

BIBLIOTECA

DE LA CASA DE LA CULTURA — Quito

REF. Nº 717

FECHA DE CONSTATAACION 30 DIC 1949

VALOR s/ 57¹⁰ =

CLASIFICACION

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

BIBLIOTECA NACIONAL	
QUITO - ECUADOR	
COLECCION GENERAL	
Nº <u>40067</u>	AÑO <u>2009</u>
PRECIO _____	DONACION _____

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

POR

LUIS F. BORJA

ABOGADO ECUATORIANO, EX-PROFESOR EN LA
UNIVERSIDAD DE QUITO, INDIVIDUO CORRESPONDIENTE DE LA REAL
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE MADRID
Y DE LA ACADEMIA MEXICANA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN CORRESPONDIENTE
DE LA REAL DE MADRID.

TOMO TERCERO

LIBRO I^o.

TÍTULO III. De los Esponsales. — TÍTULO IV. Del matrimonio.
TÍTULO V. De las segundas nupcias. — TÍTULO VI. Obligaciones
y derechos entre los Conyuges.

PARIS

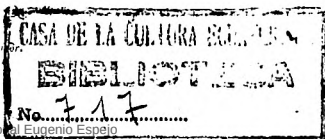
A. Y R. ROGER Y F. CHERNOVIZ

IMPRESORES-EDITORES

99, BOULEVARD MASPAIL, 99

1907

Propiedad del autor.



Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

OBRAS CITADAS EN ESTE TERCER TOMO

- ACCARIAS.—Précis de Droit Romain.
ASSER.—Éléments de Droit International privé.
BAUDRY-LACANTINERIE.—Traité Théorique et Pratique de Droit Civil.
BLUNTSCHLI.—Le Droit International codifié (traduit de l'allemand par M. C. Lardy).
BONNIER.—Traité théorique et pratique des Preuves.
BROCHER.—Cours de Droit International privé.
CALVO.—Le Droit International théorique et pratique (edición de 1896).
CICERÓN.—De Officiis.
COVARRUVIAS.—Opera omnia.
COLMET DE SANTERRE.—Cours analytique de Code Civil.
D'AGUESSEAU.—Œuvres (edición de Pardessus).
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.
DOMAT.—Les Lois Civiles.
DURÁNTON.—Cours de Droit Français.
ESCRICHE.—Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia.
ESMEIN.—Le Mariage en Droit canonique.
FIORE.—Diritto Internazionale Privato.
FOELIX.—Traité du Droit International privé.
FREITAS.—Código Civil. Esboço.
GAIL.—Institutionum Commentarii quatuor.
GIBBON.—The History of the decline and fall of the Roman Empire.

GÓMEZ (A.).—Ad Leges Tauri Commentarium.

GÓMEZ DE LA SERNA.—Curso histórico exegético del Derecho romano.

GROCIO.—De Iure belli ac pacis.

HEFFTER.—Le Droit International de l'Europe (traducción de Bergson).

HEICNECIO.—Opera omnia.

JHERING.—L'Esprit du Droit Romain (traducción de Meuleneare).

KELLY.—The French Law of Marriage.

KENT.—Commentaries on American Law.

LAURENT.—Le droit Civil International (D. C. I).

» Principes du Droit Civil.

LOCRÉ.—Esprit du Code Napoléon. (E).

MARCADÉ.—Explication théorique et pratique du Code civil.

MASSÉ.—Le Droit Commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit Civil.

MAYNZ.—Cours de Droit Romain.

MERLIN.—Recueil alphabétique des questions de Droit (Q).

» Répertoire de Jurisprudence.

MONTESQUIEU.—De l'Esprit des lois.

NIEBUHR.—Histoire Romaine (traducción de Golbéry).

ODIER.—Traité du Contrat de Mariage.

ORTOLAN (J.).—Histoire de la Législation romaine.

» Généralisation du Droit Romain.

» Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien.

PACHECO.—Comentario a las leyes de Toro.

PARDESSUS.—Cours de Droit Commercial.

PHILMORE.—Commentaries upon International Law.

POTHIER.—Oeuvres (edición de Bugnet).

ROLIN.—Principes du Droit International privé.

SÁNCHEZ.—De Matrimonio.

SAVIGNY.—Traité du Droit Romain.

SÉNECA.—De Beneficiis.

STEPHEN.—New Commentaries on the Law of England (partly founded on Blackstone).

STORY.—Commentaries on the Conflict of Laws.

SUETONIO.—Augustus.

TOULLIER.—Le Droit Civil français.

TROPLONG.—Du Contrat de Mariage.

VAN ESPEN.—Ius Ecclesiasticum.

VAZEILLE.—Traité du Mariage.

VINCENT ET PÉNAUD.—Dictionnaire de droit International privé.

WESTLAKE.—A Treatise of private International Law.

WHARTON.—A Treatise on the conflict of Law.

ZACHARIAE.—Cours de Droit Civil français. D'après la méthode de

» , par Aubri et Rau (A. R.).

» Le Droit Civil Français, traduit de l'allemand suivant
l'ordre du Code Napoléon, par Massé et Vergé.

TÍTULO III

De los esponsales

Art. 98. Los esponsales ó desposorio, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

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

REFERENCIAS

Matrimonio. 102.

Leyes. 1°.

Obligación. 1137.

Ante la ley civil. 103.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 111. Los esponsales o desposorio, ó sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor i conciencia del individuo, i que no produce obligación alguna ante la ley civil.

(*) Pothier. Mariage. 23-40. 48-65. — Merlin. Fiançailles. — Dalloz. Mariage. 25. 79-89. 93. 94. — Demolombe. III. 27-30. 32. 33. — Vazeille. I. 38. — Laurent. II. 304-310. — Zachariae (M. V.) I. § 117. — Duranton. I. 187. — II. 5-11. — Gutiérrez (Benito) I. p. 254. art. 1°. — Escriche. Esponsales. — Esmein. I. P. II. chap. I. n. I-III. p. 102-105. 110-137. chap. II. n. I-III. p. 140.-166. — II. P. III. chap. IV. n. III. p. 264-266. — Van. Espen I. P. II. tit. I. XII. c. I. II. — Covarruvias. I. De Sponsalibus. p. 156-174. — Ortolan. (G.). 102. — Maynz. III. § 307. — Despagnet. 247. — Fiore. II. 512. — Vincent. et Pénaud. Mariage. 39. 40.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios por la infidelidad ó retractación de una de las partes (a).

C. E. 95. Los esponsales ó desposorios, ó sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa, ni para pedir que se efectúe el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios.

C. Arg. 166. La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubieren causado.

P. de G. 47. La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal civil ó eclesiástico admitirá demanda sobre ellos.

C. P. 120. La promesa de contraer matrimonio, que se hacen mutuamente el varón y la mujer, constituyen los esponsales.

125. Los esponsales, que no consten por escritura pública, no producirán acción civil.

126. Son efectos de los esponsales :

1º La obligación recíproca de casarse los contrayentes :

2º El derecho que tiene cada uno de ellos de oponerse al matrimonio que el otro quiera celebrar con distinta persona :

3º La responsabilidad de daños y perjuicios á que queda sujeto, en favor del otro contrayente, el que rehuse cumplir los esponsales.

C. Esp. 43. Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento.

44. Si la promesa se hubiere hecho en documento público

(a) Los *sponsales ó desposorios*, ó sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve á efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios. (Art. 111 del Proyecto inédito.)

blico ó privado por un mayor de edad, ó por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, ó si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, está obligado á resarcir á la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido.

La acción para pedir el resarcimiento de gastos, á que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa á la celebración del matrimonio.

C. A. 45. Los esponsales no producen ninguna obligación legal, bien acerca de la celebración del matrimonio, bien respecto de la multa pactada para el caso de desistimiento.

46. La parte que no ha dado causa al desistimiento tiene derecho, empero, á exigir, como reparación, daños y perjuicios.

N. R. X. II. 18..... En ningún tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas según los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles.....

P. IV. 1. Llamado es Desposorio, el prometimiento que fazen los omes por palabra, quando quieren casar. E tomo este nome, de vna palabra que es llamada en latin *spondeo*, que quiere tanto dezir en romance, como prometer.....

7. Apremiar pueden los obispos, o aquellos que tienen sus logares, a los desposados, que cumplan el casamiento. E esto seria, quando el vno de los desposados quiere departir el casamiento, e el otro lo quisiesse cumplir. Ca estonce deuen apremiar aquel que quiere el departimiento, que cumpla el matrimonio.....

D. XXIII. I. 1. Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.

2. Sponsalia autem dicta sunt a spondeo, nam moris fuit veteribus stipulari et sponderesibi uxores futuras.

1. Los esponsales son mencion y promesa del matrimonio futuro.

2. Se llaman esponsales de la voz prometer; porque fué costumbre de los antiguos estipular y prometer las mujeres futuras.

3. Unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est.	De lo cual tuvo origen la denominación de esposo y esposa.
---	--

Art. 99. Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado á favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido.

Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución. (*)

REFERENCIAS.

Multa. 1535.

El inciso 2º. 1470.

CONCORDANCIAS

P. de B. 112. Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado á favor del otro para el caso de infidelidad ó retractación.

Pero, si hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución (a).

C. E. 96.

C. C. 111.

C. P. 127. Pueden los desposados estipular en los esponsales todas las condiciones honestas, que sean conformes á la naturaleza y fin del matrimonio, y que no estén prohibidas por las leyes, é imponerse una multa pecuniaria para la indemnización de que habla el tercer inciso del artículo anterior.

P. V. XI. 39. Casamiento quieren fazer los omes a las vegadas. E porque se acaben, obliganse a cierta pena, prometiendo los vnos por los otros, que se cumplira el casamiento. E esto fazen, porque aquellos por quien fazen

(*) Dalloz. Mariage. 90-92. — Vazeille. I. 147-149. — Laurent. II. 308-310. — Demolombe. III. 31. — Duranton. I. 187. — X. 319-321. — Maynz. III. 307. — Zachariae (M. V.). I. 117. — Zachariae (A. R.). V. 454.

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

Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución. (Art. 112. del Proyecto Inédito.)

la promission, que casaran en vno, non estan delante quando la fazen, o porque non son de edad, o por alguna otra razon. Onde dezimos, que si acaesciere, que alguno dellos non quiera cumplir el casamiento, entonce aquel que fizo la promission por el que non lo quiere fazer, nin cumplir, que non es tenuto de pechar la pena. E esto es, porque el casamiento non deue ser fecho por miedo de pena, mas por amor, e con consentimiento de amas las partes.....

Art. 100. Lo dicho no se opone á que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado.

REFERENCIAS.

Condición. 1473.

Matrimonio. 102.

Todo el artículo. 1789.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 113. Lo dicho no se opone á que se demande la entrega de las cosas prometidas bajo la condición de un matrimonio que se ha llevado á efecto, ó la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado (a).

C. E. 97.

Art. 101. Tampoco se opone lo dicho á que se admita la prueba del contrato de esponsales como circunstancia agravante del crimen de seducción.

REFERENCIAS.

Contrato. 1438.

Esponsales. 98.

(a) Lo dicho no se opone á que se demande la restitución de las cosas donadas ó entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado. (Art. 113 del Proyecto Inédito.)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 114.

C. E. 98.

COMENTARIO.

1. En el art. 98 se copia la definición que, según lo hemos visto en las *concordancias*, se halla en las Pandectas, y que ha sido aceptada por los jurisconsultos y canonistas.

2. Entre los romanos los esponsales precedían casi siempre al matrimonio; pero tanto las leyes como las costumbres establecieron que ellos no obligasen á celebrarlo; porque si uno de los esposos hubiese podido compeler al otro á casarse, hubiera pugnado eso con la absoluta libertad de los contrayentes.

Tanto se atendía al consentimiento libre, que no era permitido estipular ninguna pena para el caso de no contraerse el matrimonio (1). Era lícito, empero, que uno de los esposos diese al otro arras (2); las cuales ó quedaban en beneficio del esposo que estaba pronto á cumplir la promesa, ó debían restituirse dobladas.

Los esponsales eran válidos si consentían así los contrayentes (3) como los padres (4); si aquéllos habían cum-

(1) Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Caio Seio habenti filiam; et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Caii Seii filio Titiae desponderetur; et interpositum est instrumentum, et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset; postea Caius Seius constante matrimonio diem suum obiit, et filia eius, noluit nubere; quaero, an Caii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit, ex stipulatione, quae proponeretur, quum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstituram, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta. (D. XLV. I. 134.)

(2) Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur; ita scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arrhis tantummodo redditis, quas acceperat. (D. XXIII. II. 38.)

(3) Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. (D. XXIII. I. 4.)

(4) In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est,

plido siete años (5), y si ningún impedimento obstaba al futuro matrimonio (6).

Los esponsales surtían los siguientes efectos civiles : cada uno de los esposos no podía casarse con tercera persona sino después de haber repudiado al otro esposo (7); el impedimento de pública honestidad, por el cual no se permitía el matrimonio del hijo con la esposa del padre ni el de éste con la esposa de aquél (8); la infidelidad de uno de los esposos se asemejaba al adulterio (9); el esposo podía deducir acción para que se castigasen las injurias inferidas á la esposa (10).

quorum in nuptiis desideratur; intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit. (D. XXIII. I. 7. § 1º.)

(5) In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis; quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minoris quam septem annis. (D. XXIII. I. 14.)

(6) Tutor factam pupillam suam nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adiungere potest; scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere. (D. XXIII, I. 15.)

..... Cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest, nam quae duci potest iure despondetur. (D. XXIII. II. 60. § 5º.)

(7) Pretoris verba dicunt : Infamia notatur, qui..... bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. (D. III. II. 1.)

In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere, in qua re haec verba probata sunt : conditione tua non utor. (XXIV. II. 2. § 2º.)

(8) Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur. (D. XXIII. II. 12. § 1º.)

Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur. (12. § 29.)

Semper in coniunctionibus non solum quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit. (12.)

(9) Divi Severus et Antoninus rescripserunt, etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium quelecunque, nec spem matrimonii violare permittitur. (D. XLVIII. V. 13. § 3.)

(10) Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum

Estas son, en resumen, las reglas concernientes á los esponsales según el Derecho romano; reglas de suma importancia, porque sirvieron de base á las doctrinas que sobre los mismos establecen el Derecho canónico y las legislaciones modernas.

3. El derecho canónico distingue dos épocas en cuanto á los esponsales :

1°. La que precedió al Concilio de Trento; y

2°. La posterior á este Concilio.

I. En la primera época había *esponsales de presente y esponsales de futuro*.

Los esponsales de presente no eran sino el matrimonio mismo.

Los esponsales de futuro consistían en la mutua promesa de contraer matrimonio.

Para la validez de los esponsales de futuro sólo se requería :

1°. El consentimiento de los esposos :

2°. Que no hubiese impedimento dirimente :

3°. La edad.

El consentimiento no exigía ninguna solemnidad, y podían prestarlo los esposos sin la autorización de los padres (11).

En cuanto á la edad, los cánones declaran válidos los esponsales de las personas que han cumplido siete años. No puede explicarse semejante despropósito sino atendién-

puto; etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecunque sponsae eius fiat (D. XLVII. X. 15. § 21.)

(11) Según el Derecho canónico clásico el niño de siete años puede desposarse válidamente sin autorización de otra persona. Los decretalistas alegan la razón de que ese consentimiento tampoco era necesario para el matrimonio : emancipado éste de la potestad de la familia, el Derecho canónico había emancipado igualmente los esponsales. Pero esta regla no se estableció sino después de larga evolución, á la cual cooperaron elementos diversos, y para llegar al resultado final, la teoría de los esponsales había influido en la del matrimonio, tanto como la del matrimonio en la de los esponsales (a). (Esmein. I. part. II. tit. I. chap. II. n. I. pág. 152.)

(a) Véase el comentario del art. 105.

dose á la influencia del Derecho romano y á las anómalas circunstancias de la edad media (12). Pero habiendo desaparecido esas circunstancias, ya no hay ni visos de razón al declarar válidos los esponsales de personas que no han llegado á la pubertad, á quienes las leyes civiles de todos los pueblos cultos conceptúan absolutamente incapaces para contraer ni la más insignificante obligación. Ciertamente que cuando el esposo llega á la pubertad puede desistir del compromiso; pero eso mismo manifiesta que los esponsales de los impúberes no provienen de consentimiento serio y deliberado.

Veamos los efectos, que, según el Derecho canónico, surtían entonces los esponsales :

1°. Cada uno de los esposos podía compeler al otro á la celebración del matrimonio :

2°. Cuando había *cópula carnalis* entre los esposos, quedaba celebrado el matrimonio :

3°. El impedimento impediendo para el matrimonio de cada uno de los esposos con otra persona; y

4°. El impedimento dirimente de *pública honestidad*.

Varia fue la práctica de la Iglesia en cuanto á los medios conducentes á compeler á uno de los esposos á cumplir la promesa de matrimonio. Prevaleció, empero, la doctrina de que se podía obligarle por medio de censuras (13), mas no por la fuerza material.

(12) " Sorprende que tan temprana edad se hubiese declarado suficiente; pero ello admite explicación. Además de la influencia del Derecho romano, que entonces era decisiva, otras causas contribuyeron á ese resultado. Los esponsales tuvieron en la edad media extrema importancia, pues los matrimonios eran principalmente alianzas entre dos familias, destinadas casi siempre á restablecer la armonía..... Ese resultado no era eficaz sino cuando los esponsales se celebraban mucho tiempo antes que el matrimonio." (Id. p. 151.)

(13) " Los esposos debían contraer el prometido matrimonio; lo cual constituía una obligación jurídica sancionada por el Derecho. Cada esposo podía compeler al otro á contraerlo y tenía contra él acción en juicio. Pero, como se trataba de un acto en que era necesaria la voluntad, el juez no podía emplear sino medios de coacción indirecta para vencer la resistencia, exco-mulgando al obstinado. Así, algunos textos decían que deben

Nada más anómalo ni más extravagante que la doctrina canónica según la cual los esponsales se convertían en matrimonio en virtud de la *copula carnalis*.

En cuanto á los esposos, de la promesa, aun confirmada con juramento, nacía sólo impedimento impediante; pues si bien obstaba al matrimonio de uno de los esposos con otra persona, una vez celebrado, el matrimonio subsistía.

El impedimento dirimente de *pública honestidad* obstaba al matrimonio entre un esposo y los consanguíneos del otro en los mismos casos en que la consanguinidad ó afinidad impedía el matrimonio; originábase el impedimento aun de los esponsales nulos, y subsistía aun disueltos los esponsales.

II. El Concilio de Trento hizo alteraciones profundas en cuanto á los esponsales y al matrimonio. Habiéndose declarado, en la sesión XXIV, como solemnidad esencial del matrimonio, que fuese contraído en presencia del párroco propio de uno de los contrayentes y de dos testigos; quedó abolida la antigua distinción entre los esponsales de presente y los de futuro, y no subsisten los esponsales sino como promesa de matrimonio.

En cuanto al impedimento dirimente de pública honestidad, estableció dos reglas de suma importancia :

1.ª. Que el impedimento no nace de los esponsales nulos; y

2.ª. Que no pasa del primer grado canónico de consanguinidad ó afinidad.

Volveremos á este punto al comentar el art. 103.

4. Las Leyes de Partida (a) siguieron paso á paso el

emplearse los consejos y no los medios coercitivos..... Establecióse la regla de que la obligación proveniente de los esponsales, cualesquiera que fuesen, debía ser sancionada judicialmente. Los canonistas la entendían con más ó menos temperamentos : unos opinaban que se emplease el rigor; otros que se mitigara para evitar males mayores si no se vencía la obstinación..... En cuanto á las decretales, que excluyen toda coacción, se interpretaron en el sentido de que si bien no abolían el derecho estricto de compeler, aconsejaban la misericordia." (Id. p. 139.)

(a) Véanse las *Concordancias*.

Derecho canónico en todo cuanto concernía á los esponsales.

Como la experiencia había manifestado los gravísimos inconvenientes de que la Iglesia compeliere á la celebración del matrimonio, expidióse la pragmática según la cual los esponsales no surtían ningún efecto sino cuando constaban de escritura pública (b), y aun entonces sólo ante la autoridad civil podía exigirse indemnización de los respectivos perjuicios.

5. El Código chileno establece las siguientes reglas :

1ª. Considéranse los esponsales como un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil (14) :

2ª. No puede alegarse tal promesa para exigir la celebración del matrimonio ó indemnización de perjuicios :

3ª. Tampoco la multa estipulada por los esposos para el caso de no cumplirse la promesa :

4ª. Si la multa se hubiere pagado, no es exigible su devolución :

5ª. Puede sí exigirse la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado :

(b) Véanse las *Concordancias*.

(14) " Es preciso confesar (dice el conde Portalis en su juicio sobre el Código Sardo) que lo que concierne a ellos (a los esponsales) pertenece más bien a las costumbres que a las leyes; que ésta es una materia puramente doméstica, i que se experimenta cierta repugnancia al verla entrar en la competencia de los tribunales. Así es que los legisladores que tratan de ella se ven obligados a escudriñar las relaciones íntimas de los esposos, misterios de la vida privada, que, en el interés de la libertad y dignidad humana, deben siempre sustraerse a las investigaciones de la lei. Entre nosotros, los esponsales han dejado de estar en nuestras costumbres, i aun en la de nuestra Iglesia. Nuestras leyes no los mencionan, i en la mayor parte de nuestros rituales, el de París, por ejemplo, solo figuran como una ceremonia piadosa que precede inmediatamente a la celebración del matrimonio, i que solo es un recuerdo, un vestigio de un orden de cosas que ya no existe. (Bello, nota al art. 111 de su Proyecto.)

6°. Estas reglas no obstan á que se admita la prueba del contrato de esponsales como circunstancia agravante del delito de seducción.

6. I. Conforme á la regla primera, de los esponsales no nace obligación ante la ley civil, y prohibese á la autoridad eclesiástica intervenir en manera alguna para compeler á los contratantes al cumplimiento de la promesa.

Hemos visto (1.276) que una de las bases de la interpretación es el elemento histórico, ó, en otros terminos, el estado de la legislación cuando se expidió la ley cuyo sentido y alcances queremos conocer; y cuando se promulgó el Código chileno estuvo vigente la ley recopilada, según la cual los esponsales, en cuanto al Derecho canónico, no surtían otro efecto que el sobredicho impedimento impediente y el dirimente de pública honestidad. Luego, al expresarse, en el art. 98, que los esponsales no surten ningún efecto ante la ley civil, derogóse la pragmática que concedía indemnización de perjuicios al esposo que se denegaba al matrimonio; mas no se atribuyó á la Iglesia el compeler á uno de los esposos á contraerlo.

Si el art. 103 del Código civil incorpora en el mismo Código todas las leyes canónicas concernientes al matrimonio, declarando que toca á la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer ó se ha contraído; que la ley civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica, y que ésta reconoce su existencia y concede dispensa de ellos; no se deduce sino que, en cuanto al matrimonio mismo, los esponsales surten el efecto determinado por los cánones como impedimento impediente ó dirimente; mas no que la autoridad eclesiástica, en pugna con lo dispuesto por la ley civil, pueda, á virtud de los esponsales, obligar á uno de los esposos, á pedimento del otro, á contraer el proyectado matrimonio.

