo tomare, no quedará obligado, por estos contratos, sino hasta el monto del beneficio que haya reportado de ellos.

C. C. 301.

COMENTARIO

220. I. Los actos y contratos del hijo de familia, no autorizados por el padre ó por el curador adjunto, en el caso del artículo 252, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional ó industrial.

Determindas las reglas sobre la administración del padre, pasa la ley á establecer las relativas á los actos y contratos que ejecuta ó celebra el hijo de familia.

(a) Los actos i contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, o por el curador adjunto, en el caso del artículo 272, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorizacion escrita del padre. I si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos. (Art. 273 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Hemos visto ya que salvas las excepciones puntualizadas por la ley, el hijo dispone libremente de su peculio profesional ó industrial.

Cuando el hijo tiene no sólo ese peculio sino otros bienes, que forman el peculio adventicio, ordinario ó extraordinario; los cuales son administrados, ya por el padre, ya por un curador adjunto; pudiera haber duda sobre si el hijo que contrata lo hace como administrador de su peculio profesional, ó con relación á los demás bienes.

Siendo el hijo hábil para la administración del peculio profesional, y no siéndolo para la de los otros peculios, equitativo y aún necesario, en beneficio del hijo mismo, que los actos y contratos se refieran al peculio profesional ó industrial y que obliguen al hijo en los bienes que lo forman.

Como lo observamos al comentar el artículo 161, son dos derechos enteramente distintos el de obligarse y el de enajenar, y basta el de obligarse para que se constituya la prenda legal determinada en el artículo 2465.

Luego, si el hijo de familia tiene la facultad de celebrar todos los contratos concernientes á la administración del peculio profesional, puede obligar el propio peculio aun cuando es inhábil para enajenar los bienes raíces que lo componen.

Esta distinción es importantísima, y obvia las dificultades que, á prescindirse de ella, con mucha frecuencia se presentarían.

221. II. El hijo de familia no puede tomar dinero á interés ni comprar al fiado sin autorización escrita del padre.

Sin esta regla fuera peligrosísimo conceder á los menores la libre administración del peculio profesional.

Casi siempre es fácil tomar dinero á interés ó comprar al fiado; de ahí la infinidad de especulaciones aventuradas que acarrean la ruina aún de las personas que tienen juicio y discernimiento.

Si el giro ordinario del peculio profesional exige tomar dinero á interés ó comprar al fiado, valen esos contratos sólo en cuanto se refieran al mismo giro. Si, por ejemplo, un hijo de familia toma en arrendamiento bienes raíces, empleando en ello ocho ó diez mil pesos que forman el

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

peculio industrial, sería capaz para tomar á interés el dinero que invierte en las pensiones ó en la compra de objetos destinados al cultivo y beneficio del predio, así como pudiera comprar al fiado semillas y animales destinados al mismo predio.

Pero aunque el hijo fuese arrendatario, no valdría el contrato de mutuo ni la compra al fiado de objetos del todo extraños á la administración del inmueble,

Los hechos decidirán, pues, si el dinero tomado á mutuo ó los objetos comprados al fiado son relativos á la administración del peculio profesional ó industrial.

222. III. Fuera de los casos en que el mutuo ó la compra al fiado sean concernientes á la administración del peculio profesional, no son válidos sino cuando el padre los autoriza por escrito,

Esta regla es idéntica á la que da el artículo 138, y á ella nos referimos en cuanto á la autorización escrita; la cual arranca de raíz los litigios que se suscitarían en cuanto á la autorización tácita, y si acerca de la expresa fuesen admisibles testigos, presunciones ó la confesión del padre.

223. IV. Si el contrato de mutuo ó la compra al fiado no fueren concernientes á la administración del peculio profesional ni autorizados por el padre, el hijo no se obliga sino hasta concurrencia del beneficio que de ellos haya reportado.

Esta regla es consecuencia necesaria de los efectos que la nulidad surte. El inciso 2° del artículo 1688 determina cuándo redundan los contratos en beneficio de la persona incapaz; la cual se enriquece si las cosas pagadas ó las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsisten y se quisiere retenerlas.

Volveremos á esta importantísima regla al comentar el artículo 1688.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 254. Los actos i contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial, i que el padre autorize o ratifique por escrito, obligan directamente al padre, i subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos (*).

REFERENCIAS.

Contratos. 1438.
Hijo de familia. 240.
Peculio profesional ó industrial. 213.
Ratifique por escrito. 1693. 1695. 13.
Obligan. 1437.
El monto del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos ó contratos. 1688. inciso 2°.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 275. Los actos i contratos del hijo de familia, que han sido autorizados o consentidos por el padre, afectan directamente el peculio profesional o industrial, i el adventicio extraordinario del hijo, i subsidiariamente aun la desnuda propiedad del adventicio ordinario, i por último el usufructo legal de que goza el padre; pero no afectan los otros bienes paternos sino a medida de la utilidad que el padre haya reportado del acto o contrato, o en cuanto el padre haya expresamente obligado sus bienes a las consecuencias del acto o contrato (a).
C. E. 248.
C. C. 302.

D. XV. I. 1 § 4°. Si cum impubere filiofamilias, vel servo contractum sit, ita dabitur in dominum vel patrem

§ 4. Si se contrajo con el hijo de familia impúber, ó con el siervo, se dará la acción de peculio contra el

(*) Savigny III. § 132.—(O.) II. § 54. 56.
(a) Los actos i contratos del hijo de familia que el padre haya autorizado o ratificado por escrito, obligan directamente al padre, i subsidiariamente al hijo hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos. (Art. 274 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

de peculio, si locupletius eorum peculium factum est.

44. Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum, et patrem duntaxat de peculio.

señor ó el padre, si se aumentó el peculio de ellos.

44. Si alguno contrajere con el hijo de familia, tiene dos deudores, el hijo por el todo, y el padre solo por lo que importa el peculio.

COMENTARIO.

224. I. Los actos y contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional ó industrial, y que el padre autorice ó ratifique por escrito, obligan directamente al padre.

Esta disposición conduce á que el padre proceda con suma diligencia al autorizar ó ratificar los actos y contratos del hijo; pues como éste carece de juicio y discernimiento, ha de suponerse precisamente que el padre es quien obliga sus bienes.

Los actos y contratos del hijo no obligan al padre sino cuando éste los hubiere autorizado ó ratificado *por escrito*.

Volvemos á observar (222) que la autorización escrita es el único medio de prevenir las dificultades y litigios que sobrevendrían, si en materia tan delicada se admitiese otro medio de prueba. Sólo la autorización escrita puede manifestar á ciencia cierta las facultades del hijo, y asegurar plenamente así á las personas que con éste contratan, como al padre que ha concedido la autorización.

Al comentar el artículo 142 notamos que en cuanto á la ratificación misma de los actos ó contratos de la mujer casada, si siguen las reglas generales sobre la prueba. Pero el artículo 254 exige que la ratificación del padre sea escrita, sin admitirse ningún otro medio de justificarla.

Pero se suscitan dos dificultades:

1ª Si el padre puede autorizar al hijo, como el marido á la mujer, interviniendo él mismo expresa y directamente en el acto;

2ª Si por actos inequívocos que manifiestan la aquies-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cencia del padre, puede éste ratificar los contratos que el hijo ha celebrado.

El artículo 254, especialísimo á los actos y contratos que el hijo de familia celebra fuera de su peculio profesional ó industrial, determina el único caso en que hay autorización, esto es, cuando el padre se la concede por escrito. Luego, ni la intervención directa y expresa del padre surte el efecto de autorizar el contrato celebrado por el hijo.

Mas de ahí se deduce, no que el contrato sea nulo, pues ha intervenido el padre; el cual, excepto los casos de hallarse en interdicción, es persona que tiene la libre administración de sus bienes; sino que el contrato, como celebrado por el padre, surte todos sus efectos.

De manera que en vez de haber omisión en el artículo que comentamos, manifiesta él que D. Andrés Bello procedió distinguiendo lo que debía distinguir : la capacidad de la mujer casada y la del hijo de familia. La mujer tiene suficiente juicio y discernimiento, y ella es la que contrata cuando el marido interviene expresa y directamente autorizándola, al paso que cuando el padre interviene expresa y directamente en el contrato que el hijo de familia celebra, esa intervención no le da á éste juicio ni discernimiento, y, por lo mismo, la ley prescinde absolutamente del hijo de familia.

En cuanto á la ratificación tácita, establece la ley un sistema análogo. El hijo de familia ha celebrado un contrato, no obtuvo anticipadamente autorización escrita del padre, y éste después manifiesta inequívocamente su aquiescencia. Recibe, por ejemplo, las cosas que el hijo de familia compró al fiado, paga el precio de las mismas, permite, á sabiendas, que el hijo de familia emplee las cosas adquiridas por medio de un contrato. ¿Qué efectos surte esa ratificación tácita? En cuanto al hijo, ninguno; porque la ley supone, con razón, que el padre hace suyo el contrato ratificándolo.

Insistimos, pues, en que la autorización ó ratificación del padre no surte acerca del hijo ningún efecto á no ser *escrita*.

225. II. Cuando el padre ha concedido al hijo autorización escrita ó cuando ha ratificado por escrito el acto

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ó contrato; oblígase el hijo á prorrata del beneficio que haya reportado del acto ó contrato.

Y tal consecuencia es la única que se deduce de la distinción entre los actos y contratos del padre y los del hijo de familia. Cuando el hijo contrata, si el padre se limita á conceder autorización ó ratificación escrita, y si del contrato reporta el hijo utilidad personal, quedan obligados sus bienes, y los acreedores pueden dirigirse contra esos bienes, que se embargan y venden para el cumplimiento de la obligación.

Mas, cuando el padre es quien contrata, aunque el hijo reporte manifiesta utilidad, los bienes del hijo no quedan obligados directamente para con los acreedores del padre.

Y decimos no quedan obligados *directamente*, porque no se concede al hijo el derecho de enriquecerse con perjuicio de los acreedores. Si los bienes del padre no son suficientes para el pago de sus deudas, los acreedores, en virtud del art, 2.466, pudieran subrogarse en el crédito del padre contra el hijo.

Art. 255. No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raices del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorizacion del juez con conocimiento de causa (*).

REFERENCIAS.

Hipotecar. 2407,
Bienes raices. 568-571.580.
Peculio profesional. 243. 247.
Hijo. 240.
Autorización del juez. 393. 394.
Todo el articulo. 1447. 1448. 1681. 1682. 1684. 1686.

CORCORDANCIAS.

P. de B. 268 (Véanse las Cordancias del art. 253).

(*) Laurent. IV. 311. 313. 314.—V. 230. 233.—Demolombe VI. 437. 444.—VIII. 289. 322. 323. 325.— Zachariae. (M. V.). I. § 242.—Zachariae (A. R.). I. § 123. 124.—Gutiérrez (B) I. p. 686-688.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 249.

C. Arg. 297. Los padres no pueden enajenar sin autorizacion del juez del domicilio los bienes inmuebles de los hijos, ni las rentas que estén constituídas sobre la deuda nacional, ni constituir derechos reales sobre dichos bienes, ni transferir derechos reales que pertenezcan á los hijos sobre bienes de otros, ni comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes muebles ó inmuebles de sus hijos en remate público, ni constituírse cesionarios de créditos, derechos ó acciones contra sus hijos, á menos que las cesiones no resulten de una subrogacion legal; ni hacer remision voluntaria de los derechos de sus hijos; ni hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia materna de ellos, ó de herencia en que sea con ellos coheredero ó legatario; ni obligar á sus hijos como fiadores de ellos ó de terceros.

298. No podrán tampoco enajenar los ganados de cualquier clase que formen los establecimientos rurales, sinó aquellos cuya venta es permitida á los usufructuarios que tienen el usufructo de rebaños.

299. Los actos de los padres contra las prohibiciones de los dos artículos anteriores son nulos y no producen efecto alguno legal.

P. de G. 158. El padre no puede enagenar los bienes inmuebles del hijo en que le corresponde el usufructo y la administracion ó esta sola, ni gravarlos de ningun modo, sino por causas de absoluta necesidad ó evidente utilidad, y previa la correspondiente autorizacion del juez del domicilio.

C. C. 303.

C. Esp. 164. El padre, ó la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la Ley Hipotecaria.

P. V. XIII. 24. Bienes han apartados los fijos, que son

(a) No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raices del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional ó industrial, sin autorizacion del juez con conocimiento de causa (Art. 275 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

suyos propriamente, que los han de parte de su madre. E como quier que tales bienes como estos deben ser en poder del padre, e puede esquilmar los frutos dellos, con todo esso, non los debe enagenar en ninguna manera.....

COMENTARIO.

226. I. Para que los bienes raíces del hijo de familia puedan enajenarse ó hipotecarse, se necesita :

a). Autorización de juez;

b). Que resuelva éste con conocimiento de causa.

a). Ya observamos otra ocasión (67) que cuando se publicó el Código chileno la propiedad mueble no tenía grande importancia: y de ahí que en este artículo no se habla sino de los bienes raíces.

En cuanto á ellos se ha llenado el vacío que hay en el Código de Napoleón; el cual guarda silencio cuando se trata de la enajenación de los bienes que, pertenecientes al hijo de familia, administra el padre en virtud de la patria potestad. (67).

---

(67). " El tutor no puede enajenar directa ni indirectamente los bienes del menor sino autorizado por el consejo de familia ó por el tribunal, y la autorización no debe concederse sino por causa de necesidad absoluta ó de utilidad evidente. Pregúntase si el padre administrador está sujeto á las mismas restricciones. Como no puede equipararse la tutela á la administración, es necesario decidir que el padre no debe ser autorizado por el consejo de familia.....

" ¿Dedúcese de ahí que puede el padre, como administrador, ejecutar actos de disposición? ¿Dedúcese también que los bienes del hijo no pueden enajenarse mientras dure la administración legal? Esta sería, según el rigor de los principios, la consecuencia del silencio de la ley. El padre no puede enajenar, y el padre es el único representante legal del hijo. Los bienes del hijo estarían fuera del comercio; lo cual pugna así con el interés general como con el del propietario. Si hay necesidad absoluta ó utilidad evidente para el hijo de que sus bienes se vendan ó hipotequen, ¿por qué no lo podría el padre cuando la ley lo permite al tutor? Hay una razón de analogía : en cuanto al interés del hijo de familia, es lo mismo que el del hijo bajo guarda. Hay además un argumento *a fortiori* acerca del padre, cuyas facultades son más

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

b). La ley no determina las causas en que debe fundarse el juez para autorizar la enajenación de los bienes raíces. Confiando el legislador en el interés que tiene el buen padre de familia por todo cuanto atañe á la suerte futura del hijo, confiere al juez un mero derecho de inspección para evitar que el padre proceda precipitadamente. Cualquier causa razonable, como la educación y establecimiento del hijo, la adquisición de otros bienes, etc., etc., faculta al juez para conceder al padre el permiso de enajenar los bienes del hijo.

Tampoco se impone al padre la obligación de venderlos en subasta. Tratándose de los tutores y curadores, ella es necesaria para que la venta se efectúe al mayor precio que en la plaza pueda obtenerse, pues se despierta la competencia por medio de la publicidad, se evita la colusión entre el guardador y los compradores, y se aleja toda sospecha de infames especulaciones con los bienes del pupilo. Todo lo cual no es de temerse cuando el padre de familia es quien procede á vender los bienes del hijo.

Si se efectúa la venta sin permiso judicial, adolece de nulidad relativa, porque el vicio consiste en la incapacidad del vendedor.

227. II. Como la ley no exige autorización judicial sino para la venta de los bienes raíces, dedúcese lógicamente que el padre puede vender con absoluta libertad los bienes muebles. Sin la regla expresa concerniente á los predios, el padre no hubiera podido vender los bienes muebles,

---

extensas que las del tutor. Si se permite al tutor la enajenación, debe permitírsela al padre. No hay sino una dificultad que, atendiéndose á los principios, es muy grave. La ley garantiza al menor bajo guarda : la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal. No prescribe lo mismo á favor del hijo.

" La doctrina de los jurisconsultos y las decisiones de los tribunales se acuerdan en que el juez puede autorizar al padre para enajenar é hipotecar. Suscítanse dudas. Los tribunales no pueden, á falta de ley, autorizar á un administrador para que enajene. Sólo el propietario puede enajenar. Cuando éste es incapaz, á la ley incumbe determinar quién efectuará la enajenación y con qué requisitos. No comprendemos en virtud de qué atribuciones intervendría el juez..... " (Laurent. IV. 313. 314).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sino cuando la venta fuese acto de mera administración.