Este grave problema no tiene ya importancia en Chile ni en el Ecuador, donde, por fortuna, el matrimonio se halla secularizado.

7. II. Si, como lo declara el art. 98, los esponsales quedan sometidos sólo al honor y conciencia del individuo,

y si esta regla se desprende de la absoluta libertad que debe reinar cuando el matrimonio se contrae; dedúcese que no puede exigirse indemnización de perjuicios á faltarse á la promesa, porque tal indemnización presupone un contrato válido de donde proceden las respectivas obligaciones.

Dedúcese también que si ante la autoridad civil se demandare para que, á virtud de los esponsales, se indemnicen perjuicios; el juez, oído el reo, sentenciará que de los esponsales no nace ninguna acción, por cuanto la ley declara que son un hecho privado sujeto exclusivamente al honor y conciencia del individuo. Á sustanciarse el juicio, y rendirse pruebas conducentes á justificar los hechos que, según el actor, originan las indemnizaciones, se contraviniera, bien al art. 98, bien á la regla, muy especial á todos los casos en que se comprometen el decoro y la honra de las familias, de que no es admisible la indagación de los hechos puestos en tela de juicio, cuando tales hechos, aun á ser ciertos, no influirían en la decisión del litigio : *frustra probatur quod probata non relevat*.

8. Si ante los tribunales de Chile ó del Ecuador se litigare sobre los esponsales celebrados en nación extranjera donde éstos surten efectos civiles, no se aplicarían las leyes de aquella nación; porque se trata de una institución absolutamente desconocida en Chile y en el Ecuador (1.294). El orden público internacional exigirá, pues, que se prescindida de los sobredichos esponsales.

Tratándose de las promesas de matrimonio que los nacionales celebran en Estado extranjero, los jurisconsultos franceses opinan que en virtud del estatuto personal no son ellas obligatorias en Francia (15). Pero parece más conforme á los principios aplicar siempre la regla de que los esponsales, cuando no los reconoce la ley del Estado donde la litis se sigue, no pueden surtir en éste ningún efecto.

(15) “Según los principios, las promesas de matrimonio carecen de valor jurídico obligatorio en cuanto á la obligación de celebrarlo; porque, si la hubiese, se atentaría directamente así á la libertad del matrimonio como al orden público.

“Procurando nuestra legislación actual asegurar eficazmente

9. Como el Código de Napoleón guarda silencio respecto á los esponsales, afirman Toullier (16) y Merlin (17) que á la promesa de matrimonio son aplicables las mismas reglas que á las demás promesas; que, por consecuencia, hay perfecto derecho para exigir el cumplimiento y, á falta de

la libertad del matrimonio, no admite la validez de la obligación de casarse originada del contrato de esponsales. En virtud de los principios sobre el estatuto personal, los franceses no pudieran obligarse por un contrato de esponsales celebrado en nación extranjera conforme á las disposiciones de la ley local, como en Alemania y en los países escandinavos. " (Despagnet. 247.)

(16) " Nuestro Código civil guarda silencio sobre si se deben daños y perjuicios á no cumplirse la promesa de matrimonio, y sobre el efecto de las cláusulas penales estipuladas en las mismas promesas. Dedúcese, pues, que estos puntos deben resolverse según los principios generales de su sistema. Ahora bien, toda obligación de hacer no cumplida, se convierte en la de indemnizar daños y perjuicios. Tal es la regla general, y no puede decirse que la obligación de celebrar el matrimonio no se comprenda en tales expresiones, las más generales y las más latas que pueden emplearse: *toda obligación de hacer*; porque los jurisconsultos enseñan que la palabra hacer se refiere á toda especie de actos. *Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur.*

" Para que la obligación de contraer matrimonio se eximiese de la regla asentada de una manera tan precisa y tan general, hubiera sido necesario, como lo hizo el Derecho romano, formar á ese respecto una excepción expresa; la cual no se halla en el Código, y los jueces no pueden suplirla alegando pretextos. " (VI. 300.)

(17) " ¿Puede ponerse en duda que las promesas de matrimonio no se han abolido por el Código civil? Del silencio del Código no se deduce sino que ellas no están sujetas á reglas especiales, y que lo están al derecho común de los contratos. Nuestra antigua jurisprudencia, lejos de desconocerlas, las declaraba obligatorias, y, según la misma, de la negativa injusta y arbitraria á cumplirlas nacia el derecho de exigir indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, lo propio es aplicable conforme al Código civil La jurisprudencia actual aplica constantemente á las promesas de matrimonio, no garantizadas con cláusulas penales, la disposición del art. 1142, según la cual toda obligación de hacer ó no hacer se convierte en la de indemnizar daños y perjuicios cuando el deudor no la cumple. " (Peine contractuelle. § I. n. III.)

éste, indemnización de perjuicios. Pero Dalloz (18), Demolombe (19), Laurent (20) y otros jurisconsultos, sostienen que, según el sistema de aquel Código, el matrimonio es esencialmente libre, y que, en cuanto á él, los esposos no contraen ninguna obligación sino cuando prestan el consentimiento ante el respectivo funcionario.

Algunos tribunales franceses decidieron que las promesas de matrimonio son obligatorias, y que ellas confieren derecho á exigir indemnización de perjuicios. Pero la

(18) " Sucede á veces que dos personas se prometen casarse. ¿Es lícita tal promesa? ¿Nace de ella algún derecho? No nos proponemos examinar si un individuo, porque ha suscrito la promesa, puede ser obligado á casarse con una persona que ya no le conviene. ¿Dónde estaría en ese caso la libertad que debe reinar cuando el matrimonio? " (Mariage. 79.)

(19) " La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal. Ahora bien, es nula según la ley la convención por la cual una persona se obliga hacia otra á casarse con ella necesariamente, aunque no consienta en el instante de la celebración..... Digo que esta obligación es nula, porque, en verdad, pugna con el principio de derecho público que á nadie permite obligarse de antemano á casarse contra su voluntad, y comprometer la absoluta libertad de consentimiento que deben conservar los esposos hasta comparecer ante el respectivo funcionario. " (III. 31.)

(20) " Atendiéndose sólo á la moral, debe deshonorarse al miserable que seduce á la inocencia con una promesa de matrimonio, que él sabe no es obligatoria. ¿Pero puede la ley compeler al seductor á casarse con la desgraciada á quien ha engañado? Proponer la cuestión es resolverla. Quiere la ley que los contratantes sean libres en el instante mismo en que el matrimonio se celebra; todo cuanto le precede pertenece al imperio de la moral. Faltar á la promesa por inconstancia, infidelidad, constituye, á no dudarlo, una acción inmoral; más inmoral todavía hacer promesas con el designio de no cumplirlas, y eso es infame. Toullier tiene razón al censurar semejante conducta. ¿Pero lo puede el legislador? ¿No favorecería él la inmoralidad declarando obligatorias las promesas de matrimonio, que es tan fácil obtener en los arrebatos de la pasión? ¿No prestara su apoyo á especulaciones vergonzosas? Si hay seductores, también hay seductoras. ¿Qué debía hacer la ley? Debía velar, en cuanto de ella dependiese, para que los esposos permanecieran libres hasta el instante en que se casen; esto es, no podía sancionar ninguna promesa de matrimonio. " (II. 307.)

Corte de Casación ha fijado ya invariablemente la jurisprudencia (21) : los esponsales adolecen de nulidad, y, por lo mismo, no confieren derecho á exigir que el matrimonio se contraiga ni indemnización de perjuicios.

Notabilísimo es, empero, que tanto la Corte de Casación (22),

(21) " Considerando que según la sentencia recurrida la promesa de matrimonio, con la cláusula penal de seis mil francos, adolece de nulidad como contraria á la libertad de los matrimonios; que la nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la cláusula penal, y que ello, lejos de contravenir á los arts. 1131 (a) y 1142 (b) del Código civil, concernientes al cumplimiento de los contratos celebrados entre mayores; artículos que se refieren sólo á los contratos legítimos, que no se oponen á las buenas costumbres ni al orden público, es consecuencia de las disposiciones expresas de los arts. 1131 (c) y 1133 (d) del mismo Código, que declaran nulas estas últimas convenciones, y del art. 1227, según el cual la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal. " (Sentencia de 21 de diciembre de 1814, Dalloz. Mariage. 90.)

(a) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

(b) Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

(c) L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

(d) La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

(22) " Considerando que la sentencia recurrida, al declarar que toda promesa de matrimonio es nula, como atentatoria á la libertad ilimitada que debe haber en los matrimonios, proclama un principio de orden público, reconocido por la jurisprudencia antes y después de la promulgación del Código civil; — Considerando que sin contravenirse á ese principio ha podido resolver la sentencia recurrida que el no cumplirse tal promesa origina, en ciertas circunstancias, indemnización de daños y perjuicios, cuando los causa la falta de cumplimiento; porque entonces se funda la acción, no en la validez de la promesa de matrimonio, sino en el hecho de donde provienen los perjuicios, y en la obligación de repararlos impuesta por la ley á la persona que lo ejecuta " (Sentencia de 30 de mayo de 1838. Dalloz. Mariage. 82. 4.)

como Dalloz (23), Demolombe (24), Laurent (25) sostienen que si bien de la promesa misma no nace acción para exigir su cumplimiento ni indemnización de perjuicios, sí hay derecho á ésta cuando uno de los esposos ha

(23) " Opinamos que debe indemnizar daños y perjuicios la parte que sin motivo legítimo falta á una promesa de matrimonio... No vemos por qué no se applicaría á este caso el principio general que obliga á reparar los perjuicios causados injustamente. En esta materia, como en cualquiera otra, no debe permitirse á una de las partes burlarse de la otra, ni menos que después de haberle ocasionado gastos, de haberle impedido tal vez que contraiga otro matrimonio, la abandone por inconstancia ó codicia, para contraer un matrimonio más ventajoso ". (Mariage. 81.)

(24) " El que falta sin motivo legítimo á la promesa de matrimonio puede, á no dudarlo, ocasionar al otro esposo daños y perjuicios reales y efectivos. Luego, está obligado á repararlos. Esta es una de las aplicaciones más naturales y más legítimas de nuestro artículo 1382.

" En vano se objetaría que la amenaza de daños y perjuicios puede alterar la libertad del consentimiento tan necesaria en los matrimonios; que las causas de negativa no son de aquellas que deben publicarse, sobre todo ante los tribunales; que, por otra parte, todo proyecto de matrimonio se subordina necesariamente á la condición, potestativa por ambas partes, de que los esposos se convengan uno á otro; que ambos están interesados en que cada uno conserve absoluta libertad de examen y determinación durante todo el tiempo de las visitas preliminares que conducen precisamente á su mutuo trato y conocimiento; y que, en fin, sería casi imposible tasar entonces los daños y perjuicios... Si bien la objeción es grave, se le daría muchos alcances si se pretendiese rehusar de una manera absoluta la aplicación del art. 1382 á estas hipótesis. ¿No puede haber, en este caso, un daño real, un perjuicio injusto, *non iure datum*? Sí, á no dudarlo; luego, debe indemnizarse. No comprendo por qué en este caso especial se formaría una excepción al art. 1382, y tanto más cuanto que el daño proviene con frecuencia de un acto de perfidia y deslealtad. " (III. 28.)

(25) " Siendo nula la promesa de matrimonio, no nace de ella ninguna acción.... ¿ Siguese de ahí que nunca puede exigirse daños y perjuicios á consecuencia de los esponsales? Muchas sentencias condenan á indemnizar daños y perjuicios al que no cumple esa promesa. Á primera vista parece que tales sentencias pugnan con el principio de la nulidad de la promesa. Hubiera contradicción á decidirse que el no cumplir la promesa de matrimonio origina daños y perjuicios. Si bien la Corte do

ejecutado actos que al otro accarreen pérdida pecuniaria ó deshonra.

Sin la necia pretensión de que nuestro parecer prevalezca sobre tan respetables autoridades, juzgamos que esa doctrina no es conforme al Código de Napoleón ni á los principios. El matrimonio se halla sujeto á reglas especialísimas, una de las cuales consiste, como ya lo hemos visto, en que el legislador ha removido todos cuantos obstáculos se opongan al consentimiento absolutamente libre, que debe prestarse en el instante mismo de la celebración. De

Montpellier había aceptado esa doctrina, su sentencia fué anulada, porque el solo hecho de no contraer un proyectado matrimonio no puede originar condena de daños y perjuicios; por cuanto ello sería, bajo otra forma, un atentado contra la libertad del matrimonio. Luego, puede condenarse á indemnizar daños y perjuicios al que ha faltado á su promesa de matrimonio, y no puede fundarse esa condena en una obligación proveniente del contrato. La verdadera razón se funda en el art. 1382, según el cual todos los hechos que, ejecutados por una persona, á otra causan daño, obligan á repararlo; por tanto, en virtud de un delito civil ó de un cuasidelito se condena á indemnizar daños y perjuicios al que falta á una promesa de matrimonio: está obligado, no por los esponsales, sino porque después de ellos ha inferido á la otra parte un daño, ya pecuniario, ya moral. Si hay daño pecuniario, no cabe duda; y los fallos de los tribunales nos presentan muchos ejemplos. La Corte de Metz concedió al esposo indemnización de daños y perjuicios porque la esposa había faltado á su promesa. Caso muy raro, como lo dice la sentencia; pero los principios no originan duda. En efecto, la sentencia manifiesta que, á causa de los esponsales, el esposo hizo gastos y adquisiciones onerosas, que en realidad eran inútiles. Evidente, pues, que debía aplicarse el art. 1382.

“ El problema es más difícil cuando se trata de un daño moral, de lo que Pothier llama afrenta..... Los tribunales condenan á indemnizar daños y perjuicios así por el daño moral como por el pecuniario. ‘ Considerando ’ dice la Corte de Colmar, ‘ que el reo se ha denegado á casarse con M. B. cuando las capitulaciones estaban celebradas, y constaban de un instrumento auténtico y solemne; que esa negativa no se funda en ninguna razón plausible; que la publicidad del suceso ocasiona grave atentado á la reputación de la actora en la opinión pública y puede obstar á que contraiga otros compromisos. Esta jurisprudencia se funda en los principios generales del Derecho. Del atentado á la reputación y honra de las personas nace acción

ahí que no reconoce el contrato de esponsales; que el no cumplirlo no origina indemnización de perjuicios, y que todo cuanto se haga para ejecutar la promesa meramente moral de casarse, queda sujeto sólo al honor y conciencia de los esposos. Pues bien, la contravención á ese deber meramente moral, ¿constituye delito ó cuasidelito? ¿Puede cometerse delito ó cuasidelito cuando no se infringe ninguna ley civil ó penal, y cuando se infrinjan sólo los preceptos morales?

Los jurisconsultos que á un mismo tiempo declaran la nulidad de los esponsales y la obligación de indemnizar los perjuicios provenientes de no celebrarse el matrimonio, incurren, á no dudarlo, en manifiesta contradicción; pues los mismos afirman que si hay justo motivo para desatar el vínculo de los esponsales (26), ninguno de los esposos

para que se indemnizen daños y perjuicios, fundada en el art. 1382 del Código. Si hay dolo ó intención de perjudicar, hay delito civil; si hay ligereza ó capricho, cométese cuasidelito; en ambos casos los daños y perjuicios provienen, no de una promesa de matrimonio considerada válida, sino de un hecho que ha acarreado perjuicios. " (II. 308.)

(26) " Veamos ahora cuáles son las causas en que se fundaría una de las partes para no cumplir la promesa. Por regla general puede afirmarse que cada uno de los esposos tiene ese derecho, cuando quiera que ha sobrevenido una circunstancia tal, que si la hubiese conocido, no hubiera celebrado la promesa. ¿Pero qué circunstancias reúnen esos caracteres? Se comprende que hay hechos cuya apreciación se deja al criterio de los tribunales. Juzgamos, con Demolombe, que á este respecto son aplicables, como razón escrita, las doctrinas de los autores antiguos sobre las causas legítimas en que podían fundarse los esposos para desistir de su promesa. Si, por ejemplo, una de las partes hubiese sido condenada á pena criminal ó correccional, si hubiese ejecutado actos deshonorosos, si hubiese perdido parte considerable de sus bienes de fortuna, si le sobreviniese enfermedad grave; estos hechos constituirían motivos legítimos de desistimiento de cualquiera de las partes. " (Daloz. *Marriage*. 86.)

" Puede afirmarse, como regla general, que la promesa de matrimonio está subordinada á la condición de que las cosas permanecerán en un mismo estado hasta que el matrimonio se celebre, y que no se descubrirá ó no sobrevendrá ninguna alteración tal, que uno de los esposos pueda aseverar con fun-

tiene derecho á indemnización de perjuicios á no contraerse el matrimonio. ¿Y cómo se examinan los fundamentos para faltar á la promesa sin presuponer que esa promesa es válida? En el instante mismo de sostenerse que uno de los esposos puede desatar el vínculo proveniente de los esponsales, ¿no se reconoce que éstos surtieron efecto ante la ley civil?

Esta discusión es de suma trascendencia; porque si fuese cierto que según el Código de Napoleón, que no reconoce los esponsales, hay derecho para exigir se indemnicen perjuicios cuando, contraviniéndose á la promesa, se ha cometido un delito ó cuasidelito; también en Chile y en el Ecuador hubiera la misma obligación, como originada, no del concurso real de la voluntad de los esposos, sino de un delito ó cuasidelito; el cual, lo repetimos, no puede cometerse sino reconociéndose por la ley civil la promesa de celebrar el matrimonio.

damento que no hubiera aceptado la promesa si hubiese podido copocerla..... No tratamos de investigar si hubiera hidalguía en alejarse del esposo desgraciado ó en ruina. Propongo un problema de derecho, un problema jurídico de daños y perjuicios; y opino que el cambio sobrevenido á la persona ó á los bienes de fortuna de uno de los esposos puede ser tal, que una de las partes se deniegue con fundamento á la celebración del matrimonio." (Demolombe. III. 29.)

" Como un delito ó cuasidelito es lo que ocasiona la condena en daños y perjuicios, es necesario que haya dolo ó, á lo menos, culpa de parte del que ha faltado á la promesa. Si hubiere justas razones para no cumplirla, no hay delito ni cuasidelito. El que tiene el derecho de hacer lo que hace no está obligado á reparar el daño que ha causado, porque á nadie injuria. Se aplicaba este principio en el antiguo derecho, aunque las promesas de matrimonio fuesen válidas; con mayor razón debe decidirse así según nuestro derecho civil moderno, que no atiende á la promesa, sino al hecho que acarrea el daño. Citaremos algunos casos según Pothier y la jurisprudencia..... Cuando posteriormente á los esponsales sobreviene un hecho que hubiera impedido celebrarlos, el contrato se resuelve, en cuanto no origina daños y perjuicios. Aplicase el mismo principio á una pérdida de bienes de fortuna, si de ella resulta que los esposos no podrían soportar las cargas del matrimonio. Entonces hay el deber de desatar tales vínculos. Según nuestro Derecho moderno no hay delito ni cuasidelito; por consecuencia, tampoco daños y perjuicios." (Laurent. II. 309.)

10. III. Que tampoco puede exigirse la multa estipulada por los esposos para el caso de no efectuarse el matrimonio, es consecuencia lógica de la regla de que los esponsales no surten ningún efecto ante la ley civil, y que la cláusula penal, como accesorio, sigue la suerte de la obligación principal.

Pero el Código chileno no acepta la doctrina de que el estipular multa es contrario á las buenas costumbres; pues declara que si la multa se hubiere pagado, no podrá exigirse su devolución, esto es, que en cuanto á la multa misma hay una *obligación natural*.

Alguna inconsecuencia se nota entre el principio fundamental, declarado por el art. 98, de que los esponsales no producen ninguna obligación, y el declarar al mismo tiempo que de la estipulación concerniente á la multa se deduce una obligación natural. Así, según el art. 98, el pago de la indemnización de perjuicios es indebido, y según el art. 99, es válido el pago de la multa. No comprendemos la razón de la diferencia; pues la cláusula penal no se estipula sino para determinar de antemano los *daños y perjuicios* que el no cumplirse la obligación acarrea á las partes.

Cuando la obligación principal tiene valor inapreciable ó indeterminado, el art. 1551 concede al juez la facultad de moderar la pena, si, atentas las circunstancias, ésta pareciere enorme. Como el art. 1551 se funda en que la irreflexión conduce muchas veces á estipular una multa enorme para el caso de no cumplirse tal obligación, síguese que el pago de la multa estipulada en los esponsales no obstaría al ejercicio del derecho concedido por el ya citado art. 1551.

11. IV. Declara el art. 100 que si bien los esponsales no surten ningún efecto ante la ley civil, es exigible la restitución de las cosas donadas ó entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha contraído. Propiamente se trata en este caso, no de los efectos que los esponsales surten, sino de las donaciones ó promesas por causa de matrimonio; donaciones ó promesas que, según el art. 1789, envuelven la condición resolutoria de no celebrarse el matrimonio. Cumplida, hay derecho á exigir la restitución de las cosas donadas. Pero, atenta la importancia del

asunto, acaso convenía repetir la regla tan claramente formulada en el art. 1789.

12. V. El art. 101 adolece de suma impropiedad así en la redacción como en las disposiciones que encierra.

Nada más anómalo que habiéndose declarado en el art. 98, como principio dominante en esta materia, que los esponsales son un hecho *privado que ante la ley civil no surte ningún efecto*; se exprese después que los esponsales son contrato. Los actos, los convenios de donde nacen deberes puramente morales, no se denominan contratos conforme al art. 1438. El legislador ha trazado con toda exactitud el límite entre la ley civil y los preceptos puramente morales, y sólo da reglas que á la primera conciernen. Hecho meramente privado que *no surte ningún efecto ante la ley civil, y contrato, implica*.

No hay armonía entre el mismo art. 101 y las disposiciones del Código penal chileno; ya porque éste no cuenta la seducción entre los crímenes ó los delitos; ya porque los arts. 350 (a) y 366 (b), los únicos que con esta materia se relacionan, determinan las penas de meros delitos.

Mayor es todavía la discordancia entre el art. 98 del Código civil ecuatoriano y las disposiciones del Código penal: tampoco habla éste de *seducción*, y, según su sistema, no hay *circunstancias agravantes*.

(a) Art. 350. La pena será presidio mayor en su grado mínimo cuando el que abandona es alguno de los relacionados en el art. 347.

(b) Art. 336. En el que abusare deshonestamente de persona de uno ú otro sexo mayor de doce años i menor de veinte, será castigado con un presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el art. 361, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa.

TÍTULO IV

Del matrimonio

Art. 102. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre i una mujer se unen actual e indisolublemente, i por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, i de auxiliarse mutuamente.

REFERENCIAS.

Contrato. 1438.

Solemne. 1443.

Vivir juntos. 133.

Auxiliarse mutuamente. 131. 134.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 115.

C. E. 90.

C. C. 113.

C. P. 132. Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo á la conservación de la especie humana.

C. M. 155. El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse á llevar el peso de la vida.

C. de la L. 90. El matrimonio es un contrato que si bien en su origen está destinado á durar hasta la muerte de una de las partes contratantes, puede disolverse antes de la muerte de uno de los cónyuges por causas que la ley determina.