Como los bienes muebles han adquirido grande importancia, conviniera que el padre no pueda vender sin autorización judicial bienes muebles que valgan más de dos mil pesos. Las acciones de bancos, de ferrocarriles ú otras compañías anónimas son ahora tan valiosas y tan productivas como los bienes raíces; y no hay razón alguna para que se prohiba al padre enajenar un inmueble que valga doscientos ó quinientos pesos, y sea hábil para vender diez ó más acciones de banco que valgan veinte ó veinticinco mil.

Y tanto más necesaria la restricción acerca de los bienes muebles, cuanto es más fácil enajenarlos.

Art. 256. No podrá el padre hacer donacion de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma i con las limitaciones impuestas a los tutores i curadores (*).

REFERENCIAS.

Padre. 240.
Donación. 1386.
Bienes. 565.
Arriendo. 1915.
Largo tiempo. 407.
Aceptaró repudiar. 1225.
Herencia. 954.
Deferida. 955.
En la forma y con las limitaciones impuestas á los tutores y curadores. 398. 402. 403. 407.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 268. (Véanse las Concordancias del art. 255).

(*) Dalloz. Puissance Paternelle. 81-83.—Laurent. IV. 305. 311. 312. 316.—V. 231.—Demolombe. VI. 439-446.—Zachariae (M. V.). I. § 242.—Zachariae (A. R.). I. § 128.—Demolombe. VIII. 304.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 250.
C. Arg. 207. 299. (Véanse las Concordancias del art. 255).
300. Los arrendamientos que los padres hagan de los bienes de sus hijos, llevan implícita la condicion que acabarán cuando concluya la patria potestad.
1807. No pueden hacer donaciones..... :
3° Los padres, de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad, sin expresa autorizacion judicial.....
C. C. 304.

COMENTARIO.

228. El padre de familia está sujeto á las mismas limitaciones que los tutores y curadores cuando se trata :
a). De donar los bienes del hijo :
b). De darlos en arrendamiento por largo tiempo :
c). De aceptar ó repudiar una herencia deferida al hijo.
229. a). Según el artículo 402 es prohibida la donación de los bienes raíces del pupilo aun con autorización judicial, y el juez no autoriza la donación de dinero ú otros bienes muebles del pupilo sino por causa grave, como la de socorrer á un consanguíneo necesitado, contribuir á un objeto de beneficencia pública, ú otro semejante, con tal que sean proporcionadas á las facultades del pupilo y que por ella no experimenten menoscabo notable los capitales productivos
Por ilimitada que sea la confianza que el padre inspira, era menester quitarle aún la tentación de ser generoso con lo ajeno.
Si el padre donase sin los requisitos legales los bienes del hijo, la donación adolecería de nulidad relativa; pues aun cuando la ley está redactada en forma prohibitiva, los requisitos que prescribe miran sólo á las solemnidades habilitantes.
Nos limitamos á mencionar esta circunstancia; de la

(a) Ni podrá el padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arrendamiento por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma i con las limitaciones impuestas a los tutores i curadores. (Art. 275 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cual trataremos muy detenidamente al comentar el artículo 1464.

230. b). La ley no determina qué arrendamientos son por largo tiempo; pero como se refiere á las atribuciones de los guardadores, pudiera decirse que por largo tiempo se entiende el de ocho años en cuanto á los predios rústicos ó el de cinco en cuanto á los predios urbanos.

La disposición, sin embargo, no es suficientemente clara; pues su tenor literal no comprende el caso de que el padre diese en arrendamiento los bienes del hijo por más tiempo que el necesario para que el hijo cumpla veinticinco años.

Si bien opinamos que el arrendamiento no fuera obligatorio sino hasta que el hijo cumpla veinticinco años, la disposición origina dificultades; las cuales se hubieran obviado limitándose el legislador á referirse, en cuanto al arrendamiento mismo, á la administración de los tutores y curadores; pues el artículo 407, que no puede ser más razonable ni más claro, prevé todos los casos que pueden ocurrir.

231. c). En cuanto á las herencias deferidas, el artículo 387 prescribe que no puedan repudiarse sin permiso de juez con conocimiento de causa, ni aceptarse sin beneficio de inventario.

Art. 257. Siempre que el hijo de familia tenga que litigar como actor contra su padre, le será necesario obtener la venia del juez, i éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis (*).

REFERENCIAS.

Hijo de familia. 240.
Curador para la litis. 345. 491.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 270.

(*) Duranton. III. 415.—Demolombe VI. 422.—Zachariae. (A. R.) I. § 123.—Zachariae. (M. V.) I. § 207.—Febrero. IV. p. II. Escriche. Venia.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 251.

C. Arg. 285. Los hijos de familia no pueden demandar á sus padres sinó por sus intereses propios, y prévia licencia del juez del territorio, aun cuando tengan una industria separada ó sean comerciantes.

P. de G. 159. En todos los casos en que el padre tenga un interes opuesto al de sus hijos menores, serán estos representados en juicio y fuera de él por su procurador que se les nombrará judicialmente para cada uno de los casos.

C. C. 305.

P. IV. XVII. 11..... si el fijo de alguno demandasse licencia al juzgador, que ha poder de juzgar todos los pleytos, que pueda aduzir antel a juyzio a su padre, por razon de alguna querella que ouiesse del; si el juzgador gelo otorgare, estonce lo puede aduzir a juyzio, e non de otra guisa.....

D. II. IV. 4. § I. Praetor ait : *parentem, patronum, patronam, liberos, parentes, patroni, patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet.*

13. Generaliter eas personas, quibus reverentia praestanda est, sine iussu Praetoris in ius vocare non possumus.

§ I. Dice el Pretor : *ninguno llame á juicio sin mi licencia al ascendiente, al patrono, á la patrona, á los descendientes, ni á los ascendientes del patrono ó patrona.*

13. Generalmente sin licencia del pretor no podemos llamar á juicio á aquellas personas á quienes debemos respeto.

COMENTARIO

232. I. Cuando el hijo de familia tenga que litigar como actor contra su padre, le será necesario obtener la venia del juez.

Según Escriche, venia es el permiso que deben pedir al juez los descendientes que van á litigar con sus ascendientes, el yerno con su suegro, el discípulo con el maestro, etc.

Parece que tal venia es cosa tan baladí, que hubiera bastado se mencionara al hablar de los actores, como lo hacía la ley de Partida.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Contar la venia entre los derechos del padre legítimo sobre sus hijos no emancipados, es una sutileza propia de Febrero ó Hevia Bolaños, y que desdice de un Dn. Andrés Bello.

Tanto menos significación tiene la venia, cuanto es una mera fórmula. Pedida, el juez la concedería sin examinar las causas que induzcan al hijo á litigar contra el padre.

233. II. El juez, al otorgar la venia, dará al hijo un curador para la litis.

Como el hijo es incapaz de comparecer en juicio, necesita representante legal, y como el padre no puede serlo, se le nombra curador.

Conforme al artículo 494 los curadores para pleito ó *ad litem* son dados por la judicatura que conoce en el pleito.

Es de observarse que en el caso previsto por el artículo 257 la demanda no se propone por el hijo contra el padre; pues aquél se limita á manifestar que va á demandar al padre, y entonces el juez, concediéndole el permiso, le nombra un curador que le represente en la litis.

El curador debe examinar si son ó no fundadas las razones que aduce el hijo para proponer demanda contra el padre; y si no lo fuesen, no estaría obligado á sostener un pleito injusto.

La ley no ha previsto el caso de que sobre la justicia del proyectado pleito se susciten controversias entre el curador y el pupilo; y parece que entonces debería el pupilo acudir al defensor de menores para que, previo examen de las razones alegadas por una y otra parte, se dirija al juez exigiendo que se nombre otro curador *ad litem*.

Cuando el hijo de familia sea impúber, no fuera razonable que él mismo solicitase la venia, y menos todavía que, solicitada, el juez nombrase curador para que le represente en el pleito.

La ley no ha previsto ese caso que puede ocurrir; y si bien al Código de enjuiciamientos corresponde determinarlo, hubiera sido conveniente que el civil, ó bien guarde silencio sobre este punto, ó bien prescriba cómo debe procederse cuando el hijo de familia impúber tenga absoluta necesidad de litigar contra el padre.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 258. El hijo de familia no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre.

Si el padre de familia niega su consentimiento al hijo para la accion civil que el hijo quiere intentar contra un tercero, o si está inhabilitado para prestarlo, podrá el juez suplirlo, i al hacerlo asi dará al hijo un curador para la litis (*).

REFERENCIAS.

Hijo de familia. 240.
Autorizado ó representado por el padre. 43. 72.
Acción civil. 577. 578.
Curador para la litis. 345. 494.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 271. El hijo de familia no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado ó representado por el padre, a la manera que lo sería por su tutor o curador.

Si el padre de familia niega su consentimiento al hijo para la acción civil que el hijo quiera intentar contra un tercero, podrá el juez suplirlo, i al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis (a).

C. E. 252.

C. Arg. 274. Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores ó demandados, y á nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administracion señalados en este Código.

281. El hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, sinó autorizado por el padre.

282. Si el padre niega su consentimiento al hijo para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el padre,

---

(*) Laurent. IV. 315.

(a) El hijo de familia no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado ó representado por el padre..... (Art. 277 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

puede suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio.

C. C. 306.

C. M. 373. El que está sujeto á patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

C. de la L. Art. 251. El padre y madre deben protección á sus hijos; en consecuencia pueden, mientras se hallan éstos bajo su potestad, representarlos en juicio, en toda especie de litigios civiles en que sean interesados.

P. IV. XVII. 11..... E otrosi el fijo non puede aduzir en juyzio a ningun ome sin mandado de su padre, mientra que fuere en su poderio.....

COMENTARIO

234. I. El hijo de familia no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado ó representado por el padre.

No son voces sinónimas autorización y representación. Aquélla es el permiso para que el hijo mismo pueda litigar; ésta, la intervención directa del padre en ejercicio de los derechos de la patria potestad.

Cuando el hijo es impúber, el padre no le autoriza, pues debe representarle.

Si el hijo es menor adulto, el Código civil permite al padre autorizar al hijo para que comparezca como actor contra un tercero. Mas, tal disposición en realidad es inconsulta, porque las obligaciones que el hijo contrae como actor no son compatibles con su incapacidad ni con su estado, y por consiguiente las leyes adjetivas del Ecuador han procedido bien modificando esa disposición en el sentido de que los menores de edad no pueden comparecer en juicio ni autorizados por el padre.

Aunque el litigio se refiera al peculio profesional, el padre debe autorizar ó representar al hijo de familia.

235. II. El inciso 2º encierra las siguientes reglas:

a). Si el padre niega su consentimiento para la acción civil que el hijo quiere intentar contra un tercero, puede el juez suplirlo:

b). También puede suplirlo si el padre está inhabilitado:

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

c). Si el juez concede el permiso, da al hijo curador para la litis.

236. a). Nótese ante todo que la ley no habla sino de las acciones civiles que el hijo se propone deducir contra un tercero. En cuanto á las acciones criminales, se hallan sujetas á reglas especialísimas, y el hijo mismo, ni representado ó autorizado por el padre, pudiera deducirlas; pues el padre, por su derecho propio, acusa los delitos ó crímenes que contra el hijo se cometen.

Si el padre no acusare, el hijo no podrá acudir al juez pidiéndole autorización para suscitar el respectivo juicio criminal.

Son tan graves las consecuencias que se deducen de un juicio criminal, tan especiales los motivos que pueden influir en el padre para no proponer acusación, que la ley no ha querido se susciten controversias entre el padre y el hijo por asunto tan delicado.

Además, así en Chile como en el Ecuador hay infracciones que no pueden ser acusadas sino por el ofendido, y otras que, dando acción popular, imponen al ministerio público la obligación de intervenir siempre como parte.

Si la infracción es de las primeras, el padre, lo repetimos, es el único árbitro para decidir si la utilidad ó la honra exige que se suscite la causa criminal; y si fuere de las segundas, el ministerio público cumplirá con sus deberes acusando la infracción cometida contra el hijo de familia, á quien podrá representar el padre en la acción civil concerniente á la indemnización de perjuicios.

Cuando el padre niega su consentimiento al hijo que quiere deducir acción civil, y el hijo se dirige al juez para obtener permiso, debe el juez, aunque la ley no lo exprese, proceder con pleno conocimiento de causa, para fallar sobre si el padre tiene ó no razón al denegarse á autorizar ó representar al hijo de familia.

A las leyes de sustanciación corresponde determinar si sería susceptible del recurso de apelación el fallo en que el juez rehuse autorizar al hijo que se propone litigar contra un tercero

237. b) Cuando el hijo afirma que el padre está imposibilitado, el juez, con pleno conocimiento de causa, debe examinar :

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1º Si efectivamente el padre está imposibilitado para prestar el consentimiento:

2º Qué razones asisten al hijo para seguir el litigio.

La imposibilidad del padre puede provenir de varias causas: enfermedad, ausencia, persecuciones..... Cuandoquiera que el padre no pueda acudir en defensa de los derechos del hijo, puede el juez autorizar para que éste litigue contra un tercero.

No basta que el padre esté impedido; es necesario, además, que el hijo tenga motivos razonables para litigar; y si no los tuviere, el juez denegará el permiso.

238. c). El nombrar curador *ad litem* es consecuencia necesaria del impedimento del padre y de la incapacidad del hijo. Juzgamos que en este caso el curador *ad litem* no pudiera denegarse á deducir la acción civil, porque el permiso concedido por el juez con pleno conocimiento de causa, impone al curador la ineludible obligación de representar al hijo en la litis, sin examinar los fundamentos aducidos por el juez al resolver que el hijo tenía motivo razonable para litigar contra un tercero.

Art. 259. En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirijirse al padre, para que autorize o represente al hijo en la litis.

Si el padre no pudiere o no quisiere prestar su autorizacion o representacion, podrá el juez suplirla, i dará al hijo un curador para la litis (*).

REFERENCIAS.

Acciones civiles. 577. 578.
Hijo de familia. 240.
Para que autorice ó represente al hijo en la litis. 43.
Curador para la litis. 315. 494.

(*) Laurent. IV. 315.—Zachariae. (M. V) I. § 207.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 272.
C. E. 253.
C. C. 307.
C. de la L. 251. (Véanse las Concordancias del art. 258).
P. IV. XVII. 11..... Pero si el hijo algo ha a dar, o a fazer a otro, bien pueden apremiar al padre, quel faga estar a derecho, o que este el por el.

COMENTARIO.

239. I. En la acciones civiles contra el hijo de familia, deberá el actor dirigirse al padre para que autorice ó represente al hijo en la litis.

Como representante legal del hijo, el padre litiga cuandoquiera que se deducen acciones civiles contra el hijo. Las leyes de sustanciación deben prescribir, y prescriben en efecto las del Ecuador, que la demanda se dirija directamente contra el padre, manifestándose eso sí que los derechos puestos en tela de juicio atañen exclusivamente al hijo.

Si aun cuando el hijo fuese actor serían gravísimas las dificultades que resultaran de que el hijo mismo, autorizado por el padre, compareciera en juicio; todavía lo fueran más las provenientes de que, demandado el padre, se limitase á conceder al hijo autorización para litigar.

240. II. Cuando el padre no autoriza ó representa al hijo á quien se demanda, también distingue la ley dos casos :

a). El padre no quiere representar al hijo :

b). El padre está para ello imposibilitado.

241. a). Cuando el padre no quiere autorizar ó representar al hijo, el juez, dice la ley, puede autorizar al hijo para que siga el litigio, y le nombra un curador.

Todo esto es en extremo anómalo, y pugna, ya con la administración de justicia, ya con la esencia misma de la patria potestad.

Cuando un tercero es quien deduce la acción contra el hijo de familia, al juez no le es potestativo, sino absolu-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

lamente obligatorio, administrar justicia sustanciando la causa mediante los trámites por la ley prescritos. Luego, si al padre le fuese permitido no intervenir en el juicio, el juez debiera en todo caso autorizar al hijo, nombrándole un curador *ad litem* que le represente.

Pero como el padre está obligado á defender los bienes cuya administración y usufructo le confía la ley, la acción debe dirigirse contra el padre, para que éste litigue, ya personalmente, ya por medio de procurador. Facultar al padre para que se desentienda de los intereses del hijo, y conceder al juez la atribución de nombrar un curador, es anómalo y aún inmoral.

242. b). Cuando el padre se halla imposibilitado precariamente, entonces sí debiera el juez nombrar un curador que le represente.

Y decimos precariamente, porque si se hubiere privado al padre de la patria potestad, ó si ésta se hubiere suspendido, deberá intervenir en el litigio el curador general que represente al hijo.

Art. 260. No será necesaria la intervencion paterna para proceder criminalmente contra el hijo; pero el padre será obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa (*).

REFERENCIAS.

Todo el artículo. 136. inciso 2°.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 273. En las acciones criminales contra el hijo, no es necesaria la intervencion paterna; pero podrá el padre defenderle si quiere (a).