C. A. 44. Las relaciones de familia se fundan en el matrimonio. En virtud del matrimonio, dos personas de distinto sexo declaran su voluntad de vivir en comuni-

dad indisoluble, procrear, educar hijos y prestarse mutuos socorros.

P. IV. II. 1. Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entencion de beuir siempre en vno, e de non se departir; guardando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, biuiendo ambos a dos...

I. I. IX. 1. Nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens.

D. XXIII. II. 1. Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

I. I. IX. 1. Las nupcias ó matrimonio son la unión de un hombre y una mujer, para vivir en comunidad indisoluble.

I. El matrimonio es unión de varón y hembra, consorcio de toda la vida, y participación del derecho divino y humano.

COMENTARIO.

Estudiemos, en capítulos diversos, el matrimonio y el divorcio.

I.

Del Matrimonio (*).

13. Reconociéndose desde antiguo que el matrimonio,

(*) Savigny. I. § 53, 54, 58. — III. § 141. — VIII. § 361. 379. 381. 396. — Locré. I. 272. 36-39. — II. 269. 11. — 292. 24. — IV. 314. 3. — 479. 4. — V. 319. 4. — Pothier. Mariage. 1-10. — Merlin. Mariage. Sect. I. II. — Dalloz. Mariage. 1-9. 26-28. 41. 42. — Toullier. I. 488-494. — Troplong. Mariage. I. p. I-VIII. — Zachariae (M. V.) I. § 108. — Zachariae (A. R.) V. § 419. 450. — Laurent. II. 260-262. — Laurent (D. C. I.) IV. 199-204. 225-227. — Vazeille. I. 1-10. 25. 55. 58. — Duranton. II. 1-4. 14. — Demante. I. 209. — Gutiérrez (B). I. p. 249. § 1 — 368. art. 20. — Pacheco. II. 174. — Ortolan (G) 58-60. (I). I. 97-101. — Accarias. I. 80-81. — Maynz. III. § 303. — Jhering. I. § 17. — Heic. Ant. L. X. § I-XVIII. — Ciceron. De Officiis. I. XVII. — Lerminier (PH.)

origen de la familia (1), es la más importante de las instituciones humanas, se han expedido siempre leyes para determinar su esencia y los efectos que surte (2).

I. II. III. — Montesquieu. XVI. II-IV. VI. — Gibbon. III. Chap. XLIV. — Van Espen. P. II. t. XII. C. IV. 19-21. — Covarruvias. II. III. 1-8. — Sánchez. I. II. X. 6. — Story. § 107. 112. — Wharton. § 126-129. — Phillimore. IV. CCCXCH. — Fiore. I. 65. 66. — II. 509. — Brocher. I. 87. — Rolin. II. 5-16. — Calvo. II. 7-19. — Weiss. III. chap. II. tit. I. pag. 384.

(1) "Arctior vero colligatio est societatis propinquorum : ab illa enim immensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur.

"Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est ; proxima in liberis ; deinde una domus, communia omnia. Id autem est principium urbis, et quasi seminarium reipublicae. Sequuntur fratrum coniunctiones ; post consobrinorum, sobrinorumque, qui cum una domo iam capi non possint, in alias domos, tanquam in colonias exeunt. Sequuntur connubia et affinitates ; ex quibus etiam plures propinqui : quae propagatio et soboles origo est rerum publicarum. Sanguinis autem coniunctio benevolentia devincit homines et caritate. Magnum est enim, eadem habere monumenta maiorum, iidem uti sacris, sepulcra habere communia." (Ciceron. De Officiis. I. XVII.)

(2) "En diversos aspectos se considera el matrimonio" (decia Portalis) « según las ideas que preocupan.

"Los filósofos observan principalmente en este acto la unión de los dos sexos ; los jurisconsultos no ven en él sino el contrato civil ; los canonistas no distinguen sino un sacramento, ó lo que denominan *contrato eclesiástico*.

"Para tener una noción exacta del matrimonio, es preciso, empero, contemplarlo en sí mismo y en sus diferentes relaciones.

"El matrimonio en sí, no sólo consiste en la mera unión de los dos sexos. No confundamos á este respecto el orden físico de la naturaleza, que es común á todos los seres animados, con el derecho natural, que es peculiar á los hombres.

"Llamamos *derecho natural* los principios que rigen al hombre considerado como ser moral, esto es, ser inteligente y libre, y destinado á vivir con otros seres inteligentes y libres como él.

"La inclinación general que atrae un sexo al otro, y que basta para efectuar su unión, pertenece al orden físico de la naturaleza. La elección, la preferencia, el cariño personal, que determinan esa inclinación, y la circunscriben á un solo objeto, ó que á lo menos le dan, en cuanto á este objeto preferido, la mayor energía ; los miramientos mutuos, las obligaciones y de-

14. La definición que hallamos en el Digesto es admira-

beres reciprocos que nacen de la unión una vez formada, y que se establecen necesariamente entre seres capaces de afectos y razón; todo esto se sujeta al imperio del derecho natural.

“ Los animales, que no obedecen sino á una inclinación ó un ciego instinto, no tienen sino uniones fortuitas ó periódicas, desprovistas de moralidad. Pero, en los hombres, la razón domina todos los actos de su vida, las afecciones se juntan al deseo, y el derecho sucede al instinto.

“ Descubrimos, pues, un verdadero contrato en la unión de los dos sexos.

“ Tal contrato no es puramente civil, digan lo que dijeren los jurisconsultos; tiene su origen en la naturaleza, que se ha dignado asociarnos en este punto á la grande obra de la creación; y sigue y aun obedece á la naturaleza.

“ Tal contrato no es tampoco un mero acto religioso, pues precede á la institución de todos los sacramentos y ceremonias de todas las religiones positivas, y es coetáneo al hombre.

“ ¿Qué es el matrimonio mismo, independientemente de todas las leyes civiles ó religiosas? Sociedad de hombre y mujer, que se unen para perpetuar la especie, y para ayudarse, con mutuos socorros, á llevar la carga de la vida, y participar de un destino común.

“ No era posible abandonar este contrato á la licencia de las pasiones. Los animales obedecen á una especie de fatalidad; el instinto los impele, los detiene el instinto: sus deseos nacen de las necesidades, y el término de las necesidades es el de los deseos. No sucede lo mismo con los hombres en quienes la imaginación habla cuando calla la naturaleza. La razón y la virtud, que forman y garantizan la dignidad del hombre, dejándole el derecho de ser libre, y preparándole la facultad de dominarse á sí mismo, casi siempre no pondrían sino endebles diques á deseos inmoderados y pasiones sin freno. No temamos decirlo: si en las cosas en que nuestros sentidos pueden ejercer un imperio tiránico, el uso de nuestras fuerzas y de nuestras facultades no fuese constantemente reglado por las leyes, tiempo há que el género humano hubiera perecido por los mismos medios que le sirven para conservarse y reproducirse.

“ De ahí que el matrimonio ha exigido siempre la solicitud de los legisladores. Pero sus disposiciones no han podido destruir la esencia ni el objeto del matrimonio al proteger las estipulaciones que el matrimonio supone, y regularizar los efectos que surte. Por otra parte, todos los pueblos han buscado la intervención del cielo en un contrato que debe tener tan grande influencia en la suerte de los esposos, y que, ligando lo futuro

ble, y pone en claro la elevadísima idea que los romanos tenían del matrimonio (3).

à lo presente, hace depender su felicidad de una serie de sucesos inciertos, cuyo resultado se presenta al espíritu como el fruto de una especial bendición. En tales circunstancias nuestra esperanza y nuestros temores han buscado siempre el socorro de la religión, establecida entre el cielo y la tierra para llenar el inmenso espacio que los separa.

“ Pero la religión se glorifica de haberse dado à los hombres, no para cambiar el orden de la naturaleza, sino para ennoblecerlo y santificarlo.

“ Luego, el matrimonio es hoy lo que ha sido siempre, un acto natural, necesario, instituido por el mismo Criador.” (Locré. IV. 479. A. 5.)

(3) “ Las relaciones entre la familia y el Estado son indestructibles, porque provienen de la naturaleza misma de las cosas; pero el progreso obtenido consiste en la emancipación de la familia; la cual ha llegado à constituir, en el laberinto de las revoluciones políticas, como un reino independiente, donde el hombre reposa de las tormentas sociales, disfruta con seguridad de las más nobles afecciones del corazón, y puede salvar la felicidad doméstica del naufragio de la cosa pública.

“ La constitución de la familia no se funda, pues, en los principios del Estado, ni la del Estado en las formas esenciales de la familia. Pretender trasplantar la paternidad doméstica à la constitución política, y deducir de ella la necesidad filosófica de la monarquía en todos los pueblos; no reconocer en la familia y en el Estado dos órdenes de cosas distintos, que el progreso de la historia ha separado siempre, es pretender que el hombre vuelva à la cuna.

“ ¿Cuál es el fundamento de la familia? ¿Cuál su origen sagrado? El matrimonio. El matrimonio manifiesta que la raza humana es superior à todo lo que respira. Si una fuerza irresistible ejerce mutua atracción entre todos los seres animados; si todo el que está dotado de vida tiende à unirse à sus semejantes, los desea, y los busca para amarlos y completarse; los seres inteligentes y libres, que elevan y purifican las pasiones, ¿no manifiestan en esa unión la superioridad de su naturaleza? El matrimonio humano es superior al matrimonio natural con toda la excelencia del hombre sobre los animales : consorcio de personas sensibles, inteligentes y libres, asocia lo que el hombre tiene más sagrado, más íntimo y más afectuoso. Hallamos en la ley romana una definición admirable, que el cristianismo no ha mejorado : ‘ *Nuptiae sunt coniunctio maris et faeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*’. *Coniunctio maris et faeminae* : hé aquí el acto físico y uni-

El derecho de contraer nupcias, ó matrimonio solemne, se llamaba *connubium* (4), y no se concedía á los extranjeros, ni en los primeros tiempos de Roma podían los plebeyos contraer matrimonio con los patricios. Pero la ley *canuleya* (5), expedida el año 309, abolió tal prohibición.

Los extranjeros eran hábiles para el matrimonio de derecho de gentes; mas no para un matrimonio que, reconocido por la ley civil, surtiese los efectos que ella determi-

versal; *consortium omnis vitae* : es el aporte de toda la vida, de todos los destinos; *divini ac humani iuris communicatio*: hé aquí la participación de los esposos y de los hijos en todo cuanto el derecho divino y humano, la sociabilidad y la religión, tienen más sagrado, piadoso é indeleble.

“ Conviene manifestar cómo el Derecho romano llegó á formular sobre el matrimonio una sentencia tan justa y tan elevada. Los patricios que habían fundado la ciudad, padres de la sociabilidad romana, eran en su origen los únicos ciudadanos, *cives*; los únicos que tenían el secreto y el privilegio del derecho, *ius civile*, que comprendía la religión y la política, los dioses y la ciudad, y manifestaban la legalidad de los auspicios. Fuera de este derecho, á un mismo tiempo divino y humano, no había ciudadanos, sino meros hombres, ni matrimonios legítimos, jurídicos, religiosos, civiles, sino uniones naturales. Conquistar uno á uno todos los derechos de la asociación, de la ciudadanía, ser, como el patricio, esposo y padre de familia; participar para sí, su mujer y sus hijos de un mismo derecho civil y religioso : hé aquí cuál fue la conquista del plebeyo durante los primeros tiempos de Roma; y de esa lucha laboriosa se desprendió la idea tan profunda y tan santa del matrimonio. ” (Lerminier. Ph. I. I. II. chap. III. pág. 138-142.)

(4) *Inter eas enim personas quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas connubium est.* (Gayo. I. 59.)

(5) “ Según la ley de las Doce Tabas, todos los ciudadanos eran iguales en cuanto á los derechos civiles, salvo la prohibición del matrimonio entre los patricios y plebeyos, la cual se hallaba establecida en las últimas Tabas. Bajo la influencia del terror causado por el castigo de los Decemvros, los patricios dejaron que aun la plebe conquistase algunos derechos importantes... La armonía entre las dos clases del pueblo fue tal, que en 307 dos patricios formaban parte del colegio de los tribunos de la plebe. Dos años después (309) el Tribuno Canuleyo consiguió abolir la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos; la cual hacia mucho tiempo era incompatible con las costumbres nacionales. ” (Maynz. I. 35.)

naba (6); pues no confería al marido la potestad marital ni al padre la patria potestad sobre los hijos (7).

Cuando Caracalla declaró ciudadanos á todos los habitantes del imperio, extinguióse la diferencia entre el matrimonio de derecho civil y el de derecho de gentes.

Según los Códigos de Justiniano no había sino una sola especie de matrimonio.

Pero recuérdese que los extranjeros, con quienes los romanos no cultivaban relaciones de amistad, eran tratados como bárbaros, y que no podían ejercer en Roma ningún derecho.

Desde los siglos primitivos se establecieron las solemnidades de la *confarreatio*, *coemptio* y *usus* (8), ya para

(6) " Ex his quae diximus apparet sive civis Romanus peregrinam, sive peregrinus civem Romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum esse. " (Gayo. I. 75.)

Plane sive iusta uxor fuit, sive iniusta, accusationem instituere vir poterit; nam et Sextus Gaesilis ait: haec lex ad omnia matrimonia pertinet; et illud Homericum affert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. (D. XLVIII. V. 13. § I.)

Mulieres, quae in matrimonium se dederint non legitimum, non ibi muneribus fungendas, unde mariti earum sunt, sciendum est, sed unde ipsae ortae sunt; idque Divi Fratres rescripserunt. (L. I. 37. § 2.)

(7) " Item si quis cum uxor praegnante civitate Romana donatus sit, quamvis is qui nascitur ut supra diximus, civis Romanus sit, tamen in potestate patris non fit. " (Gayo. I. 110.)

(8) " Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptione. (Gayo. I. 110.)

" Usu in manum conveniebant quae anno continuo nupta perseverabat: quae enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est. ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, eo quotannis trinoctio abesset, atque eo modo usum cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. " (111.)

" Farreo in manum conveniunt per quodam genus sacrificii quod Iovi farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est: nam Flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quiri-

simbolizar la unión perpetua entre los cónyuges, ya para

nales, item Reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt." (112.)

"Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quamdam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item Libripende emit is mulierem, cuius in manum convenit." (113.)

"Sub idem tempus de Flamine Diali in locum Servii Maluginensis defuncti legendo, simul roganda nova lege disseruit Caesar. Nam patricios confarreatis parentibus genitos, tres simul nominari, ex quis unus legeretur, vetusto more; neque adesse, ut olim, eam copiam, omisa confarreandi adsuetudine, aut inter paucos retenta: pluresque eius rei causas adferebat; potissimam, penes incuriam virorum, feminarumque. Accedere ipsius caerimoniae difficultates, quae consulto vitarentur: et quando exiret e iure patrio, qui id flaminium apisceretur, quaeque in manum flamiis convinerent." (Tacitus. IV. § II.)

"La experiencia manifiesta que los salvajes son los tiranos del sexo hermoso, y que la condición de la mujer ha mejorado con la cultura de la vida social. Con la esperanza de prole robusta, Licurgo había retardado la época del matrimonio; la cual fue fijada por Numa á la temprana edad de doce años, para que el marido romano pudiese educar á su voluntad á una virgen pura y obediente. Según las costumbres de la antigüedad, él compraba la esposa á los padres, y ella efectuaba la *coemptio* por compra con tres monedas de plata, como justa introducción á su casa y á sus lares. Ofrecíase un sacrificio de frutos por los pontífices en presencia de diez testigos; las partes contratantes se sentaban en un mismo vellón; tomaban sal y arroz (far) y esta *confarreación*, que denotaba al antiguo alimento de Italia, servía como emblema de su mística unión de alma y cuerpo. Pero esta unión era rigurosa y desigual de parte de la mujer; la cual renunciaba el nombre y apellido de la casa de su padre, para entrar en nueva servidumbre, disfrazada con el título de adopción; ficción legal, ni racional ni hermosa, que daba á la madre de familia los impropios caracteres de hermana de sus propios hijos é hija de su marido ó señor, que se hallaba investido de la plenitud de la patria potestad. Á su juicio ó capricho aprobaba la conducta de la mujer; ejercía la potestad de vida y muerte, y, en los casos de adulterio ó de embriaguez, se permitía que la sentencia se ejecutase. No adquiría ni heredaba ella sino en provecho de su señor y tan claramente fué definida la mujer, no como *persona*, sino como *cosa*, que si el título original era deficiente, podía ser reclamada, como otros muebles, por el uso y posesión de un año completo." (Gibbon. III. Chap. XLIV.)

que el marido adquiriera la potestad marital (*manus*), que le confería sobre la mujer los mismos derechos que al padre sobre los hijos de familia. Efectuábase entonces una *capitis deminutio* de la mujer (9); la cual pasaba á formar parte de la familia del marido (10).

15. Según el Código chileno el matrimonio es un contrato solemne, pues debe celebrarse con ciertos requisitos esenciales, cuya falta acarrea la nulidad del contrato.

Si bien la ley atribuye al matrimonio la calidad de mero contrato solemne, no puede ponerse en duda que, además de contrato, es una institución de derecho público, arraigada en las costumbres y en la moral; y que, aun á ser mero contrato, fuera tan *sui generis*, que no pudiera ni compararse á ninguno de los otros contratos (11).

(9) *Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his qui adoptantur, item in his coemptionem faciunt.* (Gayo. I. 162.)

(10) “ El derecho de una nación, tomado aisladamente y sin atenderse á las costumbres que lo completan, nos daría ideas inexactas de las relaciones de familia en esa nación. En los tiempos modernos algunos autores han desconocido esa circunstancia, y condenado injustamente el derecho de la familia romana como una tiranía desnaturalizada. Olvidan que en ningún pueblo de la antigüedad la madre de familia era más respetada que en Roma (a); en cuanto á los hijos, que una obediencia servil y degradante es incompatible con la constitución, que permitía á los hijos de familia ejercer todos los derechos políticos y obtener los más elevados empleos, sin que se menoscabase la patria potestad. (Savigny. I. § 51.)

(11) “ El matrimonio es, á no dudarlo, un contrato, porque se funda en la armonía de las voluntades y produce obligaciones recíprocas; y aun podría denominarse contrato sinalagmático. Parece, empero, que se profana, por decirlo así, el matrimonio denominándolo contrato. La palabra contrato lleva consigo la idea de pactos relativos á los bienes; y á las capitulaciones matrimoniales limita el Código francés la denominación de *contrato de matrimonio*. Generalmente se entiende por contrato el pacto relativo á las cosas cuya libre disposición corresponde á las partes,

(a) *Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mixta... Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut foemina proprium esse iuris sui diceret, sed in commune conspirabatur ab utroque.* (Collumella, De re rust., lib. 12. praef. § 7. 8.)

La distinción entre el contrato y la institución de derecho público es en teoría de suma importancia; pues con-

y cuyos efectos dependen sólo de su libre voluntad, salvo las restricciones excepcionalmente establecidas por la ley en cuanto al orden público ó á la pública moralidad; las convenciones cuyos efectos no interesan á la sociedad en general. Todo lo cual no es aplicable al matrimonio. El matrimonio es el fundamento de la familia, cuya organización interesa directamente al Estado, y cuya parte integrante forma. Es el suelo fecundo donde germinan y se desarrollan los seres que están llamados á perpetuar la comunidad política que se denomina nación. Ningún Estado, digno de ese nombre, puede prescindir de la organización del matrimonio, de dictar providencias para que se conserve sana y pura esa fuente de donde la nación se renueva sin cesar. No siempre se trata de la enajenación de los bienes de los cónyuges, ni de renunciar á ciertos derechos de administración ó disposición. El matrimonio lleva consigo la enajenación, por decirlo así, de la persona humana, la absorción de una existencia en otra, la fusión de dos existencias para la regeneración del cuerpo nacional, la procreación y educación de los futuros ciudadanos. " (Rolin. II. 546.)

" Con frecuencia se dice que el matrimonio es un contrato, y eso es tan cierto, que sin el mutuo consentimiento de las dos partes no puede celebrarse legítimo matrimonio. Pero entre el matrimonio y los demás contratos hay estas importantes diferencias :

1°. El matrimonio no puede contraerse ni modificarse según la voluntad de las partes. Es unión conyugal por toda la vida. Si se estipula la unión conyugal por un período menor, aunque las partes sean capaces de contratar, tal unión no es matrimonio. Si se estipula la unión conyugal por toda la vida, contrayéndose así un matrimonio válido, pero después del matrimonio se estipulan condiciones que alteran su carácter, tales condiciones son prohibidas. Asimismo, las partes no pueden, por solemne que sea el contrato, celebrar otro matrimonio que el monógamo. Si se estipula que el marido pueda tener dos ó más mujeres, ó que la mujer tenga dos ó más maridos, ese contrato no constituye matrimonio. Si, celebrado el matrimonio, se añade una estipulación, que permita tal pluralidad, la estipulación es nula, y el matrimonio continúa válido. Ahora bien, uno de los caracteres esenciales de los contratos consiste en que sus estipulaciones sean pactadas libremente por las partes; pero en el matrimonio las estipulaciones no se forman por las partes, y, por lo mismo, el matrimonio no es un mero contrato :

2°. Cuando una de las partes experimenta perjuicios por falta de cumplimiento de la obligación, puede exigirlos á la otra. Pero

duce á determinar á punto fijo las bases esenciales del matrimonio; pero no es trascendental cuando se aplican las leyes á él concernientes; leyes que, á no dudarlo, se han expedido como consecuencia de los principios constitutivos del matrimonio.

. Si, conforme al Código civil, el matrimonio es un contrato por el cual se unen un hombre y una mujer, síguese que no cabe ni suponerse matrimonio entre personas de un mismo sexo (12), y que las leyes chilenas, como las de todos los pueblos donde la moral impera, han abolido la

tratándose del matrimonio no hay litigio por indemnización de perjuicios :

3°. Otro carácter esencial de los contratos consiste en que pueden resolverse á voluntad de las partes. No hay contrato alguno que no se resuelva por el consentimiento de las personas que lo celebraron; lo cual no se efectúa en el matrimonio; y aunque el vínculo se forma por el consentimiento, el consentimiento no puede desatarlo. Falta, pues, al matrimonio uno de los caracteres esenciales de los contratos :

4°. Otra diferencia se nota en la supremacía del matrimonio respecto al Estado. Los contratos se subordinan al Estado; pero el Estado se subordina al matrimonio. El Estado puede dictar leyes declarando que los contratos pierden su fuerza después de cierto lapso de tiempo....; y esas leyes fueran obligatorias... Un contrato prohibido por la ley del respectivo Estado, es prohibido en todas partes. No así el matrimonio. Una ley que limitase la duración del matrimonio ó que declarase disoluble el matrimonio á voluntad de las partes, no tuviera fuerza extraterritorial. " (Wharton. § 126.)