(*) Zachariae. (M. R.) I. § 207.

(a) No será necesaria la intervencion paterna para proceder

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 254. No será necesaria la intervención paterna para proceder criminalmente contra el hijo; pero el padre estará obligado á suministrarle los auxilios que necesite para la defensa.

C. Arg. 286. No es precisa la autorizacion del padre para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto fuese demandado criminalmente.....

C. C. 308.

D. IX. IV. 34. Quoties enim nemo filiumfamilias ex causa delicti defendit, in eum iudicium datur.

34. Si ninguno defiende al hijo de familia por causa de delito, se litiga con él.

COMENTARIO

243. I. No es necesaria la intervención paterna para proceder contra el hijo criminalmente.

Obsérvese que cuando se trata de la autorización á la mujer casada, declara la ley que no es necesaria la intervención del marido en causas criminales ó de *policía* en que se proceda contra la mujer; y que, en cuanto al hijo, no habla sino de causas criminales.

Si bien las causas de policía y las criminales son del todo diversas, y si bien hay discordancia entre los artículos concernientes á la mujer casada y al hijo de familia; juzgamos que pudiera enjuiciarse al hijo criminalmente y en asuntos de policía; pues en ambos casos militan unas mismas razones, á saber, que la persecución de las faltas de policía ó de los delitos y crímenes atañe al orden público, y que la voluntad del padre obstaría á que se castigue al hijo.

Si el padre de familia se muestra parte en defensa del hijo en causas criminales ó de policía, con él debiera contarse para la sustanciación del juicio. La regla general consiste en que el padre es siempre el representante legal

---

criminalmente contra el hijo; pero el padre será obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa (Art. 279 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

del hijo de familia; sólo se excepcionan los casos en que el padre no quiere ó no puede intervenir en el juicio criminal ó de policía. Pero si el padre comparece á nombre del hijo, se aplica aquella regla, y no pudierá procederse sino con la intervención del padre.

244. II. El padre está obligado á suministrar al hijo los auxilios que necesite para su defensa.

Como lo hemos observado al comentar el mismo art. 136, los auxilios consisten en todo cuanto conduzca al buen éxito de la causa. El padre debe proveerle de las expensas necesarias para procurador y abogado, y suministrarle todos cuantos datos conduzcan al triunfo del litigio.

Ignoramos por qué no se habló de los mismos auxilios al tratarse de las acciones civiles que el hijo deduce contra un tercero, ó de las defensas en los litigios que éste suscita contra el hijo.

La ley impone al marido la obligación de suministar á la mujer los auxilios que ella necesite para sus acciones y defensas judiciales civiles, y la naturaleza misma de la patria potestad exige que los propios auxilios se suministren al hijo de familia.

Parece que hay mera omisión, y que del espíritu de la ley se deduce necesariamente que el padre debe suministrar al hijo *todos los auxilios* conducentes á que el hijo triunfe así en las causas criminales como en las civiles.

Art. 261. El hijo de familia no necesita de la autorizacion paterna, para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto despues de su muerte (*) (a).

REFERENCIAS.

Hijo de familia. 240.
Bienes. 365.
Acto testamentario. 999. 1000.
Que haya de tener efecto despues de su muerte. 1140-1142.

(a) (Idéntico el art. 280 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

C. E. 255.

C. Arg. 286. No es precisa la autorizacion del padre..... para las disposiciones de su última voluntad (del hijo).

C. C. 309.

N. R. X. XVIII. 4. El fijo ó fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda facer testamento, como si estuviese fuera de su poder.

I. II. XII. Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint : exceptis iis quos antae enumeravimus, et praecipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere.....

II. No á todos es permitido otorgar testamento. Y en primer lugar los que están sujetos á la potestad de otro carecen de ese derecho; de suerte que aun cuando sus padres se lo permitiesen, no podrían testar legalmente; exceptuándose aquellos que hemos enumerado antes, y principalmente los hijos de familia militares, á quienes las constituciones de los príncipes les han permitido otorgar testamento de las cosas que en hueste hubieren adquirido....,

COMENTARIO

245. Si el hijo de familia es impúber, se cuenta entre las personas absolutamente incapaces de testar.

La ley enumera á todos los púberes entre las personas capaces de testar, y en nada atañe á esa capacidad el hallarse el hijo bajo la potestad paterna; pues dispone de sus bienes para una época en que el padre no tendría otro derecho que el de suceder en ellos como legitimario.

En cuanto á las palabras : *Acto testamentario que haya de tener efecto después de la muerte*, nos referimos á lo expuesto al comentar el artículo 139.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 262. La patria potestad se suspende por la prolongada demencia del padre, por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, i por larga ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, á que el padre ausente no provee (*).

REFERENCIAS.

Patria potestad. 240.
Demente. 465.
En entredicho de administrar sus propios bienes. 442. 456. 458.
Larga ausencia. 464.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 285.

C. E. 256. La patria potestad se suspende por estar el padre demente ó en entredicho de administrar sus propios bienes, ó por su larga ausencia, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, á que el padre ausente no provee.

C. Arg, 310. La patria potestad se suspende por ausencia de los padres, ignorándose la existencia de ellos, y por su incapacidad mental.

P. de G. 163. La patria potestad se suspende:

1° Por la incapacidad del padre declarada judicialmente.

2° Por la ausencia declarada con arreglo á lo que se dispone en los artículos 313 y 317.

3° Por haber sido condenado á una pena que lleve consigo esta suspension.....

C. C. 210.

C. Esp. 170. La patria potestad se suspende por incapacidad ó ausencia del padre ó, en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil.

C. A. 176. La patria potestad se suspende si el padre es declarado pródigo, si cae en demencia, si es condenado á un año de prisión, si se ausenta durante un año ó si emi-

(*) Pothier. Des personnes. 134.—Dalloz. Interdiction. 188.—Puissance paternelle. 52.—Laurent. IV. 262. V. 302. 303 bis.—Demolombe. VI. 296. 361. VIII. 611.—Zachariae (M. V.). I. § 207.—Zachariae (A. R.). I. § 123. VI. § 551.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

gra. En estos casos se provee de tutor á los hijos menores. Pero el padre recupera sus derechos tan luego como el impedimento cesa.

COMENTARIO.

246. La patria potestad se suspende:

a). Por la prolongada demencia del padre:

b). Por estar el padre en entredicho de administrar sus bienes:

c). Por larga ausencia del padre, si de ésta se sigue perjuicio grave en los intereses del hijo, á los cuales el padre ausente no provee:

247. a). Cuando la demencia del padre se prolonga, está él en absoluta imposibilidad de administrar tanto los bienes ajenos como los propios, y de cumplir las demás obligaciones provenientes de la patria potestad.

Según el tenor y espíritu de la ley, para que la patria potestad se suspenda no es necesario seguir contra el padre juicio de interdicción; basta la prueba de prolongada demencia.

Los miramientos que el hijo de familia debe al padre, le impiden muchas veces seguir juicio para que se le ponga en interdicción por causa de demencia. Pero siendo necesario evitar los gravísimos cuanto irreparables perjuicios provenientes de que el padre demente administre los bienes del hijo, la ley, fundada en razón y justicia, faculta al hijo para que, por medio de un curador, exija se suspenda la patria potestad por la prolongada demencia del padre.

248. b). Cuando se hubiere puesto al padre en interdicción por demente ó pródigo, suspéndese asimismo la patria potestad.

Esta disposición basta para evidenciar que tratándose de la demencia del padre, la patria potestad puede suspenderse sin que preceda juicio de interdicción.

Si conforme á las reglas prescritas al tratarse de la curaduría del disipador ó del demente, se nombra curador que administre los bienes del padre, basta esa circunstancia para que pueda pedirse que lá patria potestad se suspenda.

Si bien el Código de Napoleón guarda silencio sobre los

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

motivos que pueden suspender la patria potestad, los más notables expositores se acuerdan en que cuandoquiera que el padre se halle imposibilitado de ejercerla, á la madre es á quien corresponde (68).

---

(68). " Sólo el padre ", dice el art. 372, " ejerce esa potestad durante el matrimonio.

" ¿Pero qué podria resolverse si durante el matrimonio el padre está en imposibilidad legal ó física de ejercer la patria potestad?

" El padre, por ejemplo, ha perdido la patria potestad en virtud del art. 335 del Código penal.

" O está en interdicción, ó se le ha declarado ausente.

" Proudhon enseña que no concediendo la ley la patria potestad sino á la madre sobreviviente, la madre no puede ejercerla sino cuando en efecto sobrevive al marido. Pero esta interpretación literal es inadmisible :

" 1°. Según los principios la patria potestad se concede al padre y á la madre; el hijo se halla bajo la potestad de ambos; el padre, á no dudarlo, la ejerce principalmente; pero cuando está imposibilitado por causas que la ley misma reconoce, es lógico que la madre la ejerza, pues nada obsta entonces al ejercicio de la potestad que á ella le pertenece.

" 2°. ¿A quién se conferiria entonces la patria potestad sino á la madre? Nadie pudiera ejercerla mejor.

" 3°. Las disposiciones de nuestros Códigos suponen siempre que la madre es quien ejerce la patria potestad, cuando el padre no puede ejercerla.

" 4°. Conforme á las leyes anteriores á la promulgación del Código, la madre ejercia la patria potestad no sólo después de la muerte del padre, sino también, dice Pothier, en el caso que por interdicción ó ausencia no pudiera él ejercerla " (Demolombe. VI. 296).

" Si la mujer es tutora del marido interdicto, tiene los derechos de que gozan en general los tutores.....

" En cuanto á la patria potestad, de derecho continúa perteneciendo al marido interdicto; de hecho la ejerce la mujer; ¿pero como tutora del marido ó como madre? Opinamos que como madre. En efecto, la madre tiene la patria potestad con el mismo derecho que el padre; sólo éste la ejerce durante el matrimonio, dice el art. 373; lo cual supone que se halla en aptitud de ejercerla; mas si una enfermedad mental le impide ejercer la patria potestad que la ley le confiere, ella pasa á la mujer; si no, se deduciria que ninguno de los cónyuges ejerce la patria potestad, y eso es absurdo. Si, como lo creemos, la mujer ejerce la patria potestad por el mero hecho de que su marido

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

249. c). Cuando el padre se ausenta, para que la patria potestad se suspenda es necesario que concurran tres circunstancias :

1ª Que la ausencia sea larga :

2ª Que no provea el padre á la administración de los bienes del hijo; y

3ª Que esto ocasione al hijo graves perjuicios.

Las palabras : " Prolongada ausencia del padre " manifiestan, á nuestro ver, que no es necesario concurran todas las circunstancias puntualizadas en el artículo 473. Muchas veces hemos observado que ausencia tiene varias acepciones, y que debe atenderse al contexto de la ley para determinar el sentido en que esta palabra se emplea. En el presente caso vale no presencia del padre en el lugar donde ha establecido su domicilio.

La ley no determina la duración de la ausencia, y, por lo mismo, quedaría al arbitrio del juez apreciar, según las circunstancias, si la ausencia es ó no larga.

El padre es libre para ausentarse cuándo y cómo le plazca y para encomendar la administración, bajo su responsabilidad, á cualquiera persona.

Si ésta administra diligentemente los bienes del hijo, no hay razón alguna para exigir que la patria potestad se suspenda, por larga que sea la ausencia; la cual puede provenir, ya de las necesidades del servicio público, como el desempeño de una misión diplomática, ya de la buena gestión de los negocios del hijo.

Al juez le incumbe calificar los perjuicios graves que sobrevienen al hijo en la administración de sus bienes á causa de la ausencia del padre.

250. Ya hemos dicho, al comentar el art. 252, que á suspenderse la patria potestad, se nombra un curador que administre los bienes del hijo.

---

está imposibilitado de ejercerla, síguese que la madre ejerce esa potestad como mujer : la tenía antes de la interdicción, y continúa ejerciéndola después de la sentencia que inhabilita al marido. Luego, ejercerá los derechos, no de tutora, sino de madre á quien corresponde la patria potestad " (Laurent. V. 302).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Gravísimos son los inconvenientes que se desprenden de que en tal caso se nombre al hijo un guardador para la administración de sus bienes, en vez de conferir á la madre legítima la patria potestad.

Cuando el marido se halla en interdicción por causa de demencia, la mujer es llamada á ejercer la guarda y administrar así los bienes del marido como los de la sociedad conyugal. Nada más equitativo que entonces á la misma se le confiera la administración de los bienes del hijo en virtud de la patria potestad.

La guarda del hijo no es entonces sino una rueda inútil, que entorpece el mecanismo de la administración confiada á la madre de familia.

Art. 263. La suspension de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, i despues de oidos sobre ello los parientes del hijo i el defensor de menores (*).

REFERENCIAS.

Suspensión. 262.
Patria potestad. 240.
Oidos..... los parientes del hijo. 12.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 286. La suspension de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, i despues de oídos sobre ello los parientes del hijo, el defensor de menores i el fiscal de la Corte de Apelaciones (a).
C. E. 257.
C. C. 311.
C. A. 179. En caso de abuso de la patria potestad ó de

(a). La suspension de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, i despues de oidos sobre ello los parientes del hijo i el defensor de menores. (Art. 282 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

negligencia, el hijo, y aun cualquiera otra persona, y sobre todos los parientes más próximos, pueden denunciar el hecho á los tribunales; quienes, seguida información, resolverán según las circunstancias.

COMENTARIO.

251. I. La suspensión de la patria potestad debe ser declarada por el juez.

Tratándose de un asunto tan importante como trascendental, el juez debe proceder observando trámites lentos y complicados que le habiliten para proceder con pleno conocimiento de causa.

252. II. El juez oye á los parientes del hijo y al defensor de menores.

Conforme al artículo 42 los parientes del hijo son en este caso los consanguíneos legítimos mayores de edad, y, á falta de éstos, los afines legítimos.

No basta la audiencia del defensor de menores; es necesario, además, nombrar al hijo un curador que le represente en la litis contra el padre; y hubiera convenido que el juez ejerciese la atribución de dictar las providencias conservativas que aseguren los bienes del hijo.

Todas estas faltas pudieran corregirse dictándose disposiciones en el Código de enjuiciamientos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

TITULO XI

De la emancipación

Art. 264. La emancipacion es un hecho que pone fin a la patria potestad. Puede ser *voluntaria, legal* o *judicial* (*).

REFERENCIAS.

Patria potestad. 240.
Voluntaria. 265.
Legal. 266.
Judicial. 267.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 287.

C. E. 261. La emancipación da fin á la patria potestad. Puede ser *voluntaria, legal o judicial.*

P. de G. 160. La patria potestad se acaba..... :

2° Por la emancipacion.

C. C. 312.

C. P. 298. Por la emancipacion queda el menor eximido de la patria potestad ó de la autoridad del guardador.

299. La emancipacion hace capaz al menor de ejercer por sí mismo los derechos civiles, subsistiendo, no obstante, en su favor el privilegio legal de la restitucion.

C. M. 388. La patria potestad se acaba:

(*) Savigny, VIII. § 396.—Locré. VII. 28. 5.—241. 19.—179. 14.—Merlin.—Emancipación. § I. n. I. Dalloz Lois. 240. Minorité, Tutelle, Emancipación. S. 764. 765.—Laurent. V. 192. 212. 213.—Zachariae (M. V.). I. § 227.—Zachariae (A. R.). I. § 123. 330.—Demolombe. VIII. 177-179. 181.—Hec. III. 465.—Duranton III. 648-650.—Escriche. Emancipación I. n. I.—Ortolan. (1) I. 166. 168.—Maynz. III. § 326. 332.—Gómez de la Serna. I. p. 218.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

I. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
II. Por la emancipación.
III. Por la mayor edad del hijo.
C. Esp. 167. La patria potestad se acaba..... :
2º Por la emancipación..... :

COMENTARIO.

253. I. La emancipación es *un hecho* que pone fin á la patria potestad.

Nada más verdadero que son peligrosas las definiciones, y que uno de los defectos del Código chileno consiste en definirlo todo.

Nadie puede formarse idea exacta de la emancipación cuando oye ó lee que ella es un *hecho* que pone fin á la patria potestad. ¿Cómo puede confundirse el hecho mismo con su efecto, que es la emancipación? Si el hijo cumple veinticinco años ó se casa, ello no es la emancipación; la emancipación es consecuencia de haber cumplido el hijo aquella edad ó de haber contraído matrimonio.

El Código ecuatoriano se acercó más á la verdad diciendo, en su artículo 261, que la emancipación da fin á la patria potestad. En vez de definir, limítase á expresar que en virtud de la emancipación termina la patria potestad.

254. II. La emancipación es de tres especies :
Voluntaria;
Legal;
Judicial.
La primera se efectúa en virtud de una convención.
La segunda, por el ministerio de la ley.
La última, por sentencia.

Si bien la emancipación legal y la judicial provienen de la ley, la diferencia entre las dos consiste en que la primera se verifica tan luego como se efectúa el hecho determinado por la ley; al paso que para la segunda es necesaria sentencia que expide el juez con pleno conocimiento de causa. Cuando el hijo de familia se casa ó cumple veinticinco años, queda emancipado por el ministerio de la ley.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Mas ú solicitarse que se declare al hijo emancipado porque el padre le maltrata habitualmente en términos de poner en peligro su vida, ó cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad; sustánciase el respectivo juicio, y, lo repetimos, el juez expida sentencia.

Art. 265. La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que el padre declará emancipar al hijo adulto, i el hijo consiente en ello.
No valdrá la emancipacion si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa (*).

REFERENCIAS.

Instrumento público. 1699.
Padre. 240.
Hijo adulto. 24.
Todo el inciso 2°. 1681. 1682.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 288. La emancipacion *voluntaria* se efectúa por instrumento público, en que el padre declare emancipar al hijo (a).
C. E. 262.

C. de N. 477. Le mineur, même non marié, pourra

477. El menor, aunque no casado, puede ser emanci-

(*) Savigny. VIII. § 396.—Locré. VII. 145. arts 79. 80-193. 1-209. arts 88. 89.—Merlin. Emancipation. I. n° 1°. 2°. 4°.—Dalloz. Minorité, Tutelle, Emancipation. S. 765. 766. 767-774. 777-781.—Laurent. V. 197-203.—Zachariae. (M. V.) I. § 227.—Zachariae. (A. R.) I. § 129.—Demolombe. VIII. 190-199.—(Escriche. Emancipación. I.) Demante. II. 242-247. 249-254 bis.—Toullier. II. 1281. 1285-1289.—Huc. III. 465. 468-474. 477-491.—Duranton. III. 650. 651. 654. 655-698.—Escriche. Emancipación. I. n° 2-7.—Ortolan (I). 166.—Maynz. III. 326-332.

(a) La emancipacion *voluntaria* se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar al hijo. (Artículo 268 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

être émancipé par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus.

Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier.

478. Le mineur resté sans père ni mère, pourra aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable.

En ce cas, l'émancipation résultera de la délibération qui l'aura autorisée, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé.

pado por el padre, ó, á falta de padre, por la madre, cuando hubiere cumplido quince años.

Esta emancipación se efectuará por la mera declaración del padre ó de la madre ante el juez de paz y su secretario.

478. El menor que no tiene padre ni madre, podrá también, pero solo cuando hubiere cumplido diez y ocho años, ser emancipado si el consejo de familia le juzga capaz de ella.

En tal caso la emancipación resultará de la deliberación que la hubiere autorizado, y de la declaración que el juez de paz, como presidente del consejo de familia, hubiere hecho, en la misma acta, de que el menor está emancipado.

P. de G. 273. El mayor de diez y ocho años y menor de veinte, puede ser emancipado por el padre, y á falta suya por la madre, siempre que él consienta en su emancipación.

274. La emancipación se otorgará en escritura pública, con intervención del alcalde del domicilio del emancipante.

C. C. 313.

C. P. 300. Tienen facultad de emancipar al menor el padre y en su defecto la madre.

301. Los padres nunca pueden ser obligados á emancipar á sus hijos.

302. El guardador tiene tambien la facultad de emancipar á su menor, si el consejo de familia lo hallare conveniente.

303. Cuando el guardador no emancipa al menor, puede el consejo de familia, si cree útil la emancipacion, pedirla al juez, quien la concederá ó no con audiencia del guardador.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

304. Para la emancipacion es indispensable que el menor haya cumplido diez y ocho años, y que preste su consentimiento.

305. No se emancipa el hijo, sino que pasa al poder de un guardador, cuando los padres pierden la patria potestad conforme al artículo 291.

C. de la L. 369. El menor, aunque no esté casado, puede ser emancipado por el padre, y, á falta de padre, por la madre, cuando hubiere cumplido quince años.

Esta emancipación se efectúa por la declaración del padre ó madre ante escribano público y dos testigos.

370. El menor que no tiene padre y madre, podrá también, pero sólo á la edad de diez y ocho años cumplidos, ser emancipado, si el consejo de familia le juzga capaz de ello.

Esta emancipación puede ser pedida bien por uno de los parientes del menor, bien por el menor mismo.

P. IV. XVIII. 15. Emancipatio es otra manera, sin las que diximos de suso, por que salen los fijos de poder de sus padres. E fazese de esta guisa. Ca debe venir el padre, con aquel fijo que quiere sacar de su poder, antel Juez que es dado para todos los pleytos, a que llaman en latin Ordinarius. E seyendo ambos delante del Juez, el padre, e el fijo, debe dezir el padre, como lo saca de su poder, e el fijo otorgarlo.....

J. I. XII. 6. Praeterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per *imaginaria venditiones* et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel *ex imperiali rescripto*. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit : ut, fictione pristina explosa, *recta via ad competentes iudices vel magistratus, parentes intrent;* et filios suos, vel filias, vel ne-

6. Los hijos salen de la patria potestad también por la emancipación; la cual se efectuaba según las antiguas solemnidades de la ley por medio de ventas imaginarias intermedias manumiciones, ó por *rescripto imperial*. Pero nosotros hemos mejorado este punto reformándolo; de manera que suprimida la antigua ficción, los ascendientes se limitarán á presentarse ante los jueces competentes, y libertarán de su potestad á los hijos, hijas, nietos, nietas y otros descendientes. Entonces, conforme

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

potes, vel neptes, ac deinceps, sua manu dimittant. Et tunc ex edicto praetoris in hujus filii, vel filiae, vel nepotis, vel neptis bonis qui quaeve a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem iura praestantur parenti, *quae tribuuntur patrono* in bonis liberti. Et praeterea si impubes sit filius, vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam eius nanciscitur.

al edicto del pretor, se confiere á los ascendientes, en los bienes del descendiente emancipado, los mismos derechos que al patrono en los bienes del liberto; y, además, si el descendiente es impúber, el ascendiente tiene su tutela por la emancipación.

COMENTARIO.

255. I. La emancipación voluntaria se efectúa cuando el padre declara por instrumento público que emancipa al hijo adulto, y el hijo lo acepta.

La voluntad del padre de familia es el principal origen de la emancipación de que habla el artículo 265, y sin ella la emancipación no podría en ningún caso efectuarse.

Sólo el padre se halla en aptitud de juzgar si el hijo merece el usufructo de sus bienes; pues, en resumidas cuentas, ese usufructo es el único beneficio que reporta el hijo emancipado por el padre voluntariamente.

De todo punto frustránea la emancipación voluntaria reglamentada por el Código chileno, y ella es otra de las pruebas de que las reminiscencias antiguas pervertían muchas veces el talento ecléctico de Dn. Andrés Bello. Efectivamente, si se pregunta por qué se ha establecido la emancipación voluntaria, la respuesta no puede consistir sino en que la misma emancipación se conocía según las leyes romanas y las españolas. ¿Qué gana el hijo emancipado si es tan inhábil como antes para administrar sus bienes? Porque el menor emancipado queda bajo la curaduría legítima de las personas por la ley enumeradas; y la llamada primeramente es el mismo padre legítimo. El emancipado pasa de *hijo de familia* á pupilo; las facultades que el padre de familia como tal ejerce administrando los bienes

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

del hijo, son más amplias que las del guardador; esa amplitud facilita la administración, y, por consecuencia, el emancipado voluntariamente se halla, en cuanto á la administración de sus bienes, en situación menos favorable que el hijo de familia.

Si el legislador se proponía agraciar al hijo con el usufructo de sus bienes, hubiera bastado que conceda al padre la facultad de renunciar ese derecho.

Opinamos, pues, que en el mecanismo de la ley, la emancipación voluntaria no pasa de una rueda inútil, que no surte otro efecto que el de complicar el sistema.

La emancipación voluntaria de que tratamos, imitada en todas su partes de las leyes romanas (69) y españolas,

---

(69). Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipacionibus, ceteri vero liberi, sive masculini sexus sive feminine, una mancipatione exeunt de parentum potestate : lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: SI PATER FILIUM TER VENUM DUIT, A PATRE FILIUS LIBER ESTO. Eaque numittit; eo facto, revertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat, vel eidem vel alii : sed in usu est eidem mancipari : isque eum postea similiter vindicta manumittit; quo facto, cum rursus in potestatem patris fuerit reversus, tertio pater eum mancipat, vel eidem vel alii : sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur : eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii duret, apud eum cui mancipatus est; a quo si rursus manumittatur, sui iuris fit.

" Feminae, quae in manu sunt, similiter eo iure liberantur atque filiae, quae in potestate sunt. Sicut igitur filiae familias una mancipatione ex potestate patris exeunt, ita eae quae in manu sunt, una mancipatione desinunt in manu esse; et cum ex remancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur. Et siquidem mulier, fiduciae causa, cum extraneo coemptionem fecerit, ipsa eum cogere potest ut se remancipet : ea vero, quae cum viro suo coemptionem fecit, si velit ab eo remancipari, eum nihilo magis potest cogere, quam filia patrem; sed filia quidem nullo modo patrem potest cigere, etiamsi adoptiva sit: haec autem virum, repudio misso, proinde compellere potest, atque si numquam nupta fuisset.

« Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ub sibi remancipetur : nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

no es la emancipación, fundada en principios juri-

---

mancipio recipit. Ac ne is quidem dicitur invito eo cuius in mancipio est, censi libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, veluti quod furti eius nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit" (Gayo. I, 132. 137. 140).

"Ni el Derecho primitivo ni la Ley de las XII tablas conferían al padre el derecho de libertar al hijo directamente de la patria potestad. No había un modo de libertar de esta sujeción como lo había en cuanto á la esclavitud: necesario, pues, excogitar medios indirectos para conseguirlo. Los suministró la Ley misma de las XII tablas.

"Cuando el padre de familia ejercía el derecho de vender sus hijos (*venumdare, mancipare*) transfiriendo por la venta el dominio al adquirente, perdía la potestad sobre el hijo vendido. La Ley de las XII tablas, empero, decía: '*Si pater filium ter venumdedit, filius a patre liber esto*'. Lo cual se entendía en el sentido de que si el comprador propietario del hijo le libertaba, el hijo quedaba, no *sui iuris*, sino que volvía á la potestad del padre; el cual podía venderle por segunda vez. Si también el segundo adquirente le libertaba, volvía de nuevo á la potestad del padre, que podía venderle por tercera vez; y sólo en virtud de esta tercera venta se extinguía la patria potestad. Como el tenor de la ley, en esta disposición tan especial, no hablaba sino del hijo, los jurisconsultos no extendían esta excepción á las hijas ni á los nietos; y, en cuanto á ellos, el padre de familia perdía la patria potestad después de una sola venta. ¿En qué posición se hallaba el hijo vendido, aún después de extinguida la patria potestad? Sabemos que estaba en poder del que le había comprado por la *mancipación* (*in mancipio*), semejante en ciertos respectos á un esclavo; pero podía suceder que el dueño le diese libertad; y entonces el hijo era *sui iuris*, libre de la patria potestad extinguida por las ventas y libre del *mancipium* extinguido por haberle libertado. Pero el que le libertaba ejercía sobre él los derechos de patronato y sucesión..... Hé aquí cómo, según los principios rigurosos de las XII tablas, los hijos después de una ó más *mancipaciones*, seguidas de una ó más manumisiones, podía quedar *sui iuris*. Es probable que al principio estas *mancipaciones* fuesen reales, pero poco después se convirtieron en ficticias. Un padre que deseaba emancipar al hijo convenía con un amigo en que le comprase, éste prometía darle libertad, y las *mancipaciones* acabaron por emplearse solo ficticiamente para extinguir la patria potestad. Se denominó *emancipacion* ese acto compuesto de *mancipaciones* simuladas y liberaciones intermedias. Nótese que las *mancipaciones* podían efectuarse bien á una misma persona, bien á personas diferentes, en un mismo día ó después de algunos intervalos; pero, á ser

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dicos, establecida por el Código de Napoleón. (70).

256. II. No valdrá la emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa.

---

ficticias, se acostumbraba efectuarlas de seguida y á una sola persona. Presentábase un inconveniente : consistía en que el comprador retenía al hijo, y en calidad de *manumissor*, tenía los derechos de patronato, tutela, sucesión. Para obviar tal inconveniente el padre celebraba por lo general la emancipación con el contrato de fiducia (*contracta fiducia*). Este contrato en su sentido restricto consistía en que alguno recibiendo una cosa en mancipación, se obligaba á devolverla al *mancipante* por otra *mancipacion*. Probable es que el contrato quedase celebrado por medio de las palabras de la *mancipación*, y que era la ley de las partes (*lex mancipii*) conforme á lo prescrito por las misma XII tablas. Entonces el padre obligaba al adquirente del hijo á devolvérsele. ' *Ea lege mancipio dedit ut sibi remancipatur*, ' y hecha la remancipación, el hijo se hallaba,no *in patria potestate*, que se había extinguido por las ventas, sino *in mancipio*. En esta posición el padre podía darle libertad y adquirir los derechos de tutela y de sucesión " (Ortolan. I. I. 166).

(70). " No se trata ahora " (decía Lahary) " de la emancipación tan famosa de los romanos, por la cual un padre libertaba á su hijo de la patria potestad.....

" Hemos establecido en las leyes la patria potestad..... Pero reconocemos en ella, lo que la naturaleza prescribe, un poder de afecto y de protección. Mas, aunque la emancipación de que tratamos surte el mismo efecto de libertar al hijo de la potestad del padre, ante todo debemos determinar el efecto que la emancipación surte relativamente á los bienes del hijo.

" La emancipación es un término medio entre el estado de menor y mayor. La distinción entre estos dos estados se funda en que por lo regular el hombre no es capaz de administrar sus negocios sino cuando llega á cierta edad. Hemos fijado esa época á los veintiún años. Tal institución, aunque del todo positiva, tiene su origen en la naturaleza misma, que parece no haber operado sino á esa edad el desarrollo de las facultades. Pero la experiencia nos enseña que ese desarrollo es más precoz en algunos.

" Luego, hay consecuencia en anticipar los efectos que, según las leyes, debe surtir tal desarrollo " (Locré. VII. 279. 14).

" El menor emancipado se libera de la patria potestad y de la tutela; luego, en cuanto á su persona, se asimila al mayor. Es verdad que se halla bajo curatela, pero la curatela no concierne sino á los bienes; en nada limita la libertad que la emancipación confiere al menor. La ley misma señala esta diferencia que establece entre el menor emancipado y el menor no eman-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Otra reminiscencia que á nada conduce. Según las leyes romanas la emancipación se efectuaba ante el juez como rezago de la antigua venta que el padre hacía ante siete testigos; y las leyes de Partida, que muchas veces se limitaron á copiar textualmente las leyes romanas, exigían también la intervención judicial. Pero, según el Derecho chileno, ¿á qué conduce la autorización judicial? ¿Qué hechos investiga el juez cuando procede con pleno conocimiento de causa? Si investiga la capacidad del menor para la administración de sus bienes, ello es de todo punto nugatorio; pues, como ya lo observamos, el menor emancipado pasa á ser pupilo del mismo padre ó de otra persona, y entonces son mayores las trabas que dificultan la administración de sus bienes. ¿Trataráse de la solvencia

---

cipado. Éste tiene domicilio legal, signo de la dependencia en que vive; al paso que el otro no tiene domicilio legal, esto es, vive independiente y libre; dispone de su persona como le parece.

" Hay sin embargo algunas diferencias entre el menor emancipado y el mayor. El menor, aunque emancipado, no puede casarse sin el consentimiento del consejo de familia.....

" Mucha analogía hay entre los derechos del menor emancipado y los del tutor, en lo tocante á la gestión de los bienes. Los principios generales son unos mismos. Distinguense respecto del menor emancipado y del tutor los actos de administración, y los actos de disposición. Respecto á estos últimos, el Código asienta el principio de que el menor es hábil sólo para los de pura administración, sin observar la forma prescrita para el menor no emancipado. En cuanto á esos actos, que son los más importantes de la vida civil, la asimilación es completa. La regla consiste, pues, en que el menor emancipado no puede ejecutar sino actos de pura administración : es la expresión legal. El tutor también administra los bienes del pupilo.

" Hé aquí la analogía. Hay, empero, diferencias. La ley se expresa en términos restringidos cuando habla de los actos que el menor emancipado puede hacer por sí solo : son los actos de pura administración; al paso que en cuanto al tutor la ley dice que administra los bienes del pupilo como buen padre de familia. Salta á la vista la razón de esta diferencia. El tutor se halla en pleno uso de sus derechos; el menor emancipado, al contrario, es todavía incapaz, pues la ley le da curador, y hay actos de administración que no puede ejecutar sino asistido por curador..... " (Laurent, V. 212. 213).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

del padre y del perjuicio que la renuncia del usufructo puede acarrear á sus acreedores?. Si eso se propusiese la ley, el conocimiento de causa sería ventajoso; pero como en la información previa no son partes sino el padre y el curador que se nombre al hijo, ni se mentará la solvencia del padre, ni pudiera concederse al juez la facultad de investigarla de oficio sin entrar en averiguaciones inquisitoriales.