(12) " ¿Debemos decir que entre los primeros requisitos necesarios se comprende la diferencia de sexos entre los dos cónyuges? Parece que el Código de Napoleón mismo ha juzgado que el expresarlo sería una especie de candor; por lo cual el art. 141 presupone ese requisito esencial más bien que exigirlo : " El hombre antes de los diez y ocho años cumplidos y la mujer antes de los quince años cumplidos, no pueden contraer matrimonio. "

" El matrimonio entre dos personas de un mismo sexo es radicalmente imposible. Es evidente que á menos de ser un imbecil, ningún funcionario del estado civil procedería á celebrarlo; y si por un concurso de circunstancias que, si bien extraordinarias, no carecen de ejemplo tanto en el antiguo Derecho como en el nuevo, tal matrimonio se celebrase, no hubiera más que un simulacro. " (Demolombe. III. 11.)

poligamia, declarándola absurda y contraria á la esencia misma del matrimonio; el cual, según la profunda expresión del Primer Cónsul, es la unión perpetua de dos almas.

Nos limitamos, por ahora, á estas nociones preliminares. Al comentar los demás artículos de este título trataremos de todo cuanto concierne á tan importante como difícil materia.

II

Del Divorcio (*).

16. El Derecho canónico dió á la palabra divorcio dos acepciones (13) : la absoluta disolución del matrimonio;

(*) Savigny. VIII. § 379. 399. — Merlin. Effet rétroactif, sect. III. § II. art. VI. — Divorce. sec. I. II. — Divorce (Q), § XII. XIII. — Locré. V. 41. 25. — 73. 1-13. — 96. 1-6. — 103. art. 1-8. — 105. art. 1-9. — 107. 9. — 108. art. 4-15. — 109. 10-29. — 158. 1-23. — 183. art. 1-6. — 201. 4-6. — 289. 1-20. — 322. 5-14. — 341. 1-23. — 377. 1-11. — 426. 1-17. — Pothier. Mariage. 486-497. — Laurent. III. 171-251. 287-291. — Laurent. (D. C. I.) V. 96-127. — 132-137. — 142. 143. 147-171. — Demante. I. 317-327. — Zachariae (M. V.). I. § 137. 138. — Huc. II. 285. 402-471. — Despagne. 260-266. — Story. § 200-230 c. — Wharton. § 204-239. — Kent. II. XXVII. — Phillimore. IV. CCCXCI-DXXI. A. Stephen's (on Blackstone) II. chap. III. n°. 111. pág. 283. — Rolin. II. 590-604. — Fiore. II. 685-695. — Calvo. II. § 807-816. VI. § 136. — Weiss. III. pág. 578-608. — Esmein. II. P. I. Chap. II. pág. 45-88. — Sánchez. I. II. XIII. — Montesquieu. XVI. xv-xvi. XXVI. VIII. IX. (P.) CCXXI. — Horacio. I. XIII. 16. 20. — Seneca. De Beneficiis. III. XVI. — Martial. VI. 2. — Suetonio. Augustus. XXXIX.

(13) " El divorcio propiamente dicho se había eliminado del Derecho canónico occidental; pero subsistió el término *divortium*. Bernardo de Pavia, primer compilador de las decretales, escribió un título *De divortiis*, y las colecciones posteriores conservan esa rúbrica. Pero dicho término no tiene ya su sentido antiguo y tradicional, salvo en un caso puntualizado por el título *De divortiis* de las decretales de Gregorio IX, á saber, cuando un cónyuge convertido repudia regularmente al cónyuge pagano. Designa, pues, dos cosas muy distintas : ya la sentencia que, en el juicio sobre nulidad de matrimonio, declara

la separación de los consortes subsistiendo el vínculo conyugal.

17. Si recorremos las legislaciones antiguas, hallamos que Moisés permitió á los israelitas el libelo de repudio (14).

18. Muy conocidos son los textos sobre el divorcio en los Evangelios de San Mateo (15), San Mar-

no existe ningún vínculo conyugal entre dos personas unidas de hecho; ya corresponde á una institución nueva, el antiguo divorcio por causa de adulterio, transformado y limitado en sus efectos, *divortium quoad torum et mensa*. Sorprende ver dos instituciones tan distintas confundidas en una misma denominación; lo cual proviene de que durante mucho tiempo no se distinguió claramente una de otra en el punto de vista jurídico, ni ellas se distinguían claramente del divorcio propiamente dicho, cuando había tal institución. Comprendíanse en la denominación *divortium* todos los casos en que dos personas, que habiendo vivido como marido y mujer, se separaban por sentencia de la Iglesia, que las autorizaba para suspender la vida conyugal ó aún les prohibía continuarla: siendo uno mismo el estado de hecho, no se investigaba si era idéntico el estado de derecho. En todos estos casos, cesaban las obligaciones provenientes del matrimonio, y parecía que el matrimonio mismo se disolvía, á no ser que una *reconciliatio* de los cónyuges restableciese el vínculo. No se diferenciaban estas hipótesis sino en otro punto de vista: después del *divortium* podían los dos cónyuges ó uno de ellos contraer nuevo matrimonio con otra persona? Unas veces les era permitido y otras se les prohibía. Prohibíase á ambos cónyuges cuando se había declarado el divorcio por adulterio; prohibíase sólo á uno de ellos, cuando el divorcio se había declarado á causa de frigidez ó de voto solemne; pero entre estos dos divorcios jurídicamente no se establecía diferencia esencial. " (Esmein. II. P. II. Chap. II. n. VII.)

(14) Si acceperit homo uxorem, et habuerit eam, et non inveni-
erit gratiam ante oculos eius propter aliquam foeditatem :
scribet libellum repudii, et dabit in manu illius, et dimittet
eam de domo sua. (Deutorenominum. C. XXIV. 1.)

(15) Dictum est autem : Quicumque dimiserit uxorem suam,
det ei libellum repudii. (C. V. 31.)

Ego autem dico vobis : quia omnis, qui dimiserit uxorem
suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari : et qui
dimissam duxerit, adulterat (32).

Dicunt illi : Quid ergo Moyses mandavit dare libellum re-
pudii, et dimittere? (C. XIX. 7.)

Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit

cos (16) y San Lucas (17); textos que han suscitado tantas controversias, y en que se funda la Iglesia Griega al facultar al marido para el repudio de la mujer adúltera.

19. Los romanos asentaron el principio de que el disentimiento de los cónyuges podía disolver el matrimonio.

Algunos escritores afirman que en los primeros tiempos de Roma no era permitido el divorcio sino por causas determinadas; pero lo cierto es que durante la república se admitió el divorcio sin ninguna restricción, y que todo cuanto obstaba á él se tenía como inmoral (18). La opinión pública, manifestada en los tribunales de familia, y la influencia de los censores impidieron por mucho tiempo que esa libertad degenerase en licencia.

Según algunos historiadores, Espurio Carvilio Ruga fue el primero que, en 520 de Roma, repudió á su mujer sin motivo plausible; pero parece más cierta la opinión, apoyada por el célebre Niebuhr (19), de que á ese divorcio habían precedido otros muchos.

Si bien en los tiempos primitivos el divorcio fué muy raro, se generalizó durante el imperio; y tanto los varones como las mujeres desataban el vínculo del matri-

vobis dimittere uxores vestras : ab initio autem non fuit sic (8).

Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur; et qui dimissam duxerit, moechatur (9).

(16) *Et ait illis : Quicumque dimiserit uxorem suam, et aliam duxerit, adulterium committit super eam. (C. X. 11).*

Et si uxor dimiserit virum suum, et alii nupserit, moechatur (12).

(17) *Omnis qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, moechatur : et qui dimissam á viro ducit, moechatur. (XVI. 18.)*

(18) *Libera matrimonio esse antiquitas placuit : ideo pacta, ne liceret divertere, non valere. (C. R. VIII. XXXVIII. 2.)*

(19) " El año 440 los censores excluyeron del Senado á L. Antonio porque había repudiado á su mujer sin reunir un tribunal de amigos. Notémoslo de paso, ese hecho manifiesta cuán errónea es la opinión según la cual Carvilio Ruga, que vivió después de la primera guerra púnica, fue el primero cuyo matrimonio fue disuelto : algunas veces hay ciega admiración por los tiempos antiguos y las antiguas costumbres. " (VI. p. 49.)

monio de la manera más inmoral y escandalosa (20).

A pesar de estos abusos los romanos no pensaron en abolir el divorcio (21). Erróneamente se ha juzgado que eran restricciones á esa libertad ciertas penas pecuniarias con que se conminaba en algunos casos el divorcio. El divorcio permaneció tan libre que no se exigían solemnidades esenciales; efectuábase por sólo el consentimiento mutuo (entonces se llamaba *divortium bona gratia*), ó por voluntad de una de las partes : el marido despedía de su casa á la mujer, la repudiaba; y la mujer salía de la casa del marido, *divertit* ó *divortit*.

La absoluta libertad del divorcio subsistió hasta el tiempo de los emperadores cristianos; los cuales lo restringieron por medios indirectos, imponiendo á los cónyuges culpados penas pecuniarias y aun aflictivas.

En el derecho nuevo prevalecieron en resumen las siguientes reglas :

1ª. Admitíase el divorcio por consentimiento mutuo, *bona gratia*, para que los esposos hicieran voto de castidad, y por impotencia del marido si el matrimonio había durado tres años (22). En los demás casos los cónyuges que se divorciaban debían entrar en un convento y perder todos

- (20) Si verum excutias, facies, non uxor amatur.
Tres rugae subeant, et se cutis arida laxet,
Fiant obscuri dentes, oculique minoris :
Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi ;
Iam gravis es nobis, ut saepe emungeris ! exi
Ocius, et propera ; sicco venit altera naso. (Juvenal.
VI. 143-148.)

Imperat ergo viro : sed mox haec regna relinquit,
Permutatque domos, et flammea conterit ; inde
Advolat, et spreti repetit vestigia lecti.
Ornatus paulo ante fores, pendentia linquit
Vela domus, et adhuc virides in limine ramos.
Sic crescit numerus, sit fiunt octo mariti
Quinque per autumnos ; titulo res digna sepulcri (224-
230.)

- (21) " Si viri culpa factum est divortium, et si mulier nuntiam remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet. " (Cicerón. Tópica. IV.)

(22) Novell. 22. c. 4. 5. 6.

los bienes; los cuales pasaban á los hijos habidos en el matrimonio; á falta de hijos, á los ascendientes de los cónyuges, y á falta de ascendientes, á los conventos que recibían á los culpados (23).

2°. El divorcio sin consentimiento mutuo acarrea siempre penas. El cónyuge que se divorciaba sin razones fundadas debía entrar en un convento, y perder la dote ó la *donatio propter nuptias*, y, si no las había, el cuarto de los bienes (24). Fundándose el divorcio en motivos justos, se imponían penas al cónyuge por cuya mala conducta había dado causas al divorcio (25). Eran causas de divorcio: el asesinato, envenenamiento, falsedad, alta traición, robo, sevicia y adulterio (26). El adulterio del marido no autorizaba á la mujer para divorciarse sino cuando él tenía concubina en el domicilio conyugal (27).

20. En la Iglesia católica prevaleció la doctrina de la absoluta indisolubilidad del matrimonio, sin permitirse el divorcio ni por el adulterio de la mujer (28).

(23) Novell. 134. c. 11.

(24) Novell. 127. c. 4.

(25) C. R. V. VII. S. 11. § 1.

(26) Novell. 117. c. 8. 9.

(27) Novell. 117. c. 9. § 5.

(28) " Hay un principio que, según el Derecho canónico, domina toda la materia del matrimonio. El matrimonio es un sacramento.

" No me propongo estudiar como teólogo el dogma del sacramento del matrimonio...; pero debo manifestar las consecuencias jurídicas que se deducen de ese principio: la indisolubilidad del matrimonio, y la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica en cuanto á las causas que se relacionan con el *vinculum matrimonii*.

" El sacramento del matrimonio acarrea la indisolubilidad de la unión conyugal porque representa la unión de Cristo con la humanidad y con la Iglesia; como tal unión, que es lo figurado, es indisoluble, la primera, que es la imagen, debe tener el mismo carácter. Hé aquí cómo los canonistas de la época clásica han justificado siempre la indisolubilidad....

" Desde los primeros tiempos del cristianismo la Iglesia profesaba la indisolubilidad absoluta del matrimonio.... Si bien la indisolubilidad absoluta era lo ideal y la regla, para justificarla no fué la noción del sacramento lo que se invocó; las declaraciones de Cristo sobre esta materia fué lo que al prin-

21. El Código de Napoleón estableció el divorcio como

cipio se tomó como fundamento. Limitábanse á comentar los pasajes de los Evangelios que las contenían.....

“ San Agustín fué, á no dudarlo, el que estableció por primera vez una relación lógica y necesaria entre el sacramento y la indisolubilidad. Sus escritos contienen en este sentido pasajes numerosos y concluyentes. Sin embargo, cuando combate la opinión que admite el divorcio por adulterio de la mujer, San Agustín funda toda la discusión en la interpretación de las palabras evangélicas. Pero el principio asentado entonces echará raíces más y más profundas. En la segunda mitad del siglo IX, Heimar de Reims deduce directamente del sacramento la indisolubilidad; emplea una forma nueva para la teoría preparada por textos anteriores : el matrimonio no es indisoluble sino cuando, consumado por la *copula carnalis*, representa verdaderamente la unión de Cristo que se hizo carne para unirse á la Iglesia.....

“ Pero esta explicación de la indisolubilidad del matrimonio no es la única que dió la teología : otra dos se presentaron, cuyos alcances son distintos. Según la una, la indisolubilidad proviene del Derecho natural mismo, pues el matrimonio no puede surtir efectos sino cuando es indisoluble : según la otra, fué establecida por el Derecho divino positivo en la cuna misma del género humano. Cuando la primera institución del matrimonio, Dios puso en boca de Adán las palabras que debían ser su regla : *Quamobrem homo relinquet patrem et matrem et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una*.....

“ Terminóse por reunir en un sistema armónico la doctrina que deriva del Derecho natural la indisolubilidad del matrimonio, y la que la refiere al sacramento. Según el Derecho natural, el matrimonio es indisoluble, pero la indisolubilidad no es absoluta, y no lo es sino cuando el matrimonio cristiano, consumado por la *copula carnalis*, representa exactamente la unión de Cristo con la Iglesia.

“ La Iglesia, en la expresión oficial de su doctrina, ha puesto en práctica ese eclecticismo, á lo menos desde el siglo XIV. En tal sentido, efectivamente, se redactó el preámbulo de los Padres del Concilio de Trento (a), que precede á los cánones sobre

(a) Sessio XXIV. Doctrina de sacramento matrimonii : “ Matrimonii perpetuum indissolubilemque nexum primus humani generis parens divini Spiritus instinctu pronuntiavit, cum dixit : hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea : quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem, adhaerebit uxori suae et erunt duo in carne una. Hoc autem vinculo duos tantummodo copulari et coniungi, Christus Dominus apertius docuit, cum postrema illa verba tanquam a Deo prolata referens

institución civil (29) del todo independiente de las leyes

el matrimonio, también se redactó en el mismo sentido el catecismo romano (b). Benedicto XIV, en su constitución *Dei miserationem*, demuestra la indisolubilidad por la institución primera del matrimonio, por el Derecho natural y por el carácter de sacramento (c).

" En nuestros días la doctrina oficial de la Iglesia insiste sobre todo en la indisolubilidad de Derecho natural. Á ésta se refiere particularmente el *Syllabus* de Pío IX (d); y el Pontífice León XIII, en su Enciclica *Arcanum divinae*, de 10 de febrero de 1880, la afirma igualmente insistiendo en los efectos del sacramento (e). (Esmein. I. P. I. Chap. II. n. I. pág. 64-72.)

(29) Art. 229.—Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.

dixit : Itaque iam non sunt duo sed una caro, statimque eiusdem nexus firmitatem, ab Adamo tantum ante pronunciatam, his verbis confirmavit : Quod ergo Deus coniunxit homo non separet. Gratiam verò quae naturalem illum amorem perficeret, et indissolubilem unitatem confirmaret, coniugesque sanctificaret, ipse Christus, venerabilium sacramentorum institutor, atque perfector sua nobis Passione promeruit. Quod Paulus apostolus innuit dicens : Viri, diligite uxores vestras sicut Christus dilexit Ecclesiam, et seipsum tradidit pro ea, mox subiungens : Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et Ecclesia ".

(b) De Matrim. Sect. I. § 11 : " Quamvis matrimonium, quatenus naturae est officium, conveniat ut dissolvi non possit, tamen id maxime fit quatenus est sacramentum. "

(c) " Siquidem matrimonii foedus a Deo institutum, quod et quatenus naturae officium est, pro educandae proles studio aliisque matrimonii bonis servandis, perpetuum et indissolubile esse convenit; et quatenus est catholicae Ecclesiae sacramentum, humana praesumptione dissolvi non posse, Salvator ipse ore suo pronunciavit dicens : Quod Deus coniunxit, homo non separet. "

(d) Errores del matrimonio cristiano, § 8, n° 67 : " Iure naturae matrimonii vinculum non est indissolubile et in variis casibus divortium proprie dictum auctoritate civili sanciri potest. "

(e) " Iam vero apostolis magistris accepta referenda sunt, quae sancti Patres nostri, concilia et universalis Ecclesiae traditio semper docuerunt, nimirum Christum Dominum ad sacramenti dignitatem exexisse matrimonium; simulque effecisse ut coniuges, coelesti gratia quam merita eius pepererunt septi ac muniti, sanctitatem in ipso coniugio adipiscerentur; atque in eo, ad exemplar mystici connubii sui cum Ecclesia mire conformato, et amorem, qui est naturae consentaneus, perfecisse, et viri et mulieris individuam suapte natura societatem divinae caritatis vinculo validius coniunxisse. "

canónicas, que no rigen el Estado. Los católicos tenían la más amplia libertad para ejercer ó no ejercer el derecho que la ley civil declaraba (30).

Art. 230.—La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari.

Art. 231.—Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre.

Art. 232.—La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce.

Art. 233.—Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.

(30) “¿Puede el legislador autorizar el divorcio?”, preguntaba Portalis.

“La religión dirige el matrimonio por la moral, bendicelo por el sacramento.

“La moral de la religión proscribía el divorcio y la poligamia; pero la ley civil no está obligada á amoldarse á todos los preceptos de la moral religiosa; si así no fuese, las leyes eclesiásticas serían las únicas leyes del Estado, porque en ellas nada es ajeno á la moral.

“En cuanto á los ritos, que bendicen la unión de los esposos, suponen el matrimonio, y no lo forman. No puede, pues, decirse que el matrimonio pertenezca íntegramente á la religión: existía aquélla antes que éste; la cual no interviene sino para alcanzar la bendición del cielo sobre las estipulaciones más importantes de la vida. Por eso el matrimonio ha sido siempre una de las materias del Derecho civil, y la ley civil ha determinado siempre los impedimentos dirimentes y los casos en que se disuelve. Por la misma razón, cuando los primeros cristianos hallaban en la ley civil alguna disposición que lastimaba sus principios, no la reformaban por un reglamento eclesiástico; dirigíanse á los emperadores, y solicitaban se modificase la ley por la potestad que, según lo reconocían, ejercía la atribución de reglar la materia del matrimonio.

“Hay más, el principio de la indisolubilidad del matrimonio fué controvertido en la Iglesia misma: San Epifanio y San Ambrosio juzgaron que el divorcio podía efectuarse por causa de adulterio; San Agustín fué el primero que enseñó la indisolubilidad absoluta, y, sin embargo, la iglesia griega acepta la doctrina de San Ambrosio y de San Epifanio. En los arti-

Cuando la restauración de los Borbones, fué abolido el

culos propuestos, el siglo XIII, para la reunión de la iglesia griega con la Iglesia romana, no se habló del divorcio temiéndose que éste fuera un obstáculo á la reunión. El Concilio de Trento dió después un ejemplo semejante de condescendencia; habia al principio redactado un decreto para anatematizar la opinión contraria á la indisolubilidad absoluta del matrimonio; los embajadores de Venecia representaron que ese decreto perjudicaria á los griegos, habitantes de las islas sujetas á la dominación de esa República : el Concilio modificó el decreto, y limitóse á pronunciar anatema contra los que pretendiesen que la Iglesia yerra cuando enseña que el matrimonio es indisoluble. Los primeros Padres se contentaron con exhortar á la esposa repudiada á no volver á casarse : sin embargo permitian á los esposos disolver el matrimonio para abrazar la vida religiosa; lo cual manifestaba que no consideraban como absoluto el principio de la indisolubilidad.

“ Examinemos ahora si debe permitirse el divorcio.

“ Se dice : la ley civil no puede permitir el divorcio sin entrar en pugna con la ley religiosa que lo prohíbe.

“ Sólo por la imperfección de la lengua se admite la expresión *permitir*, *autorizar* el divorcio. Hablándose exactamente, la ley civil no lo permite ni lo autoriza; se limita á prevenir el abuso. En efecto, si no hubiese leyes, la voluntad individual seria la única regla en esta materia; todos usarían á su arbitrio de la libertad natural; pero el orden público se alteraria por esa libertad indefinida, y la ley interviene para evitar ese desorden. La ley no da una libertad que á todos ha concedido la naturaleza; no habla sino para restringirla y circunscribirla en los límites que no podrían traspasarse sin que la sociedad fuese perturbada. Ahí se detiene la ley, y deja á la conciencia el uso del divorcio. No hay pues discordancia entre las leyes civiles y las leyes religiosas. Estas son la moral; prohíben el desorden exterior, cuando turba la tranquilidad pública. La moral domina al hombre cuando la ley civil no le rige; su imperio es más extenso que el de la ley civil; condena lo que la ley civil no debe ni ver. Así es como la ingratitud, la usurpación, si bien son crímenes á los ojos de la moral, la ley civil no concede sino en ciertos casos acción contra los ingratos; y aun legitima la usurpación cuando el lapso de tiempo ha ocultado la injusticia. La ley civil dice : dejo á la conciencia el uso del divorcio; pero si se atenta contra el orden, lo prohíbo.

“ Luego, el legislador debe permitir el divorcio si la política lo exige. ” (Locré. V. 41. 4. 5. 7.)

divorcio (31) en odio á los principios declarados por la revolución francesa (32).

Discutióse desde entonces en Francia tan grave como transcendental problema, y al fin triunfó nuevamente la doctrina de que en ciertos casos debe la ley civil permitir el divorcio; el cual fué restablecido por la ley de Julio de 1884 (33).

22. Prohíbese en Austria el divorcio á los católicos, y permítase á los que profesan cualquiera otra religión (34).

(31) Art. 1^{er}. Le divorce est aboli.

Art. 2. Toutes demandes et instances en divorces pour causes déterminées, sont converties en demandes et instances en séparation de corps; les jugements et arrêts restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier civil, conformément aux articles 227, 264, 265 et 266 du Code Civil, sont restreints aux effets de la séparation.

Art. 3. Tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés; les jugements et arrêts rendus en ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce; sont considérés comme non avenus, conformément à l'article 294.

(32). "La revolución francesa", decía el Vizconde de Bonald, "que se apoderó de todos los medios de seducción y desorden como de su patrimonio, no podía prescindir del divorcio. Decretóse el divorcio; habéis visto, señores, sus funestos efectos, y conocéis los desórdenes que hubiera ocasionado, si el pueblo, más prudente que sus legisladores, no hubiese opuesto las costumbres antiguas á las leyes nuevas, y la severidad de su religión y de su moral á las criminales complacencias de su política.... Después de veinticinco años de discusiones, ya es tiempo de concluir." (Locré. V. 430. 8.)