257. Si la emancipación se efectuó en virtud de resolución judicial, ¿pudieran los acreedores del padre deducir la acción pauliana concedida por el artículo 2369 del Código civil? Opinamos que sí. Esa acción se concede á los acreedores para que se rescindan los contratos onerosos, así como todos los actos y contratos gratuitos inclusos las remisiones y pactos de liberación; y salta á la vista el grave perjuicio que subreviene á los acreedores á renunciar su deudor el usufructo de cuantiosos bienes.

Para que la emancipación se rescindiese, bastaría la mala fe del padre y el perjuicio de los acreedores.

Acaso se objete que según el artículo 269 toda emancipación una vez efectuada es irrevocable. Pero ese artículo prohibe revocar la emancipación válida, y no lo es la que se efectúa en fraude de los acreedores.

La sentencia que en el juicio de jurisdicción voluntaria se expida autorizándose la emancipación, no pasa en autoridad de cosa juzgada (l. 17); pues, por regla general, cuando la ley exige autorización para la validez de un acto ó contrato, esa autorización no es sino una de las solemnidades habilitantes; las cuales sólo se refieren á la capacidad de las partes.

Subsiste, pues, la emancipación como un mero contrato entre el padre y el hijo, y todos los contratos gratuitos se rescinden, lo repetimos, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 266. La emancipacion *legal* se efectúa :
1° Por la muerte natural o civil del padre, i por la muerte civil del hijo;
2° Por el matrimonio del hijo;
3° Por haber cumplido el hijo la edad de veinte i cinco años;
4° Por el decreto que da la posesion de los bienes del padre desaparecido.

REFERENCIAS.

Muerte natural. 78.
Muerte civil. 95.
Matrimonio. 102.
Todo el número 4°. 81. n° 6°, 7°. 82. 84. 90
Veinticinco años. 24. 1446. 1447.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 289. La emancipación *legal* se efectúa :
1° Por la muerte del padre;
2° Por el matrimonio del hijo;
3° Por haber cumplido el hijo la edad de veinte i cinco años;
4° Por el decreto que da la posesion provisoria de los bienes del padre desaparecido (a).

(*) Savigny. VIII. § 396.—Locré. I. 207. 71.—IV. 31. art. 28-30.—109. 29. 30.—131. 11.— VIII. 26. art. 2.—145. art. 78.—194. 5.—209. art. 88.—Dalloz. Minorité, Tutelle, Emancipation. 786-789.—Laurent. II. 145-149. 219-221.—IV. 289.—V. 195.—Zachariae (M. V.). I. § 192. 227.—Zachariae (A. R.). I. § 129.—Demolombe. VIII. 182-189.—Duranton. III. 652-653.—Demante. III. 241.—Huc. III. 266.—Berriat-Saint-Prix. I. 721-726. 727-731. 732. 733.—Pacheco. II. p. 171-174.—Escriche. Emancipación. I. n. 9-10.—Ortolan. I. 156. 157.—Maynz. III. § 332.—Gibbon. III. XLIV.

(a) La emancipación legal se efectúa :
1° Por la muerte natural o civil del padre, i por la muerte civil del hijo;
2° Por el matrimonio del hijo;
3° Por haber cumplido el hijo la edad de veinte i cinco años;
4° Por el decreto que da la posesion provisoria de los bienes del padre desaparecido (Art. 289 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 263. La emancipación legal se efectúa :
1° Por la muerte natural ó civil del padre, cuando no existe la madre, y por la muerte civil del hijo :
2° Por el matrimonio del hijo :
3° Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre ó madre ausente :
4° Por haber cumplido el hijo la edad de veintiún años. Queda abolida la habilitación de edad.

C. de N. 141. Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens.

142. Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déférée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire.

143. Il en sera de même dans le cas où l'un des époux qui aura disparu, laissera des enfants mineurs issus d'un mariage précédent.

476. Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

141. Si el padre ha desaparecido dejando hijos menores habidos en matrimonio, la madre tendrá la guarda de ellos, y ejercerá todos los derechos del marido en cuantoá su educación y á la administración de sus bienes.

142. Si la madre hubiere muerto durante la desaparición del padre, ó si muriere antes que la ausencia del padre se hubiere declado, seis meses después de la desaparición del padre se conferirá la guarda de los hijos, por el consejo de familia, á los ascendientes más próximos, y á falta de éstos, á un curador provisional.

143. Lo mismo se hará si uno de los cónyuges que hubiere desaparecido, deja hijos menores habidos de precedente matrimonio.

476 El menor se emancipa *ipso iure* por el matrimonio.

C. Arg. 131. La emancipacion de los menores, sin distincion de sexo, solo tendrá lugar en el caso de matrimonio de estos, sin depender tampoco de formalidad alguna, cualquiera que fuese la edad en que se hubieren casado, con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la au-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

torizacion necesaria, conforme á lo dispuesto en este Código.

132. Si el matrimonio fuese anulado, la emancipacion será de ningun efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada.

133. La emancipacion es irrevocable, y produce el efecto de habilitar á los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan ó no hijos.

306. La patria potestad se acaba :

1° Por la muerte de los padres ó de los hijos;

2° Por profesion de los padres en institutos monásticos, ó por profesion de los hijos con autorizacion de los padres;

3° Por incurrir el padre ó madre en la pérdida de ella;

4° Por llegar los hijos á la mayor edad.....

P. de G. 160. La patria potestad se acaba :

1° Por la muerte del padre ó la del hijo.....

4° Por la mayor edad del hijo.

C. C. 314. La emancipación *legal* se efectúa :

1° Por la muerte natural del padre;

2° Por el matrimonio del hijo;

4° Por haber cumplido el hijo la edad de veintiún años;

4° Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido.

C. P. 288. La patria potestad se acaba :

1° Por muerte de los que la ejercen :

2° Por exponer el padre al hijo :

3° Por matrimonio del hijo..... :

5° Por cumplir el hijo veintiún años de edad :

C. M. 388. La patria potestad se acaba :

I. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.....

III. Por la mayor edad del hijo.

C. de la L. 367. (El 476 del Código de Napoleón).

C. Esp. 167. La patria potestad se acaba :

1° Por la muerte de los padres ó del hijo.....

314. La emancipación tiene lugar :

1° Por el matrimonio del menor.

2° Por la mayor edad.

315. El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el art. 59 y en la regla 3ª del 50.

C. A. 272. La patria potestad cesa con la edad mayor, á

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

menos que por justa causa, y á petición del padre, el tribunal hubiere resuelto la continuación y ello se publique.

273. Hay causa justa para solicitar, en juicio, que continúe la patria potestad, cuando el hijo, aunque mayor, no es idóneo, á consecuencia de debilidad corporal ó mental de proveer á su subsistencia ó de dirigir sus negocios, ó cuando durante su menor edad ha contraído deudas considerables ó cometido faltas que exigen la continuación de la vigilancia del padre.

N. R. X. V. 3. (Ley 47 de Toro). El hijo ó hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre : y haya para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, puesto que sea vivo su padre, el qual sea obligado á se lo restituir, sin le quedar parte alguna del usufructo dellos.

P. IV. XVIII. I. Por muerte natural se desfaze el poderio, que ha el padre sobrel fijo : ca luego que muere el padre, finca el fijo por si. Pero esto se debe entender desta manera; si este que murio, era ya salido de poder de su padre. Ca si de su poder non fuesse salido, maguer el muriesse, fincarian los fijos en poder de su abuelo, bien assi como lo eran quando era biuo su padre. Mas si muriesse alguno que ouiesse fijos, o nietos, que estouiessen en su poder, luego quel es muerto, finca el su fijo en poder de si mismo, e los nietos del muerto tornanse en poder de su padre.

I. I. XII..... Hi vero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui iuris fiunt. Sed hoc distintionem recipit: nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiaeve sui iuris efficiuntur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui iuris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui *recasuri non sunt*.....

XII..... En cuanto á los que éstán bajo la potestad del ascendiente, muerto éste quedan sui uiris. Lo cual, sin embargo, es preciso distinguir; porque muerto el padre sus hijos é hijas quedan *sui iuris*; pero muerto el abuelo, los nietos y nietas no lo quedan sino cuando *no entren bajo la potestad del padre*.....

COMENTARIO.

258. La emancipación legal se efectua :

a). Por la muerte natural y civil del padre y por la muerte civil del hijo :

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

b). Por el matrimonio del hijo:

c). Por haber cumplido el hijo veinticinco años:

d). Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre desaparecido.

259. a). Efectúase la emancipación por la muerte natural del padre, porque según el absurdo sistema del Código chileno, la madre no ejerce sobre el hijo los derechos de la patria potestad.

En virtud de la muerte civil, que consiste, como lo hemos visto, en hacer votos solemnes en instituto monástico reconocido por la Iglesia católica, el religioso pierde todos los derechos civiles, especialmente los que se refieren á la propiedad de los bienes.

Además, las obligaciones inherentes al estado religioso son del todo incompatibles con el ejercicio de la patria potestad; la cual, aunque confiere derechos al padre, le impone graves obligaciones en cuanto á la persona y bienes del hijo.

Evidente es, por tanto, que el hijo debe emanciparse por la muerte civil del padre.

Clara es asimismo la regla de que la muerte civil del hijo le emancipa.

El hijo pierde la propiedad de todos sus bienes, ábrese la sucesión, transmítense ellos á los respectivos asignatarios, y, por lo mismo, el padre no podría ejercer ningún derecho sobre los bienes del hijo.

En cuanto á la persona mismo del hijo, si el padre consiente en que haga votos solemnes, renuncia los derechos inherentes á la patria potestad, y el hijo no queda sujeto sino á los superiores determinados en la regla del respectivo instituto monástico.

Volvemos á encontrar la más absoluta pugna entre las leyes civiles y las canónicas. Según aquéllas, los derechos inherentes á la patria potestad no pueden renunciarse; pero las leyes canónicas, que en este caso prevalecen sobre las civiles, facultan al padre para desprenderse absolutamente del derecho de dirigir la educación del hijo y de velar sobre su conducta.

260. b). Las leyes romanas y las de Partida no emancipaban al hijo que contraía matrimonio.

La ley de Toro, copiada en las Concordancias, dispuso

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que se emancipase el hijo casado y velado; y desde entonces fue de derecho común en España (71) que el matrimonio emancipaba al hijo.

Cuando se casa el hijo varón, se constituye en jefe de la familia, adquiere potestad marital sobre los hijos, y de todo punto incompatible todo esto con la absoluta subordinación al padre.

Si la hija es quien contrae matrimonio, pasa á la potestad del marido, y está llamada á cumplir deberes incompatibles con la patria potestad.

En cuanto á los bienes, éstos deben proveer á la subsistencia de la nueva familia, y nada fuera más absurdo que el usufructo correspondiese al padre de uno de los cónyuges, y que la familia careciese aún de lo estrictamente necesario.

En virtud de tan obvias razones, todos los Códigos modernos declaran que el matrimonio emancipa el hijo por el ministerio de la ley. (72).

---

(71). " Contra la opinión de muchos autores, creemos que la Ley XLVIII de Toro no se promulgó para aumentar los medios de librarse los hijos de la patria potestad de los padres. La ley tuvo otro objeto, y éste fue disminuir los matrimonios clandestinos, que en aquellos tiempos llegaron á ser numerosos, y que, en unión del concubinato, traían necesariamente perturbada á la sociedad, relajando en demasía las costumbres.

" A nosotros, que no somos fanáticos apologistas de la moralidad presente, nos ocurre á cada instante, al tratar las cosas de los siglos XV, XVI y XVII, llamar la atención de los apologistas de aquellos tiempos para que estudien el modo de vivir de las gentes de dichas épocas.

" No sólo los ricos homes, sino todas las clases concedían ciertas distinciones á las barraganas, á las que las leyes protegían en cierto modo, y estando muchos mal casados, según se desprende del contexto de esa Ley de Toro, que concedió privilegios á los que, con un segundo acto religioso, santificaron su matrimonio.

" Y no negamos que también la curia romana tuviera parte en la publicación de esa medida. Los civilistas hubieron encontrado, sin duda alguna, remedios más eficaces para cortar de raíz ese mal de los matrimonios clandestinos; pero siempre que había que poner remedio á un vicio social, allí se encuentra en esos siglos la mano del poder eclesiástico " (Pacheco II. 172).

(72). " Según el art. 476 el menor se emancipa *ipso iure* por el matrimonio.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si el matrimonio es nulo, ¿ volvería el hijo menor á la patria potestad? Juzgamos que debe distinguirse. Si el matrimonio es putativo, y surte efectos civiles respecto del menor, no vuelve éste á la patria potestad, porque uno de esos efectos es la emancipación.

Mas si el matrimonio no surte efectos civiles respecto del menor; no hubo sino apariencia de aquel contrato, y las cosas se restituyen al estado en que antes se hallaban. (73).

" Esta causal de emancipación, desconocida en la legislación romana, se admitió generalmente en las provincias regidas por fueros. Los autores del Código de Napoleón la han conservado, juzgando con mucha razón que el estado del menor en tutela no era, según nuestras costumbres y nuestros hábitos sociales, compatible con el estado de esposo. El matrimonio supone necesariamente en los cónyuges cierta independencia; sobre todo el marido es jefe de la familia, ejerce la potestad marital y muy pronto la patria potestad. Acerca de la mujer, su emancipación por el matrimonio presenta tantos peligros cuanto halla en el marido un protector " (Demolombes VIII. 182).

" La ley no determina ninguna edad ni establece condiciones para esta emancipación. Si el menor se casa, queda emancipado. Mediante dispensa, puede casarse antes de los quince ó diez y ocho años; puede casarse con el consentimiento de los ascendientes ó del consejo de familia. Aunque los ascendientes no ejerzan la patria potestad, pueden emancipar indirectamente al descendiente consistiendo en el matrimonio; aunque no sean tutores libertan en este caso al menor de una potestad que no tiene. Esto no es lógico ni jurídico; la ley admite tal consecuencia, porque la emancipación es un efecto necesario del matrimonio; el matrimonio es el que emancipa más bien que el ascendiente " (Laurent. V. 195).

(73), La emancipación proveniente del matrimonio es irrevocable. La disolución del matrimonio no la extingue. Si, al contrario, el matrimonio se anula, se consideraría que la emancipación no se ha efectuado, á menos que habiéndose casado de buena fe el esposo menor, le amparasen las disposiciones de los arts. 201 y 202. (Huc. III. 466).

" Adquirida la emancipación, no podría revocarse sino en virtud de la ley. Pero esto no es aplicable al caso en que el matrimonio se anule. En efecto, anulado el matrimonio, se procede sobre el supuesto de que nunca se contrajo; luego no hay emancipación. ¿No se exceptuaría el caso de matrimonio putativo?

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

261. c.). El Código chileno es uno de los pocos que, con grave perjuicio de los hijos y de la sociedad, retarda tanto la emancipación. A los veintiún años están ya desarrolladas las facultades físicas, y han llegado á su plenitud las intelectuales. No hay razon, pues para que durante los cuatro preciosos años que transcurren desde los veintiuno hasta los veinticinco, el hijo continúe bajo la patria potestad.

Pero la disposición, mientras no se reforme, tiene de surtir efecto, y el Código chileno acepta el principio de que, cumplidos los veinticinco años, el individuo queda en plena libertad para todos los actos de la vida civil.

262. d). Hemos hablado muy detenidamente de los efectos que surte la sentencia que confiere la posesión provisional de los bienes del desaparecido (II. 205-207); la cual sentencia lleva consigo la presunción de que el desaparecido ha muerto; y, muerto el padre, el hijo se emancipa.

Art. 267. La emancipación *judicial* se efectúa por decreto de juez :

1º. Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño;

2º. Cuando el padre ha abandonado al hijo;

3º. Cuando la depravacion del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

En los tres casos anteriores podrá el juez proceder á peticion de cualquiera consanguíneo del hijo, i aun de oficio.

4º. Se efectúa asimismo la emancipación judicial por toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que declare al padre culpable de un crimen a que se aplique la pena de esposición á la vergüenza pública, o la de cuatro años de reclusion o presidio, u otra de igual ó mayor gravedad.

La emancipacion tendrá efecto sin embargo de cual-

Opinamos afirmativamente; porque el matrimonio contraído de buena fe surte todos los efectos civiles, y uno de los efectos del matrimonio es emancipar al menor " (Laurent. V. 195).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

quier indulto que recaiga sobre la pena; a ménos que en el indulto se comprenda espresamente la conservacion de la patria potestad.

REFERENCIAS.

El número 2°. 237.
El número 3°. 238.
El número 4°. 1208. n° 5°.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 290. La emancipacion *judicial* se efectúa por decreto de juez;

1°. Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida ó de causarle grave daño;

2°. Cuando el padre ha abandonado al hijo;

3°. Cuando la depravacion del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

En los tres casos anteriores podrá el juez proceder á peticion de cualquiera consanguíneo del hijo, i aun de oficio.

4°. Se efectúa asimismo la emancipacion judicial por toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que declare al padre culpable de un crimen infame.

La emancipación se pronunciará en la misma sentencia, i tendrá efecto, sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena; a ménos que en el indulto se comprenda expresamente la conservacion de la patria potestad (a).

(*) Locré. VII. 20. 8. 9.—Dalloz. Puissance paternelle. 65-68. 160-162.—Laurent. IV. 290-292.—Demolombe. VI. 359-362.—365-369.—Duranton. III. 384.—Zachariae. (M. V.) I. § 192.—Zachariae. (A. R.) VI. § 550. 4°. 551.—Escriche. Patria potestad. Emancipación. § I. N° 8°.—Ortolan (I). 156. 158. 160.—Maynz. III. 332.—Gibbon. III. XLIV.

(a) La emancipacion *judicial* se efectúa por decreto de juez:

1°. Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño;

2°. Cuando el padre ha abandonado al hijo;

3°. Cuando la deprevación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

En los tres casos anteriores, podrá el juez proceder a peticion de cualquiera consanguineo del hijo, y aun de oficio.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 264. La emancipación judicial se efectúa por sentencia del juez :

1°. Cuando el padre ó la madre, en su caso, maltratan habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, ó de causarle grave daño :

2°. Cuando el padre ó la madre han abandonado al hijo :

3°. Cuando la depravación del padre ó de la madre les hace incapaces de ejercer la patria potestad.

En los tres casos anteriores podrá el juez proceder á petición de cualquiera consanguíneo del hijo, y aun de oficio.

4°. Se efectúa asimismo la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que declare al padre ó la madre culpados de un crimen á que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, ú otra de igual ó mayor gravedad.

La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena; á menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad.

C. Arg 307. Los padres que esponen ó abandonan á sus hijos en la infancia pierden la patria potestad.

309. Los jueces pueden privar á los padres de la patria potestad, si tratasen á sus hijos con excesiva dureza, ó si les diesen preceptos, consejos ó ejemplos inmorales.

P. de G. 161. El padre perderá la patria potestad :

1°. Cuando sea condenado á una pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad.

2°. Cuando declarado el divorcio tenga lugar la pérdida de la patria potestad, con arreglo al artículo 85.

162. Los tribunales podrán también privar al padre de la patria potestad, ó modificar su ejercicio si tratare á sus hijos con escesiva dureza ó si, siendo viudo, les diere preceptos, consejos ó ejemplos corruptores.

4°. Se efectúa asimismo la emancipacion judicial por toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que declare al padre culpable de un crimen a que se aplique la pena de mas de cuatro años de reclusion o presidio, o de exposicion a la vergüenza pública.

La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena; a ménos que en el indulto se comprenda expresamente la conservacion de la patria potestad (Artículo 290 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. C. 315.

C. P. 288. La patria potestad se acaba..... :

2°. Por exponer el padre al hijo.....

291. Los padres pierden la patria potestad :

1°. Si prostituyen ó tratan de prostituir á la hija;

2°. Si son crueles con los hijos de uno ú otro sexo;

3°. Si son condenados á penas que produzcan este efecto, conforme al Código penal.

C. M. 389. La patria potestad se pierde :

I. Cuando el que la ejerce es condenado á alguna pena que importe la pérdida de este derecho:

II. En los casos señalados por los arts. 245 y 248.

390. Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, ó modificar su ejercicio, si trata á los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, ó les impone preceptos inmorales, ó les da ejemplos ó consejos corruptores.

C. de la L. 371. El menor puede emanciparse contra la voluntad de sus padres, cuando le tratan con dureza, le rehusan protección ó les dan malos ejemplos.

C. Esp. 171. Los Tribunales podrán privar á los padres de la patria potestad, ó suspender el ejercicio de ésta, si trataren á sus hijos con dureza excesiva, ó si les dieren órdenes, consejos ó ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar á los padres total ó parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, ó adoptar las providencias que estimen convenientes á los intereses de éste.

C. A. 177. Los padres que se descuidan absolutamente de la subsistencia y educación de los hijos, son privados por siempre de la patria potestad.

178. (Véanse las Concordancias del art. 262).

P. IV. XX. 4. Verguença, o crueleza, o maldad, mueue a las vegadas al padre, o la madre, en desamparar los fijos pequeños, echandolos a las puertas de las Eglesias, e de los Ospitales, e de los otros lugares : e despues que los han assi desamparado, los omes buenos, o las buenas mugeres que los fallan, meuense por piedad e lleuanlos dende, e crianlos, e danlos a quien los crie. E porende dezimos, que si el padre, o la madre demandare a tal fijo, o fija, despues que lo a echado, e lo quier tornar en su poder, que lo non puedan fazer. Ca por tal razon como esta pierde el poderio que auia sobrel.....

I. I. XII. 1. Cum autem is qui ob aliquod maleficium

1. El que por algún crimen es deportado á una isla

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur ut qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac si eo mortuo, desinant liberi in potestate eius esse.....

3. Poenae servus effectus, filios in potestate habere desinit. Servi autem poenae efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subiiciuntur.

pierde los derechos de ciudad, y por lo mismo es borrado del número de los ciudadanos romanos, y, como si hubiere muerto, sus hijos salen de su potestad.....

3. Los siervos de la pena pierden la potestad sobre sus hijos. Conviértense en siervos de la pena, los que están condenados bien á las minas, bien á ser expuestos á las fieras.

COMENTARIO.

262. El juez expide sentencia sobre emancipación :

a) Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida ó de causarle grave daño :

b). Cuando el padre ha abandonado al hijo :

c). Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

263. a). En este caso deben concurrir dos circunstancias para que el juez sentencie la emancipación :

1ª Que el padre maltrate habitualmente al hijo; y

2ª. Que el maltrato sea tal que ponga en peligro la vida ó pueda causarle grave daño.

Cuando el maltrato es habitual, no ejerce el padre el derecho de corrección conducente á mejorar la conducta del hijo; conviértese en tirano que no cúmple los deberes que por instinto cumplen las fieras.

Pero, atentos los sagrados derechos del padre, la lenidad del legislador es tan extrema, que no basta sea habitual el maltrato : es necesario, además, que haya peligro de la vida del hijo ó por lo menos que le pueda causar grave daño.

Esta disposición es conforme á los sanos principios que determinan las relaciones de familia. En éstas, no debemos olvidarlo, influyen más las costumbres y la moral

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que la ley. El padre que maltrata habitualmente al hijo tiene en su contra el odio de los vecinos, las reconvenciones de sus amigos (si es que ese hombre puede tener amigos).....; y dejando la ley amplísima libertad al padre, no interviene el juez sino cuando peligra la vida ó la salud del hijo.

Rarísimos son, por fortuna, los casos en que se pronuncie sentencia sobre emancipación, fundándose el juez en que el padre maltrata habitualmente al hijo en términos de poner en peligro su vida ó de causarle grave daño.

264. b). Si el padre abandona al hijo, no tiene, lo repetimos (180), sino la apariencia de padre : es fiera disfrazada de hombre. Concederle derechos sobre el hijo sería premiar un crimen atroz.

Cuandoquiera que el padre ha abandonado al hijo, pierde la patria potestad. Le ha puesto en una casa de expósitos, ó entregádole recién nacido á una persona caritativa, que por compasión le cria y educa. Si por uno de los caprichos de la loca fortuna el hijo adquiere cuantiosos bienes, ¿sería tolerable que el padre reclamase sobre ese hijo los derechos que la patria potestad confiere?. No lo sería : probado el abandono, el juez pronunciará sentencia contra el padre, declarando que el hijo queda emancipado.

265. c). Algún tanto ambigua es la redacción del número 3° : " La emancipación legal se efectúa cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad ".

Pudiera juzgarse que hay dos clases de depravación : una que no obsta al ejercicio de la patria potestad; y la otra que impide ejercerla.

Parece que Dn. Andrés Bello quiso distinguir los grados de depravación, y disponer que ella prive de la patria potestad, cuando es tal impida ejercerla.

La depravación consiste en costumbres en extremo relajadas y corrompidas; y el padre que es depravado no es idóneo para ejercer la patria potestad.

266. II. En los tres casos anteriores podrá el juez proceder á petición de cualquier consanguíneo del hijo y aún de oficio.

Cualquier consanguíneo del hijo, por remoto que sea el grado, es hábil para seguir el juicio sobre emancipación.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La ley no atribuye al ministerio público el pedir la emancipación del hijo. Probablemente se propuso el legislador evitar que el funcionario que lo ejerce entre en investigaciones inquisitoriales sobre la conducta del padre de familia.

Hemos visto ya, en las *Concordancias*, que el número 4º del artículo 290 del Proyecto de Dn. Andrés Bello decía : " Se efectúa asimismo la emancipación judicial por toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que declare al padre culpable de un crimen infame. "

"La emancipación se pronunciará en la misma sentencia." Discutido el artículo en la Comisión revisora, observó el Sr. Ocampo : " ¿No convendría agregar en el inciso 4º la pena de muerte y la de azotes ". — " La redacción ", contestó Dn. Andrés Bello, " fue acordada por la Comisión despues de un largo debate. Yo preferiría el nº 4º en esta forma : " Se efectúa asimismo la emancipación judicial por toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare al padre culpable de un crimen a que se aplique la pena de muerte o de azotes, o la exposicion á la vergüenza pública ".

Si bien se aceptó la reforma propuesta por el autor del proyecto, el número 4º es ahora incongruente; porque según el Código penal no se cuenta entre los castigos la exposición á la vergüenza pública, y según su sistema, las penas que pueden imponerse á los crímenes son, entre otras, muerte, presidio perpetuo, reclusión perpetua, presidio mayor, reclusión mayor, relegación perpetua, confinamiento mayor, relegación mayor. Todas estas penas acarrean privación de la patria potestad.

---

(74). " Cum autem is cui ob aliquod maleficium, ex lege Cornelia, aqua et igni interdicitur, civitatem Romanam amittat, sequitur ut, quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur; proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate eius esse : nec enim ratio patitur, ut peregrinae conditionis homo civem Romanum in potestate habeat. Pari ratione et si ei qui in potestate parentis sit, aqua et igni interdictum fuerit, desinit in potestate parentis esse, quia aeque ratio non patitur, ut peregrinae conditionis homo in potestate sit civis Romani parentis (Gayo. I. 128).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Según el proyecto de Dn. Andrés Bello, el juez que conoce en la causa criminal es quien declara la emancipación. Mas conforme á los principios es el artículo del Código chileno, según el cual la pena misma impuesta al padre acarrea la pérdida de la patria potestad (75).

El Código de Napoleón es en extremo deficiente en cuanto á la suspensión y la pérdida de la patria potestad. El único caso previsto por las leyes es el determinado en el art. 335 del Código penal; respecto á otros casos de pérdida, si están discordes los comentadores, prevalece la opinión de que el juez no puede privar de la patria potestad sino en virtud de ley expresa (76).

---

(75). Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt-un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 50 francs à 200 francs.

Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement, et de 300 francs à 1.000 francs d'amende (C. P. 334).

Les coupables du délit mentionné au précédent article seront interdits de toute tutelle et curatelle, et de toute participation aux conseils de famille; les individus auxquels s'applique le premier paragraphe de cet article, pendant deux ans au moins et cinq ans au plus, et ceux dont il est parlé au second paragraphe, pendant dix ans au moins et vingt ans au plus.

Si le délit a été commis par le père ou la mère, le coupable sera de plus privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil.

Dans tous les cas, les coupables pourront de plus, être mis par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police, en observant, pour la durée de la surveillance, ce qui vient d'être établi pour la durée de l'interdiction mentionnée au présent article (335).

(76). " El Código penal de 1810 prevé el caso de que los padres favorezcan la prostitución de los hijos, y les impone una pena de dos á cinco años de prisión..... El art. 335 añade que los padres serán, además, privados de los derechos que se conceden sobre la persona y bienes del hijo por el Código civil, en el título de la patria potestad.,... Notemos ante todo que la privación impuesta por el Código penal no se extiende á todos los hijos del culpado; la ley dice *del* hijo, lo cual significa al hijo á quien

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

267. " La emancipación, añade la ley, se efectúa sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena ".

---

se ha corrompido, el que fue víctima del delito; luego el padre conserva la patria potestad sobre los otros hijos. Hay autores que extienden la privación á todos los hijos; creemos que así debió proceder el legislador; pero no lo ha hecho, y las leyes penales no admiten interpretación extensiva.....

" ¿Hay otros casos en que los padres pueden ser privados de la patria potestad? Supónese que el padre maltrata al hijo; si los maltratos constituyen delito podrá ser castigado, eso es indudable; ¿pero conserva él la patria potestad que la ley le concede? Hay excesos y abusos que no constituyen delito. El padre, en vez de criar al hijo, como debe hacerlo, no provee ni á sus necesidades físicas; lejos de educarle, le presenta el espectáculo incesante de una pésima conducta..... ¿Continuará ejerciendo la patria potestad este ser monstruoso? ¿No hay leyes que permitan á los tribunales declarar la privación de la patria potestad, fuera del artículo del Código penal que acabamos de citar? ¿No resuelve el problema el silencio de la ley? Lo creemos, deplorando la negligencia del legislador. Ha olvidado que el Estado debe proteger los derechos del ciudadano, ¿y qué derechos más sagrados que el del hijo?

" Demolombe confiesa que no hay ley. ¡Cómo proceder, exclama!. Es necesario salvar al hijo, protegerle : lo exigen la razón, la moral, la humanidad? Comprendemos esa indignación; ¿ pero no inculpa ella al legislador? ¿Puede el juez formar la ley que el legislador no ha expedido? Demolombe contesta que hay medios jurídicos de conseguir ese objeto. Deseamos aceptarlos. Examinémoslos.

Potestad tutelar y protectora, no puede tolerarse que la del padre se convierta en tiranía y desmoralización. Cierto, certísimo; pero cuando el legislador establece un poder absoluto, y cuando el mismo determina el único caso en que el padre, como indigno, se le priva de la patria potestad, ¿puede el juez admitir otras causas de privación? Alégase el art. 4º del Código: el juez está obligado á fallar aún á falta ó insuficiencia de la ley. Fácil es la respuesta, y la juzgamos por desgracia perentoria. No hay falta de ley ni insuficiencia; ella determina cuándo se priva al padre de la patria potestad. El juez no se denegará á fallar, decidirá que siendo de orden público la patria potestad, no le es permitido á él privar de ella al padre sino en los casos previstos por la ley. En vano se alega la antigua jurisprudencia para justificar ese poder de *alta vigilancia, ese poder moderador*. Digámoslo de una vez, sería un poder discrecional. Ahora bien, lo que distingue precisamente el poder judicial,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Muy razonable es tal disposición. Fúndase el indulto casi siempre en motivos de interés público, como si el delincuente ha prestado á la patria grandes servicios, si es muy notable en alguna ciencia ó arte etc., etc.; lo cual no obsta á que el padre visto sólo en su aspecto moral, sea indigno de ejercer los derechos de la patria potestad.

La regla que acabamos de expresar tiene una excepción: si en el indulto se conserva la patria potestad, el hijo no es emancipado.

Esta disposición nos parece en extremo inconsulta.

En todas las repúblicas Sud Americanas, donde influye tanto el espiritu de partido en todos los actos de la administración, ésta favorece siempre á individuos de un círculo determinado, y oprime á los del círculo opuesto.

Nótase, además, que hay discordancia entre la disposición que examinamos, y el art. 269. Según este último, la emancipación aun voluntaria, es irrevocable; y nada más impropio que la emancipación judicial sea de mejor condición que la proveniente de la mera voluntad del padre.

Art. 268. Cuando se hace al hijo una donacion, o se le deja una herencia o legado bajo condicion de obtener la emancipacion, no tendrá el padre el usufructo de estos bienes, i se entenderá cumplir así la condicion.

Tampoco tendrá la administracion de estos bienes, si así lo exije espresamente el donante o testador (*).

REFERENCIAS.

Donación. 1386.
Herencia ó legado. 951.
Condición. 1070. 1473.
Emancipación. 264.
Usufructo. 243.
Administración. 247.
El inciso 2°. 248.