(33) Loi du 27 juillet 1884. — Art. 1^{er}. La loi du 8 mai 1816 est abrogée. Les dispositions du Code Civil abrogées par cette loi sont rétablies, à l'exception de celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel et avec les modifications suivantes....

(34) C. A. Art. 115. Los cónyuges no católicos pueden demandar la disolución del matrimonio conforme á sus creencias religiosas, en los siguientes casos :

1^o Si uno de los cónyuges ha cometido adulterio ó ha sido condenado á prisión de un mes á cinco años :

2^o. Por abandono intencional, cuando la residencia del cónyuge es desconocida, y no ha reaparecido en un año, apercibido por una citación judicial pública :

3^o. Por atentados contra la vida ó la salud, ó sevicia grave :

4^o. Por aversión invencible; pero entonces puede ordenarse,

23. Con más amplitud que el Código de Napoleón permite el divorcio el Código del Imperio Alemán (35).

24. Hasta el año 1857 no podía declararse el divorcio en Inglaterra sino por el Parlamento; y desde entonces conoce en los juicios de divorcio un tribunal especial (*The Pro-*

según las circunstancias, y varias veces, una separación previa de habitación.

Se procederá conforme á las disposiciones relativas á la sustanciación del juicio sobre nulidad de matrimonio.

(35). C. Alemán. Art. 1564. El matrimonio puede disolverse por las causas puntualizadas en los arts. 1565 á 1569.

El divorcio se declara por sentencia. La disolución del matrimonio surte efecto desde que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Art. 1565. Uno de los cónyuges puede demandar el divorcio cuando el otro ha cometido adulterio ó una infracción castigada por los arts 171 y 175 del Código penal.

El cónyuge que ha consentido en el adulterio ó en la infracción ó si en ella ha sido cómplice, pierde el derecho de pedir el divorcio.

Art. 1566. Un cónyuge puede demandar divorcio cuando el otro atenta contra su vida.

Art. 1567. Un cónyuge puede demandar divorcio cuando su cónyuge le abandona maliciosamente.

Hay abandono malicioso :

1º. Cuando un cónyuge condenado judicialmente á continuar la vida conyugal por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no ha cumplido esa sentencia durante un año, y con dañada intención, contra la voluntad del otro cónyuge :

2º. Cuando uno de los cónyuges se ha separado de la vida común durante un año contra la voluntad del otro cónyuge, y ha transcurrido también un año desde los trámites previos al divorcio.

El divorcio no es admisible en el caso del inciso 2º, nº. 2º, si los trámites previos no se hubieren efectuado cuando ya estaba concluida la audiencia que precede al fallo definitivo.

Art. 1568. Uno de los cónyuges puede pedir el divorcio cuando el otro, por violación grave de los deberes del matrimonio ó por conducta deshonrosa é inmoral, ha causado tan profunda alteración en las relaciones entre los cónyuges, que no parece posible la continuación del matrimonio. Es infracción grave á los deberes todo maltrato.

Art. 1569. Un cónyuge puede pedir el divorcio cuando el otro ha caído en demencia; ha subsistido tal estado tres años durante el matrimonio, y es tan grave, que la unión intelectual entre los esposos no subsiste ni hay esperanza de restablecerla.

bate and Divorce division). El divorcio se funda en el adulterio de la mujer, y no lo autoriza el del marido sino cuando tal adulterio es incestuoso, esto es, con una mujer con quien el marido no hubiera podido casarse, ó si el marido incurre en bigamia, ó en sevicia que hubiera originado la separación *a mensa et toro*.

25. En fin, aunque el Derecho canónico declara que el matrimonio es absolutamente indisoluble, el divorcio se ha difundido en todas las naciones de Europa, exceptuándose España, Portugal é Italia.

26. Muy varia es la legislación de cada uno de los Estados de la Unión Americana en cuanto al divorcio (36). Es de observar que los escritores más juiciosos censuran la facilidad con que puede obtenerse el divorcio ante algunos tribunales de la Gran República (37).

(36) " En algunos de los Estados de la Unión Americana se restringen los divorcios aun por la Constitución, que requiere para su validez los votos de los dos tercios de cada Cámara, fundados en previos trámites judiciales y sentencia. En otros Estados el divorcio se concede sólo por acto legislativo conforme á la práctica inglesa. En la Carolina del Sur es tan estricto lo concerniente al divorcio, que no hay ningún ejemplo de éste desde la revolución. En fin, hay Estados en que el divorcio a *vínculo* se concede por los tribunales á causa de adulterio. " (Kent. II, XXVII. 2.)

(37) " Cuando se presenta una sentencia extranjera sobre divorcio, es necesario, para resguardar los más importantes intereses, examinarla escrupulosamente; y este examen es esencial atento el descuido y arbitrariedad con que en algunos juicios de divorcio se procede. Aceptar a ciegas las sentencias extranjeras que disuelven el matrimonio, seria reducirlo á mera unión sexual que terminase á voluntad de las partes. Tal es la teoría del matrimonio en las naciones no cristianas, y si ella se aceptase, un corto viaje bastaría para romper un vínculo de que las partes quieren libertarse. Es indudable que en tal caso un tribunal americano ó inglés podría decir : ' Tan bárbara sentencia no puede surtir efecto extraterritorial '. Pero, por desgracia, los divorcios en algunos Estados de nuestra América se obtienen por un procedimiento igualmente inadecuado. El domicilio de la parte actora es con frecuencia ilusorio; el procedimiento, secreto y laxo, y las pruebas, cuando se reciben, son tan sumarias, que á nada conducen..... Tales sentencias, lo repetimos, no pueden surtir efecto extraterritorial. " (Wharton. § 206.)

27. Las legislaciones que aceptan el divorcio se fundan en la doctrina de eminentes publicistas (38) y jurisconsul-

(38) " Cuando dos personas se unen en virtud de su voluntad, ¿puede suponerse en ese instante decisivo el más leve deseo de que la ley que las une les reserve ulteriormente el medio de romper el vínculo y separarse? No es compatible eso con la naturaleza de las cosas. El matrimonio es el acto más serio y más grave de la vida, pues los que lo contraen lo juzgan definitivo e irrevocable : de otra manera no sería sino un cambio pasajero de pasiones y caprichos. El matrimonio es, por lo mismo, indisoluble por su objeto, su espíritu y su ley.

" Pero la humanidad no se halla destinada á presentarnos siempre la imagen pura y fiel del bien y la moral; la ley social no puede tampoco asemejarse á un destino de hierro implacable, ciego, sordo. La legislación, á no dudarlo, tiene por regla el bien, la perfección y el progreso; pero no es geométrica en su desenvolvimiento; es humana, tiene buen sentido y compasión; conoce á los hombres porque debe conducirlos, y sabe que permaneciendo soberana, y sin complacer con los caprichos de las costumbres, debe conceder y compadecer cuando no pueda ser obedecida sino por un esfuerzo de heroísmo; y así se salva de los excesos de la especulación pura, de la lógica exagerada y del misticismo. Deberá, pues, enumerar casos en que el carácter indisoluble del matrimonio se doblegue por las flaquezas y las faltas de la naturaleza humana.

" Uno de los cónyuges lastima la honra, la ternura y la dignidad del otro por un ultraje irreparable. La mujer es adúltera; el marido lleva concubina á la casa común. Otro caso : el crimen envilece á uno de los cónyuges. En estas tres circunstancias, la ley debe conceder á uno de los cónyuges la facultad de recuperar la libertad; no puede aprisionarle en un círculo de hierro; no tiene el derecho de exigirle virtudes sobrenaturales, un sacrificio sublime de religión y de amor.

" ¿Pero deben admitirse otras causas? ¿Debe la legislación prever el caso y conceder que por consentimiento mutuo de los cónyuges puedan separarse, divorciarse y contraer otro matrimonio? No. Si el matrimonio es indisoluble por su espíritu y su intención, no podría disolverse por la voluntad misma de los que lo han contraído. La ley puede ceder á la fatalidad de las circunstancias, mas no á lo arbitrario de las pasiones humanas, que se disfrazan con la careta de la libertad filosófica. Es menester decirlo, ello sería una concesión de la debilidad y no de la justicia. Conceder á los cónyuges la libertad de retractarse separándose, sería sustituir los caprichos á los deberes. Pero, se dice, si los dos cónyuges no quieren ya lo que han querido, ¿quién podría impedirselo? La naturaleza de las cosas y la razón.

tos (39); los cuales demuestran que en casos muy graves el vínculo del matrimonio queda disuelto, y que entonces

El divorcio es una concesión no un derecho; un remedio, una excepción, es un mal para evitar males mayores; pero no puede entonar el cántico de triunfo á nombre de la libertad humana." (Lerminier (Ph.) I. pág. 147.)

(39) "¿Cuál es el fundamento del divorcio? ¿Cuál su razón de ser? ¿Qué causas lo legitiman? Hé aquí el problema que debe resolverse..... Salta á la vista que las opiniones difieren sobre este punto de partida, pues unos admiten la legitimidad del divorcio y otros la niegan; y aun los que lo aceptan no están de acuerdo sobre los motivos..... Comienzo por el Derecho francés, que, á mi ver, establece los verdaderos principios.

" Los autores del Código civil se fundan en que el matrimonio se contrae con la intención de que sea perpetuo. ' La perpetuidad ', dice Portalis, ' es el designio de la naturaleza '. Nada más cierto. El matrimonio es la unión de dos almas; ¿se concibe acaso que dos almas se unan transitoriamente? En el instante mismo en que se unen, aspiran á la eternidad del vínculo que de dos seres no forma sino uno solo; se persuaden de que Dios ha criado la una para la otra; conocen que, separadas, serían seres incompletos; la vida en este mundo no les basta, querrían continuar unidas después de esta efímera existencia; aspiran á la eternidad esperando que el amor será más eficaz que la muerte.

" Eso es lo ideal. Contraído el matrimonio con el ánimo de que sea perpetuo, es por ende indisoluble. Los autores del Código admiten esa consecuencia como regla. Pero la regla tiene excepciones. ' El matrimonio ', dice el Primer Cónsul, ' es indisoluble, pues en el instante mismo en que se contrae cada uno de los esposos consiente en no disolverlo. Pero la indisolubilidad no es una regla absoluta : ese sistema está desmentido por las máximas y los ejemplos de todos los siglos. ' La identidad entre el hombre y la mujer unidos por el matrimonio es un ideal; ¡pero cuántas veces ese ideal es una ficción; por mejor decir, un engaño amargo! ¿Debe la ley conservar la indisolubilidad, cuando el principio en que se funda pugna con la triste realidad? Ningún legislador, ninguna religión lo ha practicado. El catolicismo declara, en apariencia, y con rigor de hierro, la indisolubilidad, que para él es un dogma; pero, en realidad, disuelve el matrimonio, estableciendo el divorcio *quoad toro*, porque, como dice Napoleón, tal divorcio suspende el efecto necesario del matrimonio, la vida conyugal. El divorcio no difiere de la separación de las personas sino en que da á los cónyuges divorciados el derecho de contraer nueva unión.

" Deplóranse los males provenientes del divorcio; aun se afirma

que la continuación de la vida conyugal exige un esfuerzo muy heroico, que no está á los alcances de la naturaleza humana. El legislador nunca debe perder de vista el gran principio de que las leyes se expiden para los hombres cuales son, esto es, seres imperfectos, sujetos á las pasiones, condenados casi siempre en todo sentido á la medianía, y que muy pocos pueden llegar á la cima del heroísmo.

28. El matrimonio se contrae, en verdad, con la intención de que dure perpetuamente; esta es la regla general, y el deber que la ley impone á todos los cónyuges; el divorcio

que en su esencia es un mal. El orador del Gobierno responde que el divorcio es un remedio á un mal; si es un remedio á veces necesario, no debemos calificarlo como esencialmente malo. Juzgo que el divorcio es un derecho cuya moralidad en vano se disputa. El matrimonio no siempre ha sido lo que es según la humanidad moderna : San Pablo ve en él la unión de los cuerpos : Napoleón ha dicho en el Consejo de Estado que es la unión de las almas. Esencial es la diferencia, y de ahí proviene el disentiimiento sobre la legitimidad del divorcio. Afirmamos hoy que el matrimonio es la unión de dos seres que mutuamente se completan; es una escuela de perfección moral, y el medio más poderoso de educarnos. Si, como Jesucristo decía á sus discípulos, la perfección es el fin de nuestra existencia, tenemos derecho á todos los medios que á ese fin conducen. Luego, el hombre tiene derecho absoluto al matrimonio; absoluto en el sentido que el legislador no puede volverlo imposible. Al que ha contraído los vínculos de la unión que le desmoraliza debe, pues, permitírsele romperlos, para que contraiga otra que corresponda al fin del matrimonio. La indisolubilidad absoluta del matrimonio es la negación de tal derecho; en ese sentido se puede decir que la facultad de divorciarse es un derecho que Dios concede al hombre..... Se expresa mal diciéndose que el divorcio disuelve el matrimonio; limitase á manifestar la disolución. ¿Llamaráse matrimonio la coexistencia forzada de dos seres que, en vez de amarse, se aborrecen; que en vez de ayudar el uno al otro en el duro trabajo del perfeccionamiento moral, cooperan á desmoralizarse; pues los excesos del uno sirven de provocación y de excusa á los excesos del otro; de manera que el matrimonio, lejos de moralizar á los cónyuges, se convierte en escuela de inmoralidad? Cuando el fin del matrimonio no puede obtenerse, cuando el matrimonio está disuelto de hecho, la ley debe permitir que los cónyuges pidan la disolución definitiva." (Laurent. D. C. I. V. 98.)

es meramente facultativo, y no violenta las creencias de los cónyuges, cuya religión les enseña que el matrimonio es absolutamente indisoluble. De lo cual se deduce que en los Estados donde la religión católica predomina; el legislador debe establecer á un mismo tiempo el divorcio propiamente dicho, esto es, la disolución del vínculo conyugal, y la separación de los cónyuges llamada por el derecho canónico *divortium a mensa et toro*; pues, á no establecerse sino el divorcio, sería durísima la condición de los católicos, cuyas creencias se oponen á la disolución del vínculo conyugal (40).

(10) “ M. Portalis dice que el tercer problema propuesto en la sesión de 14 de este mes es el de saber si la separación de las personas (*separation de corps*) se admitiría como acción paralela á la del divorcio; que el curso de la discusión conduce á resolver este problema.

“ La separación de las personas si bien relaja el vínculo del matrimonio, no lo disuelve : los cónyuges continúan ligados; la mujer conserva el apellido del marido y permanece bajo su vigilancia : si falta á la honra, él tiene contra ella la acción de adulterio. En fin, la separación tiene la ventaja de que es posible la reconciliación de los cónyuges.....

“ Los tribunales piden que la separación de las personas se restablezca y sea paralela al divorcio, á fin de tranquilizar la conciencia de los que miran el matrimonio como indisoluble.

“ Por esta razón debe en efecto admitirse. La separación halla alguna dificultad, empero, cuando los dos conyuges no tienen unos mismos principios; cuando el uno cree en la indisolubilidad absoluta del vínculo del matrimonio, y el otro juzga que el divorcio es legítimo : pero esta dificultad no es real; porque la acción de separación por el divorcio queda al arbitrio del actor, que será libre para seguir sus principios..... ”

El Primer Cónsul. “ El sistema de separación de las personas no presenta ningún medio de reprimir y castigar á la mujer-adúltera, que continúa viviendo en desorden y deshonor á su marido ”.

M. Portalis. “ El marido que á causa de sus principios religiosos prefiere la separación al divorcio, conoce los inconvenientes y las consecuencias de su proceder. Cuando esto no le detiene, proviene de que sus principios le hubieran hecho devorar en silencio sus pesares y disimular el adulterio de la mujer, si la ley no le hubiese concedido el medio de la separación : mejórase, pues, su condición cuando se le concede una facultad conforme á su conciencia.....

M. Boulay. “ La ley no puede dejar de socorrer al marido

29. Si la legislación sobre el divorcio es importantísima considerada en cuanto atañe el derecho civil de cada pueblo, también lo es atendiéndose á los problemas que el derecho internacional privado estudia.

30. Si nos fijamos en las instituciones de Chile, podemos aseverar á ciencia cierta que en ningún caso pudieran los tribunales de esa nación declarar disuelto el matrimonio por el divorcio.

desgraciado, á quien sus principios no le permiten proponer demanda de divorcio, y no debe colocársele entre la desesperación y su conciencia. Lo cual merece tanto mayor atención, cuanto que los principios de la mayor parte de los franceses no se concilian con el divorcio. Por esta razón muchos tribunales han pedido el restablecimiento de la separación de las personas; la cual se halla en uso aún en los Estados protestantes. "

El Primer Cónsul. " Puede dejarse para el Código penal las disposiciones sobre el castigo del adulterio; mas no dejarse impune ese crimen; de otra manera la legislación sería inmoral, porque autorizaría una separación que permitiese á la mujer adúltera continuar viviendo con el seductor. "

M. Emmery. " Si el marido es protestante, no vacilará en deducir la acción de divorcio en los casos de adulterio, y entonces convendría establecer una pena contra la mujer..... "

M. Roederer. " La separación de las personas se ha propuesto á favor de los católicos. "

M. Tronchet. " Ignoro si el restablecimiento de la separación de las personas, pedida por los tribunales fundándose en razones tal vez más especiosas que sólidas, sea un remedio absolutamente necesario. "

" En efecto, la ley civil no atiende á lo que pasa en la conciencia. Si autoriza sólo el divorcio, el católico acudirá á él; pues no halla otro medio de separarse de su cónyuge, y, para obedecer á sus principios, no contraerá nuevo matrimonio. "

M. Devaines. " El marido, si es consecuente con sus principios, temerá que su mujer sea menos escrupulosa que él, y, entonces, para no concederle una libertad que él no cree legítima, no acudirá al divorcio. "

M. Portalis. " La legislación debe estar en armonía en todas sus partes. Declárase la libertad de cultos, y donde ella existe, el divorcio y la separación se han establecido á un mismo tiempo, para que cada cual pueda usar de ellos según su conciencia. Prusia ha dado ese ejemplo, aunque ahí hay pocos católicos. "

" Pero se alega que si el católico no contrae otro matrimonio, cumple con su conciencia. No, no la cumple; pues, obtenido el divorcio, confiere al otro cónyuge la facultad de desconocer

La ley sobre matrimonio civil no reformó el Código sino en cuanto le fuese contrario : “ Quedan vigentes ”, dice el art. 39, “ las disposiciones del Código civil en lo que no fueren contrarias á esta ley ”. Ni era necesario tal artículo, porque según el 52 del propio Código hay derogación tácita cuando la nueva ley encierra disposiciones inconciliables con las de la anterior.

El art. 2º de la Ley sobre matrimonio civil atribuye á la jurisdicción civil el conocimiento y decisión de todas las cuestiones provenientes de la misma ley; y el art. 3º añade : “ Corresponde también á la jurisdicción civil el conocimiento y decisión de las cuestiones sobre divorcio ó nulidad de los matrimonios contraídos antes de la vigencia de esta ley ”.

Por lo cual ella derogó tácitamente el inciso 2º del art. 123 del Código civil, inciso que se refería, á no dudarlo, al caso en que, según las leyes canónicas, se disuelve el matrimonio válido, esto es, cuando, no consumado, uno de los conyuges entra en orden religiosa aprobada por la Iglesia católica.

Sabido es que si la autoridad eclesiástica declaraba la nulidad del matrimonio, propiamente hablando, éste no se disolvía, pues, como nulo *ab initio*, en realidad de verdad no se había celebrado; y, á surtir efectos civiles, provenían ellos sólo de la buena fe de los cónyuges.

Al comentar el art. 122 trataremos del matrimonio putativo; pero sí conviene notar ahora que en el caso de nulidad de matrimonio' el Código se refería, no al art. 123, sino al 103 : “ Toca á la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer ó se ha contraído ”.

el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Ese principio se profesa aun por personas que, sin ser católicas, creen que el vínculo del matrimonio no puede disolverse; también aquéllas preferirían resignarse á inducir en error al otro cónyuge, y conferirle la facultad de volver á casarse. Luego, la libertad de las creencias religiosas y la libertad de las creencias morales exigen igualmente la separación de las personas.

“ En cuanto á las observaciones del Primer Cónsul sobre el castigo que merecen las infracciones de los cónyuges, son en extremo exactas y debemos aceptarlas. ” (Locré. V. 131. 1-7.)

Previas estas observaciones, que acaso no sean extemporáneas, volvamos al art. 123; el cual establece el importantísimo principio de que el matrimonio se disuelve sólo por la muerte de uno de los cónyuges. Luego, según el derecho público chileno, el divorcio es institución desconocida en el Estado, y la indisolubilidad del matrimonio tiene sus raíces en la moral.

Hemos expuesto ya que á nuestro ver el principio fundamental carece de exactitud; pero si en él se apoya el legislador chileno al formular la clarísima regla de que el matrimonio se disuelve sólo por la muerte de uno de los cónyuges, y si tenemos además otra regla no menos clara: la ley obliga á todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; síguese que ni éstos pueden acudir á los jueces de Chile para que declaren el divorcio, á pretexto de que la ley de la nación á donde ellos pertenecen los autoriza para demandar el divorcio por causas que la misma ley determina.

No se diga que, procediéndose de esa manera, los tribunales chilenos denegarían la protección que todas las naciones civilizadas conceden á los extranjeros; pues, á suscitarse graves desavenencias en la familia, los extranjeros pudieran solicitar ya el divorcio *a mensa et toro*, ya las providencias que durante el juicio debe dictar el juez, como las conducentes á la provisión de alimentos á la mujer, á señalarle habitación, á designar la persona á quien corresponde el cuidado de los hijos menores, etc., etc. (11).

31. En cuanto á las reglas aceptadas por el Derecho internacional privado europeo, si bien son en extremo varias

(11) " Si, por ejemplo, una familia italiana estuviese establecida en Inglaterra, y sujeta á la jurisdicción de la Corte, porque en esa nación se hubiese cometido el adulterio del marido ó de la mujer; el magistrado inglés, á instancia de uno de los dos, pudiera sentenciar la separación *a mensa et toro*. El tribunal aplicaría la ley inglesa que asegure á la mujer, en caso de adulterio del marido, una pensión anual, ó que determine los alimentos de la mujer. Pudiera también regular la indemnización al marido por daños y perjuicios provenientes del adulterio de la esposa, y proveer á la custodia y mantenimiento de los hijos. " (Fiore. II. 684.)

las concernientes al divorcio, y originan gravísimas dificultades (42), las siguientes son las que prevalecen :

(42) " Por desgracia están muy discordes sobre esta difícil é importante materia las opiniones de los jurisconsultos y las sentencias de los tribunales.

" La divergencia se refiere á estos problemas :

" I. ¿Qué *forum* debe conocer en los litigios sobre divorcio? ¿El *forum* del domicilio matrimonial, ó el del presente domicilio? ¿ Sólo el del domicilio del marido ó el del domicilio de la mujer, ó el de cualquiera de los domicilios?