---

como hoy está organizado, de las atribuciones de los parlamentos, consiste en que éstos ejercían una plenitud de atribuciones que nuestros tribunales no ejercen..... " (Laurent, IV. 290. 219).

(*) Laurent IV. 297-300.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS

P. de B. 291. Cuando se hace al hijo una donacion o se le deja una herencia ó legado bajo condicion de obtener la emancipacion, será privado el padre del usufructo de estos bienes, i se entenderá cumplida así la condicion.

Se le privará tambien de la administracion de estos bienes, si así lo exije expresamente el donante o testador (a).

C. E. 265.

C. C. 316.

COMENTARIO.

268. I. Cuando se hace al hijo una donación ó se le deja una herencia ó legado, bajo la condición de obtener la emancipación, no tendrá el padre el usufructo de estos bienes, y se entenderá cumplida así la condición.

Hé aquí una regla que concilia la voluntad del donante ó testador con los principios de justicia y con los intereses del hijo.

Nadie desconoce que todo cuanto atañe á la patria potad es de derecho público, y, por los mismo, hubiera sido anómalo, y aun inmoral, conceder á un tercero el derecho de exigir que el padre emancipe al hijo de familia.

Impedir que se impusiese esa condición, hubiera acarreado graves perjuicios al hijo, á quien se dona ó se deja, siempre que el padre le emancipe.

La condición no puede referirse sino á los bienes, porque, en cuanto á las relaciones personales entre el padre y el hijo, en nada atañen á terceros; y, por consecuencia, si el usufructo pertenece al hijo, consigue el donante ó testador el fin que se propone.

(a) Cuando se hace al hijo una donacion o se le deja una herencia o legado bajo condicion de obtener la emancipacion, será privado el padre del usufructo de estos bienes, i se entenderá cumplir así la condicion.

Se le privará tambien de la administracion de estos bienes, si así lo exije expresamente el donante o testador (Art. 291 del Proyecto Inédito).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

269. II. Tampoco tendrá el padre la administración de los bienes donados ó asignados, si así lo exige el donante ó testador.

No hay congruencia, á nuestro ver, entre esta disposición y la voluntad del donante ó testador. Cuando el donante ó testador dona ó deja bajo la condición de que el hijo sea emancipado, se propone que el padre no tenga ningún derecho en los respectivos bienes; y no hay razón alguna para que el padre los administre contra la voluntad claramente manifestada por el donante ó testador.

Exigir que el donante ó testador le prive expresamente de la administración de los bienes, es un rezago de las sutilezas romanas, que en muchos casos daban más valor á las palabras que á la esencia misma de las cosas.

Ya hemos dicho que nunca debe proceder el legislador sobre el supuesto de que todos los habitantes de un Estado conocen la ley; porque ningún supuesto más erróneo ni más absurdo. Determina el legislador las reglas que han de observarse, y ellas deben surtir efecto, bien las sepan, bien la ignoren los habitantes del Estado. Pero cuando se trata de apreciar en lo absoluto el valor de una ley, debemos prever precisamente el caso de que ella sea ignorada por los que ejecutan un acto ó celebran un contrato. Ahora pues, cuando un donante ó testador impone la condición de que el hijo sea emancipado, ¿no manifiesta la voluntad de que el padre no intervenga en manera alguna en la administración de los bienes, ni se le conceda el goce de ellos? ¿Y por qué se restringe entonces la voluntad del testador, privando al padre sólo del usufructo? Si el donante ó testador ha impuesto la condición de que el hijo sea emancipado, ¿por qué debe repetir que el padre no administre los bienes del hijo?

Estas sutilezas son las que han dado margen á que Bentham se burle, y muchas veces con razon, de los jurisconsultos y de las leyes.

Pero mientras subsista el artículo, el juez ha de aplicarlo declarando que el padre administra los bienes donados al hijo bajo la condición de emanciparse; á menos que el donante ó testador hubiere dispuesto expresamente que el padre no los administre.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 269. Toda emancipacion, una vez efectuada, es irrevocable, aun por causa de ingratitud (*).

REFERENCIAS.

Emancipación. 264.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 292.

C. E. 266. La emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, aun por causa de ingratitud.

No obstante puede revocarse en los casos siguientes:

1° Cuando el hijo menor, emancipado voluntariamente, observa conducta inmoral:

2° Cuando durante la menor edad de los hijos emancipados legalmente, vuelven á la vida civil el padre ó madre que habían profesado en alguna orden religiosa; y

3° Cuando el padre ausente se presenta durante la menor edad de los hijos que, por no tener madre, se emanciparon á consecuencia de la desaparición de aquél.

La revocación, en el primer caso, será decretada por el juez con conocimiento de causa; y en el segundo y tercero se efectuará por ministerio de la ley.

C. C. 317.

C. Esp. 319. Concedida la emancipación, no podrá ser revocada.

P. IV. XVIII. 19. Ingrati son llamados, los que non agradescen el bien fecho que les fazen; que quier tanto dezir en romance, como desconoscientes. E atales y ha, que en logar de seruir aquellos de quien le resciben, e de gelo gradecer, yerran malamente contra ellos, faziendoles muchos deseruicios, de palabra, e de fecho. E esto es vna de las grandes maldades, que ome puede fazer. E porende, si el fijo que fuesse emancipado, fiziesse tal yerro como este contra su padre, deshonrrandolo malamente de palabras o de fecho, deue ser tornado porende en su poder.

D. I. VII. 12. Qui liberatus est patria potestate, is

12. El que quedó libre de la patria potestad no puede

(*) Laurent. V. 238-245.—Merlin. Emancipatión. I. n° 6°. — Ortolan. I. I. 169.—Escriche. Emancipación. II. n° 2°.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

postea in potestatem honeste reverti non potest, nisi adoptione.	después volver honestamente á ella, sino es por adopción.

COMENTARIO.

270. Este artículo fija dos reglas:

a). Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable:

b.). Ni la ingratitud es causa para que la emancipación se revoque.

271. a). El principio de que la emancipación no puede revocarse es de lo más jurídico; pero no está bien enunciado.

Cuando la emancipación es voluntaria, entonces sí que pudiera juzgarse que el padre tiene derecho en ciertos casos para revocarla; porque la revocación envuelve necesariamente la idea de intervención de una persona: el testador revoca el testamento, la herencia, el legado; el donante revoca la donación; el padre que emancipaba voluntariamente al hijo, conforme á las leyes españolas revocaba la emancipación por causa de ingratitud.

Pero cuando la emancipación se efectúa por el ministerio de la ley, ¿quién puede revocar? ¿Como revocaría esa emancipación el padre, si su voluntad no tuvo influencia alguna en la emancipación? Y, en caso de emancipación judicial, emancipar y revocar implica.

El principio mismo, lo repetimos, nos parece bien, porque conduce á evitar litigios entre el padre y el hijo acerca de la emancipación; y, además, como el hijo emancipado quede bajo tutela ó curaduría, la emancipación no le perjudica nunca, en cuanto á su educación ni á la administración de sus bienes.

El Código de Napoleón permite que la emancipación sea revocada cuando el hijo abusa del derecho de administrar y disponer de sus bienes. Como lo observan los expositores, la emancipación es un término medio entre la inhabilidad del menor y la capacidad plena del mayor de veintiún años. Si, pues, tal capacidad le perjudica, muy justo que, en beneficio mismo del hijo, se le prive de la admi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nistración de sus bienes. Nada de esto se efectúa según el Código chileno, y por lo mismo serían absolutamente nugatorios los litigios concernientes á la patria potestad.

272. b. Las palabras : *aun por causa de ingratitud*, no conducen sino á recordar que según la legislación antigua el padre podía revocar la emancipación del hijo ingrato. Pero si se hubiera dicho : " Una vez efectuada la emancipación, nunca recuperará el padre la patria potestad ", se hubieran comprendido todas las causas conducentes á que la emancipación caduque, y entre ellas la ingratitud del hijo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ÍNDICE

TÍTULO VII

DE LOS HIJOS LEJÍTIMOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO.

I.

Reglas generales

PÁGINAS.

Art. 179. 1
1. Dos reglas fundamentales para determinar la legitimad del hijo. 2
2. El artículo 179 trata de la constitución misma del estado de hijo legítimo concebido en matrimonio . . 2
3. Qué debe probar el que afirma es hijo legítimo concebido en matrimonio. 3
4. Cuando se impugna la identidad del hijo, á él le incumbe justificarla. 3
5. Referencia al artículo 122. 3
Art. 180. 3
6. Este artículo trata de la paternidad legítima. 7
7. Dos reglas que la determinan. 8
8. La regla primera se funda en dos principios. 8
9. El hijo tiene por padre al marido. 8
10. Casos en que el marido puede desconocer la paternidad. 10
11. La absoluta imposibilidad física comprende todos los casos 10
12. Regla especial. 11
13. Permítese que el marido, alegando impotencia natural, desconozca la paternidad. 12
Art. 181. 14
14. El adulterio dela mujer no autoriza por sí sólo al marido para desconocer la paternidad. 16

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

15. Probado el adulterio, se le admiten al marido cualesquiera otros hechos conducentes á manifestar que él no es el padre. 17
16. En caso de adulterio, la ocultación del parto no es la única prueba de que el hijo no pertenece al marido. 22
Art. 182. 24
17. Mientras vive el marido sólo él puede reclamar contra la legitimidad del hijo. 25
18. El curador del marido no puede representarle deduciendo acción contra la legitimidad del hijo. . . 26
Art. 183. 29
19. Toda reclamación del marido deberá hacerse dentro de sesenta días 32
20. Si el marido estuvo donde residía la mujer, se presume que supo el nacimiento tan luego como se efectuó 33
21. Si hubo ocultación del parto, no se presume que el marido lo supo. 33
22. Si el marido estuvo ausente, presúmese que á su regreso supo el nacimiento. 33
23. No hay tal presunción, si el parto se le hubiere ocultado 34
24. Tan luego como transcurren los sesenta días, el hijo es *ipso iure* legítimo. 34
25. El legislador debió distinguir dos casos 34
26. Investígase si la acción para impugnar la legitimidad prescribe ó caduca 35
Art. 184. 37
27. Crítica de la redacción 39
28. El derecho de impugnar la legitimidad se trasmite á los herederos del marido 39
29. Cesa tal derecho, si el marido hubiere reconocido al hijo. 40
Art. 185. 42
30. Á petición de cualesquiera interesados, el juez declara la ilegitimidad del hijo. 45
31. Interpretación del artículo 315 del Código de Napoleón. 45
32. El artículo 185 del Código chileno, que da un precepto absoluto, es más claro que el artículo 315 del Código de Napoleón. 48
33. Si el marido estuvo en imposibilidad de tener acceso á la mujer, se cuentan los trescientos días desde la fecha en que empezó la imposibilidad 52

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

34. Estas reglas se aplican al caso de la separación de los cónyuges por haberse declarado nulo el matrimonio. 52
35. El artículo 185 puede originar una gravísima dificultad. 53
Art. 186. 60
35. En qué plazo debe proponerse la demanda sobre ilegitimidad. 62
36 Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes, pueden oponer la excepción de ilegitimidad en cualquier tiempo que el hijo les dispute sus derechos. 64
37. Dificultades provenientes de las expresiones : Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes. 68
38. Si el marido hubiere desaparecido, el respectivo plazo se cuenta desde que se concede la posesión de los bienes. 68
Art. 187. 69
39. Los ascendientes legítimos del marido tienen derecho para seguir el juicio de ilegitimidad. 70
Art. 188. 71
40. No es admisible ninguna reclamación contra la legitimad del hijo, si en tiempo hábil no se dedujere la respectiva acción. 73
41. El juez competente para intervenir en el juicio es en general el del domicilio del marido. 73
42. El juez debe dar curador al hijo. 74
43. La madre será citada. 76
44. No se admitirá el testimonio de la madre, que declare haberle concebido en adulterio. 76
Art. 189. 77
45. Durante el juicio se presume la legitimidad del hijo. . 78
46. Declarada judicialmente la ilegitimidad, la madre indemnizará los perjuicios. 79

II

Reglas especiales para el caso de divorcio

Art. 190. 80
47. El hijo concebido durante el divorcio de los cónyuges, no tiene derecho para el marido le reconozca por suyo. 82

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

48. El Código de Napoleón originaba sobre esto gravísimas dificultades. 82
49. Para decidir que el hijo es concebido durante el divorcio, se aplica la regla del art. 76. 88
50. El hijo tiene derecho á que el marido le reconozca, si el marido aceptó tácitamente la paternidad. . . . 88
51. Tiene el mismo derecho, si durante el divorcio hubiere habido reconciliación privada entre los cónyuges. . 89
Art. 191. 89
52. La mujer recién divorciada debe denunciar la preñez al marido dentro de treinta días. 91
53. Puede el juez declarar justificable el retardo. 92
Art. 192. 93
54. El marido puede enviar á la mujer una compañera y una matrona. 94
55. La mujer debe recibirlas. 94
56. La guarda é inspección serán á costa del marido. . . 95
57. Podrán durar el tiempo necesario para que no haya duda sobre el parto ó sobre la identidad del recién nacido. 95
Art. 193. 96
58. El marido puede exigir que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta y de su confianza. . 97
59. La mujer debe trasladarse al seno de dicha familia. . 97
Art. 194. 97
60. Si no se realizaren la guarda é inspección, el marido no estará obligado á reconocer el hecho y circunstancias del parto. 98
61. Caso gravísimo no previsto por la ley. 99
Art. 195. 101
62. Si denunciada la preñez, el marido no ejerce los respectivos derechos, deberá aceptar la declaración de la mujer sobre el parto y circunstancias. 103
Art. 196. 103
63. Quédale siempre al marido el derecho de impugnar la paternidad 104
64. El marido debe deducir la acción dentro de los sesenta días contados desde que supo el nacimiento del hijo. 104
Art. 197. 104
65. Cuándo puede hacerse la denunciación á los consanguíneos legítimos del marido. 105
66. La persona á quien se hiciere la denunciación puede tomar todas las precauciones puntualizadas en los arts. 192 y 193 105

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

III

Reglas relativas al hijo póstumo.

PÁGINAS.
Art. 198. 106
67. Muerto el marido, la mujer puede denunciar la preñez á los herederos. 110
68. La denunciación se hará dentro de los treinta días subsiguientes á la muerte del marido.. 111
69. El juez puede declarar justificable ó disculpable el retardo 111
70. Los interesados tienen los derechos y cargas que se conceden ó imponen al marido.. 111
Art. 199. 113
71. La madre tiene derecho para que de los bienes correspondientes al póstumo, se le asigne lo necesario para la subsistencia y para el parto. 115
72. El hijo nace en el tiempo debido, cuando el parto se efectúa dentro de los trescientos días subsiguientes á la muerte del marido. 115
73. De todo punto necesario se suministren á la madre los gastos de subsistencia y los del parto. 115
74. Aunque el hijo no nazca vivo ó resulte no haber habido preñez, la mujer no estará obligada á restituir lo recibido. 115

IV

Reglas relativas al caso de pasar la mujer á otras nupcias.

Art. 200. 116
75. Caso en que se duda á cuál de los maridos pertenece un hijo 117
Art. 201. 120
76. La mujer y el nuevo marido son solidariamente responsables de los perjuicios que sobrevienen á terceros á causa de la incertidumbre de la paternidad. 121

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

TÍTULO VIII

De los hijos lejitimados por matrimonio posterior a la concepción.

PÁGINAS.