II. ¿Qué ley debe aplicar el *forum*? ¿ La *lex fori* ó la del domicilio matrimonial, ó la del actual domicilio? Si esta última, ¿ la del domicilio del marido ó la del domicilio de la mujer? :

III. Un Estado cuyas leyes no permiten el divorcio ¿debe reconocer un divorcio declarado en otra nación entre personas que pertenecen al propio Estado? :

IV. Un Estado cuyas leyes permiten el divorcio, ¿debe reconocer un divorcio extranjero entre sus propios súbditos, ó entre uno de sus súbditos y un extranjero? :

V. Un Estado cuyas leyes permiten el divorcio por ciertas causales, ¿debe reconocer un divorcio extranjero, obtenido por sus propios súbditos por otras causales? " (Phillimore. IV. CCCXCIV.)

" Las disposiciones de las leyes sobre la indisolubilidad del vínculo conyugal son en extremo varias. En algunos Estados prevalece la doctrina del Derecho canónico, según el cual el matrimonio no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges; en otros se reputa que el divorcio es un medio legítimo de disolver el matrimonio cuando se declara por sentencia de tribunal competente. No es de nuestra incumbencia discutir si el divorcio debe considerarse conforme á la moral, que es el fundamento de la familia, y si puede conducir al mejor régimen de la misma; porque eso sería ajeno á nuestros estudios. Bástanos manifestar que hay leyes según las cuales se permite el divorcio por graves razones de orden público; otras, fundadas en las mismas razones, estimándolas en sentido opuesto, prohíben el divorcio absolutamente; y que esa diversidad de leyes origina la difícil controversia sobre si el matrimonio de dos cónyuges extranjeros puede disolverse por el divorcio.

" Nótese, además, que aun las leyes que lo permiten son muy diversas, en cuanto á las causales del divorcio, y al tribunal competente para el juzgamiento.

" Esta divergencia de las reglas sobre la jurisdicción y sobre la competencia del tribunal llamado á declarar el divorcio, origina en la práctica los más graves inconvenientes, porque á menudo ocurre que la disolución del matrimonio, declarada

1°. Cuando el divorcio es institución no aceptada por las leyes de un pueblo, como en Italia, España, Portugal, los extranjeros no pueden acudir á los tribunales del Estado para que declaren el divorcio (43) :

por un tribunal que se juzga competente según la *lex fori*, no surte ningún efecto en la patria de los cónyuges, donde se decide que el tribunal careció de jurisdicción; por consecuencia, el segundo matrimonio del cónyuge divorciado es válido en una nación, y en otra se reputa subsistente el primer matrimonio; el segundo adolece de bigamia, y son ilegítimos los hijos provenientes de ese matrimonio. " (Fiore. II. 680.)

" Muy difíciles disquisiciones son necesarias á causa de la nacionalidad de las partes : unas veces ambas son nacionales ó ambas extranjeras, ya la una es nacional y la otra es extranjera, ya el matrimonio se celebra en el Estado ó en lo exterior; bien la jurisdicción de una corte para conocer en la causa de divorcio se funda en la nacionalidad de las partes, bien en haberse celebrado el matrimonio en el territorio jurisdiccional, en el domicilio de las partes, ó en la residencia de una de ellas ó de ambas cuando se propone la demanda. Si alguna de estas circunstancias surte el fuero, se presenta otro problema no menos difícil, á saber, si el tribunal debe aplicar la ley del Estado donde se celebró el matrimonio ó la *lex fori*. " (Story. 204.)

" Phillimore se queja de que sobre esta importante y difícil materia haya una lastimosa diversidad de opiniones entre los autores y en la jurisprudencia. Story plantea algunos problemas difíciles que deben resolver los tribunales. Fiore, Schaffner dicen lo mismo, y agregan que es imposible dar una respuesta aceptable á todas las naciones. Los maestros en esta ciencia no investigan cuál es la razón de esa divergencia, ni por qué el divorcio suscita más dificultades que las otras materias de Derecho internacional privado en la doctrina de los juriseconsultos y en los tribunales.

" Antes de entrar en pormenores sobre esas dificultades, examinaré el carácter de las leyes de cuya determinación se trata. Pero renuncio de antemano á una solución que satisfaga á la teoría y á la práctica. En efecto, el divorcio se establece en algunas naciones como un derecho y en otras se considera como un mal. El disentimiento no tiene límites : de los pueblos civilizados, unos juzgan que el divorcio es institución moral, otros juzgan que con ella pugna. Todas las naciones civilizadas son cristianas : pues bien, unas repudian el divorcio porque la ley de Dios lo reprueba, y otras, para autorizarlo, se fundan en el Evangelio. " (Laurent. D. C. I. V. 96.)

(43) Hemos dicho ya que el divorcio no puede considerarse

2ª. Si una nación reconoce el divorcio, no puede declararlo á favor de los extranjeros cuando la ley personal de éstos no reconoce la propia institución (44) :

3ª. Las causales que autorizan para solicitar el divorcio, se determinan por la ley personal del extranjero (45); y

en lo absoluto lícito ó ilícito, moral ó inmoral, sino que debe reputarse conforme al orden de la familia en los Estados donde es permitido por la ley. De lo cual se deduce que el divorcio no es contra el orden público, como la esclavitud, la muerte civil, el matrimonio polígamo y otras instituciones semejantes. Por tanto, no debe reputarse contra el orden público de un Estado, cuyas leyes prohiban el divorcio, que el cónyuge legalmente divorciado según sus leyes contraiga segundo matrimonio..... Pero, ¿puede afirmarse lo mismo cuando la acción conduzca á exigir que se declare el divorcio? Nos parece que, en este caso, la cuestión debe examinarse en otro punto de vista; pues si una ley determinada no reconoce una institución jurídica, ¿podrá ser lícito á un extranjero alegar su propia ley personal para dar vida á una institución jurídica prohibida por la ley del Estado? Sostenemos la negativa, porque admitiéndose que cada soberanía debe reputarse autónoma é independiente al crear ó abolir ciertas instituciones jurídicas, y admitiéndose, además, que las consecuencias legales de las relaciones jurídicas provenientes de las instituciones según la ley personal de cada uno, deben ser aceptadas aunque ciertas instituciones no se reconozcan; no podemos convenir en que una ley extranjera pueda alegarse á fin de dar existencia en otro Estado á la institución en él prohibida; porque esto pugnaría con los intereses generales y con los derechos de la soberanía territorial." (Fiore. II. 688.)

(44) " El matrimonio, sus efectos y, por consecuencia, sus causas de disolución se rigen por la ley nacional del marido, la que lo es también de la familia; y para ella se han dictado las disposiciones de la ley. Obsérvese, además, que el divorcio modifica el estado y la capacidad de los cónyuges, devolviéndoles su libertad en cuanto al matrimonio. Ahora bien, el estado y la capacidad son elementos del estatuto personal, y se rigen por la ley nacional. " (Despagnet. 262.)

(45) " La circunstancia de que una familia extranjera esté domiciliada en un Estado no altera la condición jurídica de las personas ni la ley á que deben estar sujetas en lo concerniente al estatuto personal de cada una, ni puede alterar la sujeción á la ley que regula las relaciones de familia y la subsistencia ó disolución del matrimonio. Natural, pues, admitir que la indisolubilidad del matrimonio debe depender del estatuto personal de los cónyuges. No puede alegarse en contrario que la ley rela-

4. Para conceder ó denegar el divorcio se atiende, no á la ley vigente cuando el matrimonio, sino á la que rige al tiempo de pronunciarse la sentencia.

Al estudiar las reglas sobre el efecto retroactivo de la ley, establecimos con Savigny la diferencia esencial entre las leyes concernientes, bien á la adquisición de los derechos, bien á su constitución, y observamos que las primeras están sujetas al principio general : la ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo; pero que las segundas son obligatorias desde el instante mismo en que comienzan á regir (I. 89-92).

Las leyes que conceden el derecho de disolver el matrimonio por el divorcio, ó las que declaran el matrimonio indisoluble, miran á la constitución de los derechos. Así, abolido el divorcio en Francia por la ley de 1816, nadie puso en duda que no podían divorciarse ni los cónyuges cuyo matrimonio se contrajo mientras regía la primitiva ley sobre el divorcio; y asimismo los cónyuges que se casaron cuando el divorcio estuvo abolido, pueden divorciarse desde el año 1884.

Si bien algunos jurisconsultos explican el principio de otra manera (46), todos se acuerdan al afirmar que el di-

tiva al divorcio se funda en principios de orden público; pues, sin contradecirlo, debe plantearse el problema en otro aspecto. Si la ley relativa del divorcio se funda en principios de orden público, ¿debe por eso reputarse que sea de interés público aplicar la ley territorial del extranjero, y en virtud de esa ley declarar disuelto el matrimonio indisoluble según el estatuto personal de la familia? " (Fiore. II. 676.)

(46) " En virtud de una ley nueva que establezca el divorcio, ¿puede disolverse por ese medio un matrimonio celebrado cuando la ley lo prohibía? Y reciprocamente, un matrimonio contraído bajo el imperio de la ley que permitía el divorcio, ¿puede disolverse por ese medio cuando la ley lo prohíbe?

" La respuesta afirmativa no sería dudosa, si el divorcio fuese, como el estado de cónyuge, el efecto inmediato y mera consecuencia del matrimonio. En tal caso el divorcio no podría, como el estado de cónyuge, depender sino de la ley vigente cuando el matrimonio se contrajo; porque, en el primer caso, el cónyuge que se opusiera al divorcio se fundaría en que al casarse se propuso contraer un matrimonio indisoluble; en el segundo, el cónyuge que demandase el divorcio se fundaría en que al casarse

vorcio se concede ó deniega según la ley vigente cuando el actor acude á los tribunales.

se propuso contraer un matrimonio que, uno ú otro día, pudiera disolverse; y en ambos casos, debería aplicarse la ley vigente cuando el contrato para determinar la naturaleza del vínculo formado por el matrimonio.

“ Pero el divorcio no es prohibido ó permitido por consecuencia ni por interpretación de la voluntad de las partes cuando el matrimonio se contrajo. Así al permitirse como al prohibirlo, el legislador no atiende ni debe atender á lo que los cónyuges hubiesen querido cuando se casaron; no atiende ni debe atender sino al orden público, que exige imperiosamente la facultad ó la prohibición según el proceder de los esposos. Tan cierto es eso que dos cónyuges que se casasen bajo el imperio de una ley que prohíbe el divorcio, en vano se reservarían la facultad de divorciarse, así como sería nugatorio que, casándose cuando la ley permitía el divorcio, renunciasen de antemano á esa facultad; porque en ambos casos se aplicaría necesariamente el importantísimo principio, sancionado por el art. 6° del Código civil, que los particulares no pueden modificar por su voluntad las leyes concernientes al orden público y á las buenas costumbres. ” (Merlin. *Effet Rétroactif*. Sect. III. § II. art. IV.)

“ Es un principio inconcuso que si una ley establece el divorcio, debe aplicarse á los matrimonios contraídos cuando la legislación lo prohibía; y, reciprocamente, que el vínculo formado cuando el divorcio era permitido, se convierte en indisoluble si la ley posterior prohíbe el divorcio.

“ Á primera vista parece que se trata de derechos adquiridos; pero estos principios están en armonía con los que ya hemos expuesto.

“ Si bien es cierto que los que se casaron bajo el imperio de una ley que declaraba el matrimonio indisoluble, acaso lo celebraron por ser indisoluble; han podido considerar como un derecho la facultad de oponerse á todas las tentativas conducentes á disolverlo; y, reciprocamente, los que, casándose, han juzgado que serían libres en ciertos casos para romper un yugo ya insostenible, y pueden quejarse, cuando se les niega el ejercicio de esa facultad, con la cual contaban cuando el matrimonio.

“ Pero debe responderse en ambos casos que el estado de cónyuge es lo único que han adquirido de una manera absoluta é irrevocable; que las relaciones que de él se derivan no tienen la misma estabilidad; que de parte del poder legislativo hay la promesa de conservar el efecto de los contratos y de las solemnidades que han conferido el estado y la calidad de cónyuges, aun cuando se reconociese necesario que, en lo sucesivo, esos contratos y esas solemnidades no tengan la eficacia que tenían

Al comentar el art. 120 determinaremos los efectos extraterritoriales de la sentencia que declara el divorcio.

Art. 103. Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído.

La lei civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia

precedentemente; pero que el legislador no se ha esclavizado de manera que no pueda modificar ni en lo más mínimo las relaciones de los cónyuges, por graves que fueran los motivos que indujesen á ciertas modificaciones; que cuando éstas se fundan en el orden público, su influencia debe ejercerse sobre los matrimonios antes contraídos; porque de otra manera el bien que la sociedad toda debe obtener de las nuevas leyes, sería aplazado indefinidamente." (Toullier. I. 81, nota de Duvergier.)

"Sostenemos que el derecho á pedir el divorcio no puede reputarse un derecho privado de los cónyuges, porque es de naturaleza mixta, como institución fundada en ciertos principios de orden público, y que forma parte del derecho social no susceptible de modificarse por la voluntad de los individuos. Luego, los cónyuges que, bajo el imperio de la ley vigente cuando su unión, hubiesen contraído un matrimonio indisoluble, salvo el caso de muerte de uno de ellos, no pueden alegar que han contraído un matrimonio originalmente indisoluble, y que han adquirido el derecho de oponerse al divorcio aunque la nueva ley lo hubiese reconocido. Ni los cónyuges casados cuando la ley permitía el divorcio pueden alegar que adquirieron el derecho de divorciarse aunque la nueva ley lo hubiese abolido, fundándose en que contrajeron un matrimonio que, en ciertas circunstancias, podía disolverse. En ninguno de estos casos el derecho de divorciarse ó no divorciarse puede considerarse como un derecho individual ni como consecuencia del contrato, ni ser regido, como tal, por la ley vigente cuando el matrimonio fué celebrado; pues la ley que permite ó prohíbe el divorcio prescinde de lo que los esposos hubieren querido estipular al casarse, y se inspira sólo en las razones del interés público que justifican el admitir ó prohibir el divorcio, y compelen á todos á obedecer sus preceptos imperativos, sin que la voluntad individual pueda alterarlos." (Fiore. II. 67-1.)

Católica; i toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia i conceder dispensa de ellos.

REFERENCIAS

Matrimonio. 102.

Se ha contraído. 123.

CONCORDANCIAS

P. de B. 116. Para la validez del matrimonio se requiere :

1º. Edad púber.

2º. El consentimiento de los contrayentes. Son incapaces de prestar este consentimiento los que se hallan en estado de demencia o locura.

3º. Que no haya impedimento dirimente para la union de los contrayentes; o que de la autoridad competente se haya obtenido dispensa del impedimento.

4º. Que el matrimonio se contraiga ante competente sacerdote i a presencia de dos testigos a lo menos.

117. Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído.

118. La lei civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; i toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia i conceder dispensa de ellos (a).

C. E. 100.

C. Arg. 168. La ley reconoce como impedimentos para el matrimonio ante la Iglesia Católica, los establecidos por las leyes canónicas; perteneciendo á la autoridad eclesiástica el decidir sobre el impedimiento, y el conceder dispensas de ellos.

P. de G. 48. El matrimonio ha de celebrarse segun disponen los cánones de la Iglesia Católica admitidos en España.

(a) Toca á la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer ó se ha contraído.

La ley civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; y toca á la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensa de ellos (Art. 116 del Proyecto Inédito).

COMENTARIO.

32. En la nota al art. 118 de su proyecto, se expresa Don Andrés Bello en estos términos : “ Muchos encontrarán aquí, un vacío, i querrían que se expusiesen a la larga los impedimentos para contraer matrimonio. Pero ¿a qué poner como leyes las que no dirigirían a la autoridad eclesiástica, única competente en materia de matrimonios? Esta autoridad se rejiría siempre por las disposiciones del Derecho canónico; i el texto del Código civil sería para ella una letra muerta. No nos hallamos en el caso de rechazar la disposicion del Concilio Tridentino : *Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit*. En este orden de cosas, la lei civil no puede menos de estar al juicio de la autoridad eclesiástica, sobre la validez del matrimonio. Todo lo que puede hacer el poder temporal es reprobar i sujetar a una pena al matrimonio permitido por la autoridad eclesiástica, ó negar á ese matrimonio los efectos civiles cuando lo crea de perniciosas consecuencias para la moral doméstica. ”

Hé aquí el sistema del Código chileno. La autoridad civil renuncia el derecho de legislar sobre el matrimonio, institución social de su exclusiva incumbencia, y á ciegas se somete á la legislación canónica; la cual si bien encierra muchas reglas convenientes, comprende otras impregnadas de intolerancia, ó incompatibles con los principios de la ciencia ó con la cultura moderna.

33. No discutiremos como teólogos el sentido ni la extensión de las palabras del Concilio de Trento, citadas por Don Andrés Bello; limitémonos á observar que escritores eminentemente católicos, como Pothier (1), no vacilan al sostener que el matrimonio, institución social muy ante-

(1) “ El matrimonio que contraen los fieles, como contrato que Jesucristo elevó á la dignidad de sacramento, puede ser el tipo y la imagen de su unión con la Iglesia, y es á un mismo tiempo contrato civil y sacramento.

“ Siendo el matrimonio un contrato, concierne, lo mismo que todos los otros contratos, al orden político; y, por consecuencia,

rior á los sacramentos y base de la familia, depende exclusivamente de la autoridad civil, que ha legislado siempre sobre esa institución.

Acababa de celebrarse el Concordato entre Pío VII y Bonaparte; reconocióse la religión católica, apostólica, romana como la dominante en el Estado; el Código que lleva el nombre del Primer Cónsul comprendió todas las disposiciones concernientes al matrimonio, prescindiéndose absolutamente de las leyes canónicas, y el Pontífice no hizo acerca de ellas ninguna reclamación.

Asimismo en el Código civil de la católica Austria el legislador dicta reglas sobre el matrimonio, con absoluta prescindencia de los preceptos eclesiásticos.

se sujeta, como todos los otros contratos, á las leyes de la potestad civil, que Dios ha establecido para reglar todo cuanto pertenece al gobierno y buen orden de la sociedad. Siendo el matrimonio el contrato que más atañe al buen orden de la misma, más necesario aún que se sujete á la potestad secular, que Dios ha establecido para el gobierno de la sociedad civil.

“ Los príncipes seculares ejercen, pues, la atribución de dictar leyes sobre el matrimonio de sus súbditos, bien para prohibirlo á ciertas personas, bien para determinar las solemnidades que juzguen conducentes á que válidamente se contraiga.

“ Los matrimonios en que las personas sujetas á esas leyes contravienen á sus disposiciones, cuando éstas llevan consigo la pena de nulidad, son absolutamente nulos, según la regla, común á todos los contratos, de que todo contrato es nulo, si al celebrarse se infringen las leyes : *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente*.

“ La potestad secular ha ejercido siempre tal atribución. En virtud de la ley civil era nulo, entre los romanos, el matrimonio de los hijos de familia cuando lo habian contraído sin el consentimiento de las personas bajo cuya potestad se hallaban. El Emperador Teodosio fué quien prohibió, so pena de nulidad, el matrimonio entre primos hermanos; el cual era permitido antes de esta ley. Justiniano formó del parentesco espiritual un impedimento dirimente del matrimonio. La disparidad de cultos fue establecida por los emperadores Valentiniano, Valente, Teodosio y Arcadio, que prohibieron los matrimonios entre cristianos y judíos.

“ La Iglesia no ha juzgado que las leyes imperiales sobre el matrimonio fuesen atentados del poder secular contra la potestad eclesiástica; y, antes al contrario, tenemos cánones de concilios que recomiendan su observancia y establecen censuras contra los que no las observan. ” (Mariage. 11-13.)

Ni por un instante pretendemos que á los católicos, que en Chile y en el Ecuador forman la gran mayoría de los nacionales, se compela á prescindir de aquellos preceptos. Pero sí debe exigirse que todo ciudadano, *como miembro de la asociación civil*, cumpla con las disposiciones que ella dicte en cuanto al matrimonio, y que, cumplidas, si lo tiene á bien, reciba el sacramento (2).

Francia no ha hallado ninguna dificultad al aplicar el Código de Napoleón, que encierra tan prudentes como eficaces disposiciones en todo cuanto atañe al matrimonio; y aun después de la restauración de los católicos Borbones, las mismas Cámaras que con tan incalificable ligereza procedieron á la abolición del divorcio, ni pensaron en volver á las antiguas leyes canónicas sobre el matrimonio.

Chile reivindicó, en 1884, el derecho de expedir disposiciones que, concernientes al matrimonio, obliguen á todos los nacionales, sea cual fuere la religión que profesen; y si bien la ley halló obstáculos en la conciencia de los católicos exagerados, todos reconocen hoy que el matrimonio, como institución social, no pugna con el matrimonio considerado como sacramento, y que la ley civil, cuando determina los requisitos y efectos del matrimonio, no se opone á los preceptos de la Iglesia Católica.

34. Son requisitos necesarios para la validez del matrimonio (3) :

1° La capacidad de las partes :

2° Su consentimiento :

3° Las respectivas solemnidades.

(2) " Según el antiguo régimen " (decía Portalis), " las instituciones civiles y las instituciones religiosas estaban íntimamente unidas. Los magistrados instruidos reconocían que ellas podían separarse, y habían solicitado que el estado civil de los hombres fuese independiente del culto que ellos profesaban. Muchos obstáculos se opusieron á esta reforma. Después se ha proclamado la libertad de cultos; y entonces fué posible secularizar la legislación. Admitióse el gran principio de que debe tolerarse todo lo que la Providencia tolera, y que la ley, que no debe violentar las opiniones religiosas de los ciudadanos, no debe ver sino franceses, como la naturaleza no ve sino hombres. " (Locré. IV. 482. 6.)

(3) " Según el Derecho francés tres requisitos son necesarios para el matrimonio :

§ I.

De la capacidad

35. En cuanto á la capacidad, esta es la regla general, y por lo mismo son hábiles para contraer matrimonio todas las personas, á menos que una disposición especial las declare incapaces (4).

36. La incapacidad es absoluta ó relativa.

Son absolutamente incapaces (5) :

Los impúberes :

Los dementes :

Los sordos-mudos :

Los inhábiles para la generación :

Los que actualmente estén casados :

Los que han profesado solemnemente en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica; y

Los que han recibido las órdenes mayores.

“ 1º Que ambas partes contratantes gocen de la vida civil, y sean de sexo diferente :

“ 2º Que se hallen en estado de prestar un consentimiento moralmente válido, y que, en efecto, consientan en recibirse una á otra por marido y mujer :

“ 3º Que la unión se efectúe solemnemente. ” (Zachariae. A. R. V. § 149).

No considerando la ley el matrimonio sino como un contrato civil, declara válido todo matrimonio, cuando las partes, al celebrarlo :

1º Querían contratar :

2º Podían contratar :

3º Lo han contraído conforme á las solemnidades prescritas por la ley. (Art. 91 del Código de la Luisiana.)

(4) Toda persona puede casarse, si no obsta á ello ningún impedimento legal (art. 47 del Código austriaco.)

(5) “ Los impedimentos que se refieren á una incapacidad general de uno de los esposos son seis, á saber :

1º. La edad (*aetas*) :

2º. La calidad de infiel (*cultus disparitas*) :

3º. La impotencia (*coeundi impossibilitas*) :

4º. El hallarse una persona actualmente casada (*ligamen*) :

I

De los Impúberes (*). (6).

37. El Derecho romano estableció el principio de que podían casarse las personas que habían llegado á la pubertad, y que eran púberes los varones que habían cum-

5º. Los votos solemnes (*votum*); y

6º. Las órdenes sagradas (*ordo*). (Esmein. I. p. II. chap. I. sect. I).

(*) Locré. IV. 312. art. 2.-316. 8-11.-354. art. 1º.-426. art. 1º.-436. 6.-483. 9. 10.—Locré (E.). II. art. 1-44.—Pothier. Mariage. 94. 95.—Toullier. I. 498. 499.—Vazeille. I. 58-60.—Duranton. II. 16.-21.—Demolombe. III. 15-18.—Huc. II. 25.—Demante. I. 211.—Ortolan. (I). I. 104.—Covarruvias. I. P. II. C. V.—Esmein. I. P. II. tit. II. Chap. I. nº. I.—Wharton. § 147.—Kent. II. XXVI. 2.—Rollin. II. 517.

(6) Ley de matrimonio civil (a). Art. 4. No podrán contraer matrimonio..... :

2º. Los impúberes.

C. de N. 144. L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage.

145. Néanmoins il est loisible au Roi d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.

144. El hombre antes de los diez y ocho años cumplidos, y la mujer antes de los quince años cumplidos, no pueden contraer matrimonio.

145. Pero el Rey puede conceder dispensas de edad por motivos graves.

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efectos en los casos siguientes..... :

2º. Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer menor de doce, ó cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.

C. P. Art. 141. Para que los menores puedan gozar de los efectos civiles que, respecto de ellos, produce el matrimonio, se requiere que el varón haya cumplido diez y ocho años de edad, y la mujer diez y seis.

(a) Nos referimos á la ley expedida en Chile.

plido catorce años y las mujeres que habían cumplido doce (I. 304).

38. El Derecho canónico acepta el principio de la ley romana dándole aún mayor amplitud; pues declara que si bien es nulo el matrimonio contraído por impúberes, se valida si éstos hubieren consumado el matrimonio (7).

39. Nada más absurdo que sean hábiles para casarse las personas que, respectivamente, acaban de cumplir catorce

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio :

I. La falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada....

Art. 160. No pueden contraer matrimonio el hombre antes de cumplir catorce años y la mujer antes de cumplir doce. La autoridad política superior puede conceder dispensa de edad en casos excepcionales y por causas graves y justificadas.

C. A. Art. 48. No pueden contraer matrimonio los impúberes, esto es, los que no han cumplido catorce años.

P. IV. I. 6.... Mas para casamiento fazer, ha menester que el varon sea de hedad de catorce años, e la muger de doze. E si ante deste tiempo se casassen algunos, non seria casamiento, mas desposajas; fueras onde, si fuessen tan cercanos a esta hedad, que fuessen ya guisados para poderse ayuntar carnalmente. Ca la sabiduria, e el poder, que han para esto fazer, cumple la men-gua de la hedad.

II. 6.... E maguer los moços, e las moças que non sean de hedad, digan aquellas palabras porque se faze el matrimonio; porque non han entendimiento para consentir, non valdria este casamiento que entre atales es fecho....

I. I. X. Iustas nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias....

(7) « Para ser capaz de contraer matrimonio, es necesario haber cumplido cierta edad; la cual, según el Derecho canónico, es la de la pubertad, como la había determinado el Derecho romano, esto es, doce años cumplidos en las mujeres y catorce años cumplidos en los hombres. Pero no todo matrimonio contraído por un impúber es necesariamente nulo. Aunque el Derecho canónico prohíbe contraer matrimonio antes de la pubertad, si se contraviene á la prohibición, y si, por una parte, el impúber es físicamente capaz de consumir el matrimonio, y, por otra, moralmente capaz de comprender el contrato celebrado, *doli capax*; el matrimonio es válido; pues la presunción cede á la verdad (Esmein. I. part. II. chap. II. pág. 121).

ó doce años. En la mayor parte de los Estados las personas de esa edad carecen de juicio y discernimiento, y no son hábiles ni para disponer de los objetos más insignificantes. Disponen, empero, de su persona, y se unen en sociedad indisoluble; la cual decide de su futura suerte (8).

40. Sorprende, pues, que en Chile, nación tan notable por

(8) « La naturaleza » (dice Portalis), “ no ha determinado de una manera uniforme el instante en que se desarrolla en el hombre la organización regular y animada que le habilita para reproducirse. Según los climas varia la época de tal desarrollo, y en un mismo clima, puede ser diverso en distintos individuos; pues mil causas lo adelantan ó retardan.

“Necesario, empero, que hubiese una regla y que ella fuera general. La ley no puede observar en cada individuo los efectos invisibles de la naturaleza, ni apreciar en cada hombre las diferencias, á menudo imperceptibles, que le distinguen de otro hombre. No viene la pubertad sino más ó menos tarde; es una flor que se colora poco á poco, y que se desarrolla en la primavera de la vida. Pero es conveniente que la ley, que da reglas sobre la universalidad de las cosas y de las personas, presuma que, cumplida cierta edad, todas las personas han llegado á ese momento decisivo, en que parece principiar para ellas una nueva existencia.” (Locré. IV. 483. 9.)

Cuando se presentó ante el Consejo de Estado el proyecto sobre el matrimonio, el art. 2 decía: “El hombre no puede casarse antes de los quince años cumplidos, ni la mujer antes de cumplir trece”.

“Nuestro antiguo Derecho francés, conforme al Derecho romano”, dijo M. Real, “fijaba la pubertad en los catorce años para los hombres. Los autores del proyecto han seguido las disposiciones de la ley de 1792, conformes á las constituciones del Emperador León. Pero si innovamos, ¿por qué limitarnos á exigir un año más? ¿Por qué no exigir que la mujer no pueda casarse antes de los quince años y el hombre antes de los diez y ocho? Motivos fundados en el orden moral así como en el orden físico inducen á esta innovación; la que se nos propone no es conveniente. Fijándose la pubertad presunta en los doce años, ó en los trece y los quince, los emperadores Justiniano y León procedían razonablemente, y obedecían á la naturaleza, que en los ardientes climas de Italia y Grecia, de Roma y Constantinopla, da una pubertad muy precoz. ¿Debemos seguir en ese punto sus leyes, nosotros habitantes de comarcas frías ó templadas, donde la naturaleza es más tardía? Nos aproximamos más á la naturaleza y á la razón, declarando que á los diez y ocho años son púberes los varones, y á los quince las mujeres.

“M. Maleville apoya esta proposición. Observa que los cónyuges muy jóvenes no tienen la madurez de juicio ni la experiencia

su juicio y cordura, al expedirse la ley sobre matrimonio civil se aceptase la anómala disposición canónica, que permite el matrimonio de los varones de catorce años y de las mujeres de doce. En Chile y en el Ecuador las personas de tan temprana edad son niños, á quienes puede inducirse al matrimonio por pérfidas sugerencias de individuos interesados en explotar sus bienes.

Tanto más peligrosa la disposición, cuanto subsiste el absurdo sistema de que la falta de consentimiento de los padres ú otros ascendientes, no invalida el matrimonio. Volveremos á este punto al comentar el art. 107.

II

De los Dementes (*) (9).

41. Los dementes no pueden casarse porque carecen de juicio y discernimiento.

necesaria para gobernar la casa ni para educar á los hijos; que, por otra parte, los hijos son de constitución débil, y que la mujer misma, cuya constitución no ha llegado á su completo desarrollo, peligra en los primeros partos.

“La ley que fijaba la edad núbil á los doce años en las mujeres y á los catorce en los varones, fue originariamente expedida en Atenas, más meridional que París cerca de seis grados; y nunca debió aceptarse en Francia... En Prusia los varones no pueden casarse antes de los diez y ocho años, ni las mujeres antes de los catorce.

El Primer Consul. “No sería conveniente que una generación entera se casase á los trece ó á los catorce años, y eso no debe autorizarse por una regla general: es preferible establecer como regla lo que es conforme al interés público, y no permitir sino como excepción lo concerniente al interés particular.” (Loaré. IV. 316. 8. 10).

(*) Loaré. IV. 312. art. 3.-319. 12.-151. 2.—Pothier. Mariage. 92.—Daloz. Mariage. 206. 207.—Vazeille. I. 88-90.—Laurent. II. 285-288.—Toullier. I. 502.—Duranton. II. 24-31.—Demolombe. III. 127. 128.—Zachariae (M. V.). I. § 110.—Zachariae (A. R.) V. § 151 bis.—Delvincourt. I. pág. 55 (1).—Demante. I. 299.—Huc. II. 17.—Marcadé. I. 520.—Esmein. I. Part. II. Tit. II. Chap. I. Sect. II. n°. I.—Covarruvias. I. Part. II. Chap. II. 6-9.—Kent. II. XXVI. I.—Stephen (on Blackston's). II. b. III. Chap. II. 2. (p. 248).

(9) Ley de matrimonio civil. Art. 4. No podrán contraer matrimonio... :

42. Si bien los cánones aceptaron el principio de que las personas en actual demencia no pueden casarse, declaran que el matrimonio es válido si el demente lo celebra en un intervalo lúcido (10).

43. Hé aquí la más abierta pugna entre la ley civil y la canónica en materia tan trascendental. Según la ley civil el individuo que por demencia se halla en interdicción es absolutamente incapaz de todos los actos y contratos, y no se admite la prueba de que fueron ejecutados ó celebrados en un intervalo lúcido; ya porque tal prueba es muy difícil, ya porque en la mayor parte de los casos tales in-

5°. Los dementes.

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes... :

3° Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contratantes ó de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos á quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes.....

C. P. Art. 142. No pueden absolutamente contraer matrimonio... :

10°. El loco y demás personas que están en incapacidad mental.

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio... :

VIII. La locura constante é incurable.

C. A. Art. 48. No pueden contraer matrimonio los dementes, furiosos, imbeciles...

P. IV. II. 6... Otrosi el que fuesse loco, o loca, de manera que nunca perdiesse la locura, non puede consentir, para fazer casamiento, maguer dixesse aquellas palabras por que se faze el matrimonio, pero si alguno fuesse loco a las veces, e despues tornasse en su acuerdo, si en aquella sazón que fuesse en su memoria consintiesse en el casamiento, valdria.

(10) Siendo el consentimiento el requisito esencial del matrimonio, cuando no hay consentimiento de parte de uno de los pretensos cónyuges, no hay matrimonio. Ni puede decirse que el matrimonio es nulo; no lo hubo sino en apariencia. Aceptada por el Derecho canónico esa idea fundamental, hanse deducido importantes consecuencias. La primera consiste en que el matrimonio contraído por un demente carece de valor. Pero, conforme á la doctrina romana, los canonistas declaran que el *furiosus* es plenamente capaz durante los intervalos lúcidos; por lo cual, si se casa en uno de esos intervalos, es válido el matrimonio." (Esmein. Part. II. Tit. II. Chap. I. Sect. II. n. 1°. pág. 302).

tervalos no son sino aparentes. El que á causa de una enfermedad cerebral tiene perturbada ó perdida la razón, ¿procederá con juicio y madurez cuando contrae matrimonio? Ya nos dijo Pacheco que Don Quijote es el inmortal modelo de la monomanía, y nosotros no aceptamos los intervalos lúcidos del Caballero de la Triste Figura. Las legislaciones modernas emplean las mayores precauciones para restituir la administración de los bienes á los dementes, si prueban éstos que han recuperado el juicio; y, aun empleadas, inminentísimo es el peligro de que el pretenso cuerdo no lo sea en realidad. Cuántas veces se repite la escena de que el *señor Júpiter castigue á un pueblo con la falta de lluvias y el señor Neptuno haga llover cuando le plazca!*

De todo punto necesario, pues, restaurar el principio de la ley civil, según la cual la persona en interdicción por causa de demencia es absolutamente incapaz de todos los actos ó contratos, sin aceptarse la alegación de que estuvo ella en un intervalo lúcido.

44. Cuando se presentó el proyecto del título sobre el matrimonio (Código de Napoleón), el art. 3.^o decía (11) :

“ Son incapaces de contraer matrimonio :

“ 1.^o El que se halla en interdicción por demencia ó furor :

“ 2.^o Los sordos mudos de nacimiento, á menos que puedan consentir ”.

El Consejo de Estado suprimió ese artículo (12); y si bien el Tribunado observó (13) que era necesario comprender entre los incapaces de casarse á los dementes,

(11) Locré. IV. p. 302.

(12) “ El Cónsul Cambacérès propone que se suprima el artículo; pues las disposiciones que encierra no son sino consecuencias naturales de la regla general, que exige para el matrimonio un consentimiento válido.

“ Suprimese el artículo. ” (Locré. IV. 319. 12.)

(13) “ Obsérvese, acerca del artículo 2, que esta disposición exige un artículo expreso que declare como regla cierta que el interdicto por causa de demencia se halla, en cuanto al matrimonio, en incapacidad de prestar consentimiento, aunque tenga intervalos lúcidos. ” (IV. 151. 2.)

aunque estuviesen en un intervalo lúcido, la observación no fué aceptada.

45. Según el art. 146 del Código de Napoleón, no hay matrimonio cuando no hay consentimiento; según el 502 los actos posteriores á la sentencia de interdicción adolecen de nulidad, por cuanto se presume de derecho que el demente es incapaz de consentimiento; y sin embargo Laurent sostiene (14) que el matrimonio de los dementes en interdicción es válido, si lo contraen en un intervalo lúcido. Fúndase en que el art. 502 no se refiere sino á los bienes del demente; lo cual, con perdón del eminente jurisconsulto belga, es un error garrafalísimo. Muy lata es la acepción de la palabra *acto*, que comprende todo cuanto se refiere al derecho de la familia, de las cosas ó de los bienes. El mismo Laurent nos enseña (I. 285 nota 1) con la mayor *lucidez* que la principal de las reglas de interpretación consiste en que si el sentido de la ley es claro, no se desatienda su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu. ¿Y cómo puede ser más claro el tenor literal del art. 502? ¿Dónde está la distinción entre los actos concernientes á los bienes y los que puedan comprometer el estado civil del individuo?

III

Sordos mudos (*) (15).

46. El Derecho canónico, que favorece tanto el matri-

(14) II. 288.

(*) Locré IV. 312. art. 3.-319. 12.—Locré. (E). II. p. 36-11.—Pothier. Mariage. 93.—Merlin. Sourd-Muet. n. II.—Dalloz. Mariage. 213. 214.—Toullier. I. 503.—Vazeille. I. 91 92.—Duranton. II. 39.—Laurent. II. 272.—Demolombe. III. 24.25.—Zachariae (M. V.) I. § 110.—Zachariae (A. R.) V. § 451 bis.—Huc. II. 18.—Covarruvias. I. P. II. chap. II. 11.

(15) Ley sobre matrimonio civil. Art. 4. No podrán contraer matrimonio..... :

4º. Los que de palabra ó por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente.

C. C. Art. 140... Los sordos mudos, si pueden expresar con

monio, declara que los sordos mudos pueden casarse con tal que manifiesten inequívocamente el consentimiento.

El art. 1437 del Código ecuatoriano (a) enumera entre los absolutamente incapaces á los sordos mudos que no pueden darse á entender por escrito; pero según el art. 100, es válido el matrimonio cuando el párroco conceptúa que el sordo mudo ha consentido. Otro caso en que la ley civil, fundada en la naturaleza misma de las cosas, está en la más abierta pugna con las disposiciones canónicas concernientes al matrimonio. Cuando el sordo mudo no puede darse á entender por escrito es, lo repetimos, absolutamente incapaz de todos los actos de la vida civil, sin exceptuar ni los más insignificantes; pero sí puede casarse si por señas acepta como esposa á una mujer determinada. ¿Constará plenamente que el sordo mudo ha consentido en el matrimonio? Y aun cuando constase, ¿cómo afirmar que comprende las graves obligaciones que contrae? Nada más anómalo, pues, que la doctrina canónica según la cual puede casarse el sordo mudo que carece de aptitud para darse á entender por escrito.

47. Vimos ya que cuando se discutía el proyecto del Código de Napoleón se redactó un artículo especial, declarándose que los sordos mudos no pueden contraer matrimonio, á menos que sean capaces de darse á entender claramente, y que el Consejo de Estado opinó por la supresión del artículo, fundándose en que bastaba la regla

claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente el matrimonio.

(a) Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos mudos que no pueden darse á entender por escrito.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, las mujeres casadas, los religiosos, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cinco clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto á ciertas personas para ejecutar ciertos actos (art. 1437).

general de que no hay matrimonio cuando falta el consentimiento (16).

(16) " El Primer Cónsul pregunta por qué se prohíbe el matrimonio al sordo mudo.

" M. Réal responde que se le permite casarse cuando es capaz de expresar el consentimiento.

" M. Defermon observa que el proyecto excluye, por regla general, al sordo mudo de nacimiento, y no le admite sino por excepción, aunque todos los sordos mudos pueden expresar su voluntad.

El Primer Cónsul. " Siendo el matrimonio un contrato y celebrándose el contrato por el consentimiento, se deduce que el incapaz de expresarlo no puede casarse; pero el sordo mudo de nacimiento, viendo á su padre y madre, ha conocido la sociedad del matrimonio; es capaz de manifestar la voluntad de vivir como ellos; y entonces, ¿por qué agravar sus desgracias, añadiendo privaciones á las que la naturaleza le ha impuesto? "

El Cónsul Cambacérès. " Por cuanto el artículo no se propone sino explicar que los sordos mudos no pueden casarse sino cuando pueden consentir, su disposición se comprende en el art. 4º; el cual basta. "

M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély.) " El artículo es tanto más nugatorio cuanto que se ha inventado el arte de que los sordos mudos se den á entender. "

" El Primer Cónsul pregunta por qué la privación del oído y de la palabra sería un impedimento al matrimonio más bien que otras enfermedades que con éste pueden relacionarse. "

M. Fourcroy. " Más razonable sería declarar incapaces del matrimonio á los que adolecen de enfermedades hereditarias ó de vicios de conformación, á ejemplo de algunos legisladores antiguos que prohibían el matrimonio á las personas contrahechas, temiéndose que tuviesen hijos débiles y enfermos, que serían una carga para la sociedad.

M. Réal. " La comisión ha aceptado la ordenanza de 1736, que habla de los sordos mudos de nacimiento. "

M. Bigot-Préameneu. " El artículo es inútil, si no explica cómo puede el sordo mudo expresar el consentimiento.

M. Réal. " La disposición que lo regla puede comprenderse entre las que determinen la forma de la celebración de los matrimonios. "

El Primer Cónsul. " El artículo podría omitir á los sordos mudos, por cuanto son capaces de casarse, bajo la condición común á todos de dar su consentimiento; y pudiera limitarse á decir cómo expresarán el consentimiento en cuanto al matrimonio.

" El Cónsul Cambacérès propone que se suprima el artículo.

IV

Impotentes (*) (17).

48. Según el derecho romano eran inhábiles para el matrimonio los eunucos, mas no los espadones (18); pues en el primer caso es mucho más fácil conocer la impoten-

Las disposiciones que contiene no son sino consecuencias naturales de la regla general que, para el matrimonio, exige válido consentimiento.

“ Suprimese el artículo. ” (Locré. IV. 319. 12.)

(*) Locré. VI. 31. 4.—Pothier. Mariage. 96-98.—Merlin. Impuissance.—Dalloz. Mariage. 75-78.—Toullier. I. 525. 526.—Vazeille. I. 93.—Duranton. II. 67-71.—Demolombe. III. 12. 134. 254.—Laurent. II. 298.—Demante. I. 230 bis.—Zachariae (M. V). I. § 110.—Zachariae (A. R.). V. § 450.—Huc. II. 15.—Esmein. I. part. II. Tit. II. chap. I. Sect. I. n. III.—Wharton. § 148. 149.

(17) Ley sobre matrimonio civil. Art. 4º. No podrán contraer matrimonio..... :

3º. Los que sufrieren de impotencia perpetua é incurable.

C. P. Art. 112. No pueden absolutamente contraer matrimonio..... :

9º. El impotente.

C. A. Art. 48. Las causas que impiden contraer matrimonio son :

10º. La impotencia permanente que existía cuando se contrajo el matrimonio.

P. IV. II. 6..... Otrosi el que fuesse castrado, o que le menguassen aquellos miembros que son menester para engendrar, maguer aya entendimiento para consentir, non valdria este casamiento que fiziesse.....

D. XXIII. III. 39. § 1º. Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, necne, ut in castrato dicas dotem esse; in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos, et dotis actio est.

L. XVI. 128. Spadonum generalis appellatio est; quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae, thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur.

(18) “ Entre las personas que adolecen de defectos físicos, enumerase en primer lugar á los impotentes, así por un vicio constitucional, *spadones*, como á consecuencia de una operación, *castrati*. Estos últimos son incapaces de casarse y de adoptar. ” (Maynz. I. § 19.)

cia, evitándose esos inmorales é infames litigios, que tanto escandalizaron en otro tiempo, y que son del todo incompatibles con la cultura moderna.

Habiendo aceptado el Derecho canónico el principio naturalista de que el principal objeto del matrimonio son las relaciones sexuales entre los cónyuges, dedujo la consecuencia lógica de que tanto la impotencia del hombre como la de la mujer son impedimento dirimente.

Nosotros no entraremos en los obscenos pormenores concernientes á la impotencia. Aun en las naciones donde sólo el Derecho canónico impera en cuanto al matrimonio, las costumbres modernas, fundadas en la decencia y la moral, han abolido tales procesos, que no pueden leerse sin que suba la sangre á las mejillas de la persona más desprovista de pudor (19).

De ahí que el Código de Napoleón ni siquiera menciona la impotencia entre los impedimentos del matrimonio (20);

(19) " Cuando Merlin trata de la impotencia, expone que el jurisconsulto debe ser casto y puro como la ley. El autor emplea las mayores precauciones posibles, y sin embargo, entra en pormenores que ruborizan á cualquiera persona. ¿Qué diremos de las controversias? Demolombe, consecuente con su teoría de las calidades sustanciales, admite la impotencia como causa de nulidad del matrimonio; pero es necesario probarla. ¿Cómo se rendiría esa prueba? ¿Por un *congreso* como en los tiempos de antaño, cuando el Derecho canónico imperaba? No; se inspeccionará al cónyuge impotente. ¿Y á denegarse á la inspección? Se empleará la fuerza pública. ¿Acaso la justicia no dispone de gendarmes? Los gendarmes compelen á una mujer para que la inspeccionen facultativos. ¿No está abolido el tormento? " (Laurent. II. 298.)

(20) Cuando se discutía el título De la paternidad y de la filiación, el art. 1º (cap. I), decía : " El hijo concebido durante el matrimonio tiene al marido por padre.

" La ley no admite, contra esa paternidad, ni la excepción de adulterio de la mujer, ni que el marido alegue impotencia natural ó superveniente. "

" En cuanto á la impotencia ", añadió Tronchet, " el proyecto se propone abolirla; porque es difícil y escandaloso probarla. Al marido no se le admite esa causal ni cuando alega la nulidad del matrimonio ".....

" La impotencia " (agregaba Portalis), " no es aceptable como excepción, porque según la ley sobre el matrimonio, no

y que muchos de los demás códigos modernos silencian tan indecente impedimento. Si habla de él la ley chilena sobre matrimonio civil, proviene de que los redactores se propusieron, á no dudarlo, contemporizar con el Derecho canónico.

V

Personas que actualmente se hallan casadas (*) (21).

49. El derecho moderno reconoce que la poligamia es incompatible con la moral y con la civilización.

puede fundarse en ella la acción de nulidad; y ese silencio absoluto de la ley es muy razonable, porque no hay medios de conocer á punto fijo la impotencia, y hay tantas dudas á este respecto, que los tribunales han declarado que el marido es impotente y los hijos legítimos, porque la impotencia es á veces relativa. La ley no debe dar reglas sino sobre lo que es ordinario; y rarísima es la impotencia absoluta." (Locré. VI. 31. 4.)

(*) Locré. IV. 313. art. 5.-355. art. 4.-426. art. 3.-461. art. 4.-490. 19.—Pothier. Mariage. 99-107.—Dalloz. Mariage. 215-217.—Laurent. II. 360-362.—Demolombe. III. 94.—Duranton. II. 137-147.—Vazeille. I. 217-227.—Demante. I. 230 bis. II.—Huc. II. 27.—Esmein. I. Part. I. Chap. I. n. IV.—Wharton. § 132.—Kent. II. XXVI. 3.—Fiore. II. 536.—Rolin. II. 560.—Calvo. II. § 792.

(21) Ley sobre matrimonio civil. Art. 4. No podrán contraer matrimonio.... :

1º. Los que se hallaren ligados por vínculo de matrimonio no disuelto.

C. de N. Art. 147. On ne peut contracter second mariage avant la dissolution du premier.	147. No puede contraerse segundo matrimonio antes de la disolución del primero.
--	---

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes.... :

12º. Cuando respecto del hombre ó de la mujer, ó de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior.

C. P. Art. 142. No pueden absolutamente contraer matrimonio.... :

5º. El casado mientras vive su cónyuge.

Si bien las instituciones de Moisés habían aceptado la poligamia, la Iglesia la prohibió absolutamente (22), co-operando de esta manera á la civilización moderna; y á la Iglesia se debe asimismo el principio de la absoluta igualdad entre el marido y la mujer (23).

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio.... :

IX. El matrimonio celebrado antes legitimamente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraerlo.

C. de la L. Art. 91. Las personas legalmente casadas son, hasta la disolución del matrimonio, incapaces de contraer otro, bajo la pena establecida por las leyes del Estado.

C. A. Art. 60. Las causas que impiden contraer matrimonio son.... :

3ª. La existencia de otro matrimonio.

D. III. II. I. Praetoris verba dicunt : Infamia notatur..... bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.

Item eam, quae mihi quondam socrus, aut nurus, aut privigna, aut noverca fuerit. Ideo autem diximus quondam, quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere. (Gayo l. 63.)

(22) Si quis dixerit, licere christianis plures simul habere uxores, et non nulla lege divina esse prohibitum; anathema sit. (Concil. Trident. Ses. XXIV. Can. II.)

" El Derecho canónico declaró constantemente el principio de la monogamia. Formóse principalmente entre dos civilizaciones monógamas, la griega y la latina; y el espíritu de los Evangelios daba, en cuanto al matrimonio, una idea todavía más elevada. Los Padres de la Iglesia, y después los Doctores, no tuvieron sino que explicar cómo se había admitido la poligamia por las antiguas costumbres de los hebreos, y practicado, según la Escritura, por los patriarcas.

" Del principio de la monogamia se deduce que toda persona casada válidamente es incapaz de contraer otro matrimonio mientras el primero no se disuelva; y que el segundo sería radicalmente nulo. Declarada la indisolubilidad del vínculo del matrimonio, esa regla tuvo especial importancia en el Derecho canónico; y desde antiguo se llamó *ligamen* el impedimento dirimente que de ahí proviene. " (Esmein. I. Part. I. Chap. I. nº. IV. pág. 267.)

(23) " La Iglesia introdujo en el derecho del matrimonio una novedad secundaria; proclamó como principio la igualdad entre el hombre y la mujer. Ya bosquejado en la primera Epístola

cióse á investigar si los individuos de éste podían entrar ó permanecer en el estado de matrimonio, y dos tendencias contrarias se manifestaron. Por una parte, el matrimonio aparecía como el estado natural y normal del hombre. La tradición de la Iglesia primitiva refería que en general los apóstoles habían sido casados, y la primera Epístola de San Pablo á Timoteo presentaba al obispo como un hombre casado, padre de familia (35), á quien se imponía solamente la restricción, que después se extendió á todos los eclesiásticos, de que no debían casarse sino una sola vez. Pero al mismo tiempo una idea muy diversa se difundía entre los cristianos, esto es, que el matrimonio era moralmente inferior á la continencia, y menos acepto á los ojos de Dios; y San Pablo mismo lo había proclamado (36). La moral cristiana veía una especie de impureza en las relaciones sexuales aun de los esposos. Natural, pues, exigir más perfección en el que era ministro del Señor. ¿No debía evitarse la más leve impureza en los que se aproximaban al altar? Del conflicto entre las fuerzas opuestas, ¿cuál fue el resultado? En breve se dividió la cristiandad. La Iglesia oriental, aceptando una de las dos sentencias, formó un sistema que después ha conservado sin graves alteraciones. La Iglesia occidental, al contrario, dió cabida á la segunda tendencia, y estableció el celibato, ó, á lo menos, la continencia necesaria en todos los que habían recibido las órdenes sagradas. Pero aunque desde antiguo asentó los principios esenciales que condu-

gun dize en el Titulo de los Clerigos. E destos los tres mayores embargan el casamiento. Onde qual Clerigo quier que fuesse ordenado de alguno de los tres mayores Ordenes, assi como de Subdiacono, o de Diacono, o de Preste, non deue casar; e otrosi, si casare, deue ser desfecho el casamiento....

(35) *Oportet ego episcopum irreprehensibilem esse, unius uxoris virum, sobrium, prudentem, ornatum, pudicum, hospitalem, doctorem* (C. III. 2.)

Suae domui bene praepositum : filios habentem subditos cum omni castitate (4).

(36) *Dico autem non nuptis, et viduis : bonum est illis si sic permaneant, sicut ego* (I. C. VII. 8.)

Quód si non se continent, nubant. Melius est enim nubere, quam uri (9).

Las leyes francesas no establecieron la poligamia ni aun durante los desvaríos de la revolución (24); el Código de Napoleón la prohíbe expresamente (25); y la monogamia,

de San Pablo á los Corintios (a), el principio de la igualdad se afirma claramente por los Padres de la Iglesia. Lactancio lo aplica declarando que el marido y la mujer se hallan obligados igualmente á la fidelidad; San Jerónimo la profesa en terminos generales que se han convertido en fórmula (b). Ella es una de las reglas que prevalecen en los *Libri poenitentiales: Una lex de mulieribus et viris*. En nuestros días la Iglesia blasona, con razón, de haber sido la primera en enseñar esta verdad (c). La igualdad, á no dudarlo, no será absoluta; pues, en cierto respecto, el Derecho canónico mismo admite la supremacía del marido, exigida por la naturaleza de las cosas y justificada por los textos de la Escritura. Pero es una verdad plena en cuanto se refiere al corazón de la mujer: los mutuos deberes de los esposos y la obligación de la fidelidad reciproca. En este punto todas las legislaciones de la antigüedad establecían profunda diferencia entre el varón y la mujer; si la mujer, según la ley romana, fue ampliamente emancipada, el varón conservó una libertad privilegiada. " (Esmein. Part. I. Chap. II. n. VI. pag. 91.)

(24). " La solución que el Código da al problema de la monogamia nos muestra la superioridad de la ley civil sobre la religión en el dominio de la moral. Hay religiones que admiten la poligamia. No hablamos del Corán, ni de la parodia de religión que se llama mormonismo. La ley del pueblo de Dios sancionaba la poligamia. " (Laurent. II. 360.)

(25) " Según nuestras costumbres ", decía Portalis, " un matrimonio válido y subsistente obsta á otro matrimonio. En ciertos climas, puede estar autorizada la pluralidad de maridos ó mujeres, y no es legítima en ninguno, pues produce necesariamente la servidumbre de un sexo y el despotismo del otro; no se funda en las necesidades reales del hombre, que teniendo

(a) *Uxori vir debitum reddat: similiter autem et uxor viro* (Cap. VII. 3).

(b) " *Apud nos quod non licet feminis aequè non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur.* "

(c) " *Simili modo ius matrimonii aequabile inter omnes atque unum omnibus est constitutum, vetere inter servos et ingenuos sublata discrimine, exaequata viri et uxoris iura, etenim, ut aiebat Hieronymus, apud nos quod non licet feminis aequè non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur, atque illa eadem iura ob remunerationem benevolentiae et vicissitudinem officiorum stabiliter firmata.* " (Enciclica de León XIII de 10 de febrero de 1880.)

lo repetiremos, se cuenta hoy entre las instituciones que, arraigadas en la moral, forman parte del Derecho público de todos los pueblos civilizados (I. 239).

IV.

Personas que han hecho voto solemne de castidad (*) (26).

50. Muy varia ha sido la práctica de la Iglesia Católica en cuanto á los votos de castidad, como impedimento del matrimonio. El Papa Inocencio 1º (27) que ocupaba la silla pontificia en el siglo V, juzgó que, aun cuando inmoral, era válido el matrimonio contraído por las vírgenes consagradas á Dios. San Agustín también enseñaba la validez de ese matrimonio (28); el Concilio de Calcedonia, celebrado en 451, declaró que no les era lícito casarse á las personas consagradas á Dios por votos solemnes de castidad; pero no declaró nulos los matrimonios (29).

toda la vida para conservarse, no tiene sino instantes para reproducirse; é introduciría en las familias la confusión y el desorden que en breve se difundiera en la sociedad; pugna con todas las ideas; desnaturaliza todos los sentimientos; priva al amor de todos sus encantos quitándole cuanto tiene de exclusivo; en fin se opone á la esencia misma del matrimonio, esto es, á la esencia de un contrato según el cual dos esposos unen el cuerpo y el alma. Cuando nos aproximamos á las naciones donde se permite la poligamia, nos parece que se aleja la moral....

“ Así, el principio de que no puede contraerse otro matrimonio mientras el primero subsista, constituye el derecho universal de todas las naciones cultas. ” (Loché. IV. 490. 19.)

(*) Pothier. Mariage. 108-113. — Gutiérrez (B.). I. L. C. II. § X. pág. 333. — Esmein. I. Part. II. Tit. II. Chap. I. n. V. — Van Espen. I. Part. II. Tit. XIII. Chap. IV, 1-3.

(26)..... La tercera cosa que embarga el casamiento es, voto solemne que alguno prometiese, para entrar en Religión.... (11.) P. IV. II.

(27) En la respuesta al Obispo de Ruán.

(28) *De bono viduitatis*. Cap. 10.

(29) Si quae virgo se dedicavit Deo, similiter monachus, non licet eis nuptiis iungi : si vero inventi fuerint hoc facientes, maneat excommunicati ; statuimus vero eis posse fieri humanitatem, si ita probaverit episcopus loci (Can. 16).

El voto de castidad no se declaró impedimento dirimente sino en el segundo Concilio de Letrán, celebrado en 1139 (30), y la doctrina de ese Concilio fué definitivamente confirmada por el de Trento.

Sólo el voto solemne de castidad es impedimento dirimente del matrimonio, esto es, el voto hecho al profesar en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica. Así lo deciden terminantemente, en las respectivas Decretales, Alejandro III (31), Celestino III (32) y Bonifacio VIII (33).

VII.

Clérigos de órdenes mayores (*) (34).

51. Desde que hubo clero en la sociedad cristiana, prin-

(30) Statuimus quatenus episcopi.... regulares canonici, et monachi, atque conversi, professi qui sanctum transgredientes propositum, uxores sibi copulare praesumpserunt, separentur; huiusmodi namque copulationem quam contra ecclesiasticam regulam constat esse contractam, matrimonium non esse censensus (Can. 7^a).

Y el canon siguiente dice: "Id ipsum quoque de sanctimonialibus faeminis, si quod absit, nubere attentaverint, observari decernimus.

(31) Si nec habitum suscepit nec professionem, sed solummodo votum fecit.... non est cogendus matrimoniale votum rescindere.

(32) Quod votum simplex impedit matrimonium contrahendum (id est sponsalia de futuro matrimonio contrahendo) non dirimit iam contractum.

(33) Illud solum votum debere dici solemne, quantum ad post contractum matrimonium dirimendum, quod solemnissimum fuerit per susceptionem sacri ordinis, aut per professionem expressam, aut tacitam factam alicui de religionibus par sedem apostolicam approbatis.

(*) Pothier. Mariage. 115-119. — Vazeille. I. 94. 95. Demante. I. 230 bis. II. = Demolombe. III. 131. 132. — Esmein. I. Part. II. Tit. II. Chap. I, n. VI. — Van Espen. I. Part. II. Tit. XIII. C. III. 14. 15. — Covarruvias. II. C. V. § I-V.

(34) C. A. Art. 60. Son causas que impiden contraer matrimonio.... :

4º. Los votos de celibato eclesiástico.

P. IV. II. 16. Nueve grados de Orden ha en Santa Iglesia, se-

cióse á investigar si los individuos de éste podían entrar ó permanecer en el estado de matrimonio, y dos tendencias contrarias se manifestaron. Por una parte, el matrimonio aparecía como el estado natural y normal del hombre. La tradición de la Iglesia primitiva refería que en general los apóstoles habían sido casados, y la primera Epístola de San Pablo á Timoteo presentaba al obispo como un hombre casado, padre de familia (35), á quien se imponía solamente la restricción, que después se extendió á todos los eclesiásticos, de que no debían casarse sino una sola vez. Pero al mismo tiempo una idea muy diversa se difundía entre los cristianos, esto es, que el matrimonio era moralmente inferior á la continencia, y menos acepto á los ojos de Dios; y San Pablo mismo lo había proclamado (36). La moral cristiana veía una especie de impureza en las relaciones sexuales aun de los esposos. Natural, pues, exigir más perfección en el que era ministro del Señor. ¿No debía evitarse la más leve impureza en los que se aproximaban al altar? Del conflicto entre las fuerzas opuestas, ¿cuál fue el resultado? En breve se dividió la cristiandad. La Iglesia oriental, aceptando una de las dos sentencias, formó un sistema que después ha conservado sin graves alteraciones. La Iglesia occidental, al contrario, dió cabida á la segunda tendencia, y estableció el celibato, ó, á lo menos, la continencia necesaria en todos los que habían recibido las órdenes sagradas. Pero aunque desde antiguo asentó los principios esenciales que condu-

gun dize en el Titulo de los Clerigos. E destos los tres mayores embargan el casamiento. Onde qual Clerigo quier que fuesse ordenado de alguno de los tres mayores Ordenes, assi como de Subdiacono, o de Diacono, o de Preste, non deue casar; e otrosi, si casare, deue ser desfecho el casamiento....

(35) *Oportet ego episcopum irreprehensibilem esse, unius uxoris virum, sobrium, prudentem, ornatum, pudicum, hospitalem, doctorem* (C. III. 2.)

Suae domui bene praepositum : filios habentem subditos cum omni castitate (4).

(36) *Dico autem non nuptis, et viduis : bonum est illis si sic permaneant, sicut ego* (I. C. VII. 8.)

Quod si non se continent, nubant. Melius est enim nubere, quam uri (9).

cían á esta solución, tarde llegó á un sistema definitivo.

Al principio se estableció, en el curso del siglo III, que los clérigos de órdenes mayores, si las recibían siendo célibes, no debían casarse después de la ordenación; y esta es la regla que las constituciones apostólicas aplican á los obispos, presbíteros y diáconos. En el comienzo del siglo IV, el Concilio de Neocesárea (37) castigaba con la degradación al sacerdote que contraía matrimonio, y el de Nicea presentó esa regla como tradición antigua de la Iglesia.

Pero, por otra parte, la Iglesia primitiva respetó plenamente el matrimonio de los clérigos, cuando, ya casados, recibían las órdenes mayores, que no les estaban prohibidas. El canon quinto de los apóstoles castiga al obispo, presbítero ó diácono que repudia á su mujer so pretexto de devoción. La disciplina eclesiástica, según esas decisiones, no solamente declaraba la subsistencia del vínculo conyugal, sino que admitía la continuación de los deberes conyugales y de las relaciones entre los consortes. En el Concilio de Nicea los occidentales, que ya habían admitido la obligación de continencia absoluta para el clérigo de órdenes mayores, quisieron hacer triunfar tal doctrina, y solicitaron que los clérigos casados, pertenecientes á esas órdenes, fuesen compelidos á la continencia absoluta. Pero la tentativa escolló por la enérgica resistencia de los orientales.

53. La iglesia oriental permaneció fiel á su doctrina. El Sínodo *in Trullo*, que fijó definitivamente los principios, hizo esta declaración: «Según el antiguo canon de la perfección y orden apostólicos, reconocemos como subsistentes los matrimonios de los clérigos, y no nos proponemos disolver el vínculo que los une á sus mujeres, ni prohibirles con ellas las relaciones conyugales. Si, pues, alguno es digno de ser ordenado subdiácono, diácono ó presbítero, no podrá ser separado de esa orden alegándose que vive con mujer legítima; y no se exigirá de él, cuando la ordenación, la promesa de que se abstenga de las relaciones conyugales con su mujer, á fin de que no degra-

(37) Presbyter, si uxorem duxerit, ab ordine illum deponi debere. (C. I. C. IX. D. XVIII.)

demos el matrimonio, que fué instituido por Dios y santificado por su presencia.....”

53. La Iglesia occidental, lo repetimos, se distinguió desde antiguo, declarando que estaban obligados á continencia absoluta los clérigos de órdenes mayores, ministros del altar. Desde el año 306, el Concilio de Elvira (38) decidió que los, que estando casados, recibían esas ordenes, debían abstenerse de todas las relaciones conyugales. En 314 el primer Concilio de Arlés reiteró la orden (39), y hemos visto que los occidentales instaron para que esa regla triunfase en el Concilio de Nicea. Si bien no lo consiguieron, constantemente procuraron aplicarla en su propia Iglesia, y hallamos sobre esta materia muchas disposiciones, desde el siglo IV hasta el IX, en los cánones de los concilios particulares y en las Decretales de los papas. Expedida con objeto determinado, esta legislación no varía sino en dos puntos. Por una parte, la regla general, ya comprende, ya exceptúa á los subdiáconos; pero la segunda tendencia prevalece, sobre todo en las decretales de los papas. Por otra parte, no siempre se sancionaron unas mismas penas contra los clérigos infractores. Las más frecuentes eran la degradación y la excomunión; pero, á veces, había un espíritu de tolerancia, prohibiéndose á los culpados sólo las ordenes mayores y el ministerio del altar. Además, no era la disolución del vínculo conyugal lo que prescribía entonces el Derecho canónico; el matrimonio subsistía; y una constitución del Emperador Honorio, del año 420, reproducida en la *Lex romana Visigothorum*, ordena al clérigo que provea á la subsistencia de su mujer. En el curso del siglo VI, era cosa normal en las Galias que el presbítero y el obispo fuesen casados, y vivieran con la mujer en una misma casa.

(38) Placuit in totum prohibere episcopis, presbyteris et diaconis vel omnibus clericis positis in ministerio abstinere a coniugibus suis et non generare filios; quicumque vero fecerit ab honore clericatus exterminetur. (C. XXXIII.)

(39) Suademus fratribus ut sacerdotes et levitae cum uxoribus suis non coeant, quia ministerio quotidiano occupantur. Quicumque vero contra hanc constitutionem fecerit, a clericatus honore deponatur. (C. XXIX.)

Al dictar estas reglas severas, la iglesia occidental aplicaba con mayor razón el principio antiguo, que prohibía á los clérigos contraer matrimonio cuando, célibes, habían recibido las órdenes mayores.

Esas reglas se observaron con dificultad en las Galias durante el siglo VIII. En 747 el rey Pipino escribió al Papa Zacarías preguntándole cuáles eran los clérigos á quienes debía prohibirse todo comercio conyugal. En el año 758 ó 768 el Concilio de Verberia decide que si un sacerdote se casa con su sobrina, debe ser separado de la esposa y degradado (40); lo cual manifiesta la validez del matrimonio contraído por un sacerdote, si no había alguna causa de nulidad, y que el matrimonio de los sacerdotes era frecuente y tolerado. Á fines del siglo IX, Nicolás I, en su célebre respuesta *Ad consulta Bulgarorum*, declara que si un sacerdote vive en estado de matrimonio es muy censurable, pero que no por eso los parroquianos deben rechazarle, ó rehusarle obediencia y oblaciones (41).

54. Pero si era difícil conservar esa disciplina cuando la sociedad estuvo regularmente establecida y organizada, lo fué más aún en el período de profunda descomposición social como el del siglo X en occidente. Mientras el feudalismo atentaba contra la autoridad civil, la autoridad eclesiástica, que constituía el gobierno regular de la Iglesia, fué también minada. Indudable es que entonces se estableció una como costumbre, que permitía el matrimonio á los clérigos de órdenes mayores, y que muchos de ellos eran casados. Lo cual se confirma con la violenta reacción contra tal orden de cosas en la segunda mitad del siglo XI, y con el testimonio de los que tomaron parte activa en la lucha durante el pontificado de Gregorio VII. Damiani, especialmente, suministra datos que lo evidencian. Nos dice

(40) Si quis presbyter neptam suam uxorem habuerit, ipsam dimittat et gradum perdat. (C. III.)

(41) Consulendum decernistis utrum presbyterum uxorem habentem debeatis sustentare et honorare, an a vobis proicere. Quo respondemus, quoniam, licet ipsi valde reprehensibiles sint, vos tamen Dominum imitari convenit, qui solem suum, ut Evangelium testatur, oriri facit super bonos et malos... delirere verò eum a vobis ideo non debetis. (C. LXX.)

que la mayor parte de los sacerdotes de su tiempo tenían no sólo concubinas, sino mujeres con quienes se habían casado públicamente y según las formas legales. Á tal aseveración añade hechos precisos y circunstanciados, como se hallan muchos en las cartas de Gregorio VII. Italia, Francia, Inglaterra estaban invadidas por ese mal. Era una corruptela generalmente tolerada, y, antes de Gregorio VII, Damiani manifiesta que la autoridad eclesiástica cerró los ojos y no se atrevió á extirparla. Muchos obispos aun exigían un impuesto á los clérigos casados ó que vivían en concubinato, regularizando así su estado.

55. Una reacción era inevitable, porque no sólo el matrimonio sino el libertinaje se estableció públicamente en el clero. En la primera mitad del siglo XI, los concilios particulares renovaron las antiguas prohibiciones. Contaban para esto con la opinión popular, como se vió en Italia, donde se formó la especie de liga que se llamó la *Palavia*, que se proponía rehusar obediencia y respeto á los sacerdotes casados