Art. 202. 122
77. La legitimidad *ipso iure* proviene sólo del matrimonio; los hijos concebidos antes y nacidos en él son legitimados 124
78. Las leyes romanas establecieron la legitimación. . . . 125
79. El derecho canónico extendió los efectos del matrimonio en cuanto á la legitimación de los hijos. . . . 126
80. Las leyes inglesas no permiten la legitimación por subsiguiente matrimonio. 127
81. Preferible es el sistema que acepta la legitimación por subsiguiente matrimonio. 129
82. Puede haber conflicto entre las leyes de dos naciones en cuanto á la legitimación. 130
83. El matrimonio celebrado en Chile por dos extranjeros legitima á los hijos conforme á las leyes chilenas. 133
Art. 203. 134
84. El matrimonio putativo no legitima á los hijos concebidos antes. 134
85. Para saber si el hijo fue concebido en matrimonio putativo, se aplican las reglas puntualizadas en los arts. 76 y 180. 139
Art. 204. 139
86. Comentario. 139
Art. 205. 140
87. Los hijos concebidos en adulterio no pueden ser legitimados por el matrimonio posterior de los padres. 141
88. El matrimonio posterior no legitima á los hijos adulterinos aunque uno de los padres, al tiempo de la concepción, haya ignorado el matrimonio del otro. 141
89. Tampoco habrá legitimación si uno de los padres, cuando la concepción, creyó de buena fe que el matrimonio anterior no subsistía. 141
90. Para calificar al hijo de adulterino se aplican las reglas determinadas en los arts. 76 y 180. 146
Art. 206. 147
91. El matrimonio legitima á los hijos concebidos antes y nacidos en él. 150

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

92. Casos en que el marido puede reclamar contra la legitimidad del hijo. 150
93. Debe reformarse la redacción del artículo. 153
94. La ley no determina los hechos positivos de donde pueda deducirse que el marido reconoció al hijo como suyo. 156
95. Forma y plazo en que debe hacerse la reclamación. 157
Art. 207 157
96. El matrimonio de los padres legitima *ipso iure* á los hijos naturales de ambos. 158
97. Cuando el reconocimiento es forzado, el matrimonio no legitima á los hijos. 159
Art. 208. 160
98. Fuera de los casos puntualizados en los arts. 206 y 207, el matrimonio posterior no produce *ipso iure* la legitimación de los hijos. . . . . .
99. Los padres deben designar por instrumento público los hijos á quienes legitiman. 162
100. La escritura pública debe otorgarse por ambos padres. 163
101. La legitimación no puede efectuarse por testamento. 164
102. Los efectos de la legitimación se refieren á los dos cónyuges y á la familia legítima de ambos. 164
103. Si el matrimonio es putativo y surte efectos civiles sólo respecto de uno de los cónyuges el hijo es legítimo de ambos. 164
104. Cuándo debe otorgarse el instrumento público. . . . 164
105. La reforma hecha en el art. 201, inciso último, del Código ecuatoriano, es anómala é injurídica. . . . 166
106. Convendría que el escribano advierta á los esposos que la legitimación debe efectuarse, cuando más tarde, dentro de treinta días. 171
Art. 209. 171
107. El instrumento público de legitimación debe notificarse á la persona que se trate de legitimar. 172
108. Los Códigos modernos no imponen el deber de notificar al hijo el instrumento de legitimación. . . . 172
109. Échase de menos un plazo en que se efectúe la notificación 172
110. Si la persona á quien se trata de legitimar es incapaz, debe notificarse al representante legal 173
Art. 210. 173
111. Toda persona legalmente capaz, tiene derecho de aceptar ó repudiar libremente la legitimación. 174
112. Refutación de un error de Don Andrés Bello. 178

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.
Art. 211. 181
113. Los pupilos no pueden aceptar ni repudiar la legitimación sino por medio de su representante legal . . . 182
114. Además del consentimiento del representante legal, necesita el pupilo que el juez autorice la aceptación ó repudiación. 182
115. La mujer casada necesita el consentimiento del marido ó del juez en su caso. 182
Art. 212. 183
116. La persona que acepta ó repudia deberá declararlo, por instrumento público, dentro de los noventa días subsiguientes á la notificación. 184
117. Transcurridos los noventa días, entiéndese que se acepta la legitimación. 184
Art. 213. 185
118. La legitimación aprovecha á la posteridad legítima de los hijos legitimados. 186
119. Si es muerto el hijo que se legitima, se hará la notificación á sus descendientes legítimos. 187
Art. 214. 188
120. Los legitimados por matrimonio posterior son iguales en todo á los legítimos concebidos en matrimonio. 190
121. El beneficio de la legitimación no se retrotrae á una fecha anterior al matrimonio que la produce. . . 192
Art. 215. 193
122. La designación de hijos legítimos comprende en todos los casos a los legitimados 194
Art. 216. 194
123. La legitimación del que ha nacido después del matrimonio, no puede ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma que la legitimidad del concebido en matrimonio. 195
Art. 217. 196
124. 1ª. Causa de impugnación. Que el legitimante no pudo ser el padre del legitimado. 198
125. 2ª. Que la legitimante no es la madre. 198
126. 3ª. Que el matrimonio no pudo conferir la legitimación. 198
127. 4ª. Que el instrumento público de legitimación no se ha extendido en tiempo hábil. 199
128. Los ascendientes legítimos del padre ó madre legitimantes pueden impugnar la legitimación en sesenta días. 199
129. Las demás personas pueden impugnarla dentro de trescientos días. 200

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

Art. 218. 202
130. Sólo el supuesto legitimado ó sus descendientes legítimos tienen el derecho de impugnar la legitimación por no habérseles notificado. 202
131. En cuanto á los descendientes legítimos, deben distinguirse dos casos. 202
132. En el caso previsto por el art. 218 no hay impugnación, sino *mera repudiación*. 203
133. ¿Los herederos abintestato del pretenso legitimado podrán alegar que la legitimación no surtió efecto? 207

TÍTULO IX

De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos lejítimos.

131. Crítica del sistema de Don Andrés Bello. 209
Art. 219. 210
135. Los hijos legítimos deben respeto y obediencia á su padre y madre. 211
136. Los hijos legítimos están especialmente sometidos al padre. 212
Art. 220. 212
137. Comentario. 213
Art. 221. 215
138. Comentario. 215
Art. 222. 216
139. Toca de consuno á los padres el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos. 217
140. Si fallece uno de los padres, al otro pertenece el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos legítimos. 218
Art. 223. 219
141. Á la madre divorciada toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años y de las hijas de cualquiera edad. 220
142. No se confiará á la madre el cuidado de los hijos cuando la depravación de ella haga temer que los pervierta. 221
143. Si la madre ha dado causa al divorcio por adulterio, se presume que su depravación pervertirá á los hijos. 222

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

144. En los dos casos anteriores, el juez confiará el cuidado personal de los hijos al padre. 222
Art. 224. 223
145. Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones desde que han cumplido cinco años. 224
146. Si el padre fuere inhábil, el juez confiará á la madre el cuidado personal de los hijos varones. 224
Art. 225. 225
147. Si ambos padres fueren inhábiles, se confiará el cuidado personal de los hijos á otra persona ó personas competentes. 226
148. En la elección de estas personas debe preferirse á los ascendientes legítimos. 226
Art. 226. 227
149. En estos casos procede el juez breve y sumariamente. 227
Art. 227. 227
150. En ningún caso puede prohibirse á los padres visitar á los hijos. 228
Art. 228. 228
151. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenecen á la sociedad conyugal. 230
152. Si la mujer está separada de bienes, corren los gastos por cuenta del marido, debiendo contribuír la mujer. 230
153. También contribuye la mujer divorciada. 230
154. Si un hijo tuviere bienes propios, los gastos pueden sacarse de ellos. 230
155. Los capitales del hijo deben conservarse íntegros en cuanto sea posible. 231
Art. 229. 231
156. Muerto uno de los padres, los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo corresponden al sobreviviente. 232
Art. 230. 232
157. Las resoluciones que se dicten en virtud de los arts. 223 á 226, 228 y 229, se revocarán por la cesación de la respectiva causa. 233
158. Las mismas resoluciones pueden modificarse. 233
Art. 231. 234
159. La obligación de alimentar y educar al hijo pasa, por falta ó insuficiencia de los padres, á los abuelos legítimos. 235

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

160. El juez regla la contribución, atentas las facultades de los contribuyentes. 235
161. El juez, según las circunstancias, puede modificar la contribución. 235
Art. 232. 236
162. Si el hijo menor se ausenta de la casa paterna, presúmese la autorización del padre para las suministraciones por alimentos 237
163. Si el hijo fuere de mala conducta, no obligan al padre sino las suministraciones para la física subsistencia personal del hijo 237
164. El que haga las suministraciones deberá dar noticia de ellas al padre lo más pronto posible 238
165. Toda omisión voluntaria en cuanto al aviso hace cesar la responsabilidad del padre. 238
166. Las reglas concernientes al padre se extienden, en su caso, á la persona á quien toque la sustentación del hijo 239
Art. 233. 239
167. El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderamente á los hijos 242
168. Cuando los castigos moderados no bastaren, puede el padre, mediante orden judicial, imponer al hijo la pena de arresto 243
169. Propuesta la demanda del padre, el juez expide la respectiva orden. 246
170. Si el hijo hubiere cumplido diez y seis años, el juez califica los motivos, y puede extender el arresto hasta por seis meses 247
171. El padre puede á su arbitrio hacer cesar el arresto. 247
Art. 234. 248
172. Los mismos derechos ejerce la madre en ausencia, inhabilidad ó muerte del padre. 249
173. Á falta de ambos padres pueden ejercerlos las demás personas á quienes corresponde el cuidado personal del hijo 251
174. Tales derechos no se ejercen contra el hijo mayor de veinticinco años ó habilitado de edad 252
Art 235. 253
175. El padre tiene el derecho de elegir el estado ó profesión del hijo y dirigir su educación. 254
176. Los padres no pueden obligar al hijo á que se case contra su voluntad. 255
177. Cuando el hijo ha cumplido veintiún años, no puede

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

el padre oponerse á que abrace una carrera honesta. 255
Art. 236. 255
178. Los derechos concernientes á la educación y estado de los hijos no puede ejercer el padre por cuya mala conducta hayan sido ellos separados. 256
179. Entonces se ejercen por la persona a quien se encomiende el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos. 256
Art. 237. 257
180. Comentario. 257
Art. 238. 258
181. Comentario. 258
Art. 239. 258
182. Comentario. 259

TÍTULO X

De la patria potestad.

Art. 240. 260
183. La patria potestad es el conjunto de los derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. 263
184. La patria potestad entre los romanos. 263
185. Los Códigos modernos son, en cuanto á la patria potestad, más conformes á la justicia que la legislación romana. 267
186. Crítica del sistema de Bello. 267
187. Los derechos provenientes de la patria potestad no corresponden á la madre. 271
188. Los hijos no emancipados se llaman hijos de familia. 272
Art. 241. 273
189. La legitimación pone fin á la guarda en que se hallare el hijo legitimado. 273
190. La legitimación da al padre legitimante la patria potestad sobre el menor de veinticinco años no habilitado de edad. 274
Art. 242 274
191. La patria potestad no se extiende á los actos que ejecuta el hijo como empleado público. 275

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

192. Los empleados públicos menores de edad son considerados como mayores en lo concerniente á sus empleos. 275
Art. 243. 276
193. El padre goza del usufructo de los bienes del hijo de familia. 284
194. Razones en que se funda la concesión del usufructo 289
195. Derechos y obligaciones del padre usufructuario. . . 289
196. Su responsabilidad. 291
197. Tres especies de peculios. 291
198. Peculio adventicio ordinario. 293
199. Peculio profesional ó industrial. 293
200. Peculio adventicio extraordinario. 294
Art. 244. 294
201. El padre no goza del usufructo legal sino hasta la emancipación del hijo. 296
Art. 245. 296
202. Comentario. 298
Art. 246. 299
203. Crítica del artículo. 300
Art. 247 301
204. El padre administra los bienes del hijo en que la ley le concede el usufructo. 301
205. El padre no administra los bienes del hijo provenientes de donación, herencia ó legado, cuando el donante ó testador se lo prohibe. 303
206. Tampoco administra los bienes que hayan pasado al hijo por incapacidad ó indignidad del padre ó por haber sido éste desheredado. 304
Art. 248. 304
207. La condición de no administrar el padre no se entiende que le priva del usufructo ni viceversa. . . 305
208. Para privar al padre de la administración ó del usufructo es necesario que se haya expresado terminantemente. 305
Art. 249. 306
209. El padre de familia administrador no está obligado á formar inventario solemne. 306
210. Si debe formar inventario solemne cuando pasa á otras nupcias. 307
211. Si el padre no forma inventario, debe llevar una descripción de los bienes del hijo. 307
212. Inconvenientes de la falta de inventario. 308

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.
Art. 250. 309
213. El padre de familia administrador es responsable hasta de la culpa leve. 310
214. La responsabilidad se extiende, en el respectivo caso, á la propiedad y á los frutos. 311
215. La responsabilidad se limita á la propiedad en los bienes de que es administrador y usufructuario. . . 312
Art. 251. 312
216. Casos en que se puede quitar al padre la administración. 313
217. La pierde cuando se suspende la patria potestad. . . 315
Art. 252. 316
218. Cuando el padre no tiene la administración, se da al hijo curador adjunto. 317
219. Quitada la administración, tiene el padre derecho á los frutos líquidos. 317
Art. 253. 318
220. Los actos y contratos del hijo de familia, sin la respectiva autorización, le obligan sólo en su peculio profesional. 319
221. El hijo de familia no puede tomar dinero á interés ni comprar al fiado sin autorización escrita del padre. 320
222. Sí lo podrá cuando el mutuo ó la compra al fiado sean concernientes á la administración del peculio profesional. 321
223. Si no lo son, no obligan al hijo sino hasta concurrencia del beneficio que de ellos haya reportado. . . . 321
Art. 254. 322
224. Los actos y contratos del hijo de familia no concernientes al peculio profesional, y que el padre autorice ó ratifique por escrito, obligan directamente al padre. 323
225. Cuando el padre ha concedido autorización ó ha ratificado, obligase el hijo á prorrata del beneficio que haya reportado del acto ó contrato. 324
Art. 255. 325
226. Casos en que pueden venderse los bienes raíces del hijo de familia. 327
227. La ley no exige autorización judicial para la venta de los bienes muebles. 328
Art. 256. 329
228. Casos en que el padre de familia está sujeto á las mismas limitaciones de los tutores y curadores. . . . 330

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.
229. No puede el padre enajenar los bienes raíces del hijo. 330
230. Ni darlos en arrendamiento por largo tiempo. . . . 331
231. Ni aceptar, sin autorización judicial, las herencias deferidas al hijo. 331
Art. 257. 331
232. Cuando el hijo de familia tenga que litigar como actor contra su padre, debe obtener venia del juez. 332
233. El juez, al otorgar la venia, dará al hijo un curador para la litis. 333
Art. 258. 334
234. El hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado ó representado por el padre. 335
235. Cuando el padre no quisiere ó no pudiere autorizar, puede el juez hacerlo. 335
236. El juez no puede autorizar al hijo para que deduzca acciones criminales. 336
237. Cuando el hijo afirma que el padre está imposibilitado, el juez debe proceder con pleno concimiento de causa. 336
238. El nombramiento de curador *ad litem* es consecuencia necesaria del impedimento del padre y de la incapacidad del hijo. 337
Art. 259. 337
239. En las acciones civiles contra el hijo de familia, debe el actor dirigirse al padre para que autorice ó represente al hijo en la litis. 338
240. Cuando el padre no autoriza ó representa al hijo, deben distinguirse los casos. 338
241. Cuando el padre no quiere autorizar ó representar al hijo, el juez provee al hijo de curador. 338
242. Cuando el padre se halla imposibilitado, también se nombra curador que represente al hijo. 339
Art. 260. 339
243. No es necesaria la intervención paterna para proceder contra el hijo criminalmente. 340
244. El padre está obligado á suministrar al hijo los auxilios que necesite 341
Art. 261. 341
245. Comentario 342
Art. 262. 343
246. Casos en que se suspende la patria potestad. 344
247. Para que la patria potestad se suspenda, basta la prueba de la prolongada demencia del padre. . . . 344

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

248. Cuando se hubiere puesto al padre en interdicción por demente ó pródigo, suspéndese la patria potestad. . 344
249. Cuando el padre se ausenta, para que la patria potestad se suspenda son necesarias tres circunstancias. 346
250. Suspensa la patria potestad, se nombra curador que administre los bienes del hijo. 346
Art. 263. 347
251. La suspensión de la patria potestad debe ser declarada por el juez 348
252. El juez oye á los parientes y al defensor de menores. 348

TÍTULO XI

De la emancipatión.

Art. 264. 349
253. Definición de la emancipación. — Crítica 350
254. La emancipación es voluntaria, legal, y judicial. . . 350
Art. 265. 351
255. Cuándo es voluntaria la emancipación. 351
256. Para la emancipación voluntaria se requiere consentimiento del hijo y autorización judicial. 357
257. La emancipación voluntaria puede rescindirse por fraude. 359
Art. 266. 360
258. Casos en que se efectúa la emancipación legal. . . . 363
259. Muerte natural ó civil del padre y muerte civil del hijo 361
260. Matrimonio del hijo. 364
261. Cuando éste cumple veinticinco años. 367
Art. 267. 367
262. Casos en que se efectúa la emancipación judicial. . 371
263. Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo. . . 371
264. Cuando le ha abandonado. 372
565. Cuando se deprava 372
266. Puede el juez proceder á petición de cualquier consanguíneo del hijo y aún de oficio. 372
267. La emancipación se efectúa aunque la pena se indulto. 375

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.
Art. 268 376
268. Cuando se dona ó deja al hijo bajo la condición de obtener la emancipación, el padre no ejerce el usufructo 377
269. Tampoco tiene la administración, si así lo exige el donante ó testador 378
Art. 269 379
270. La emancipación es irrevocable 380
271. Crítica de la redacción 380
272. Las palabras *aun por causa de ingratitud*, son nugatorias 381

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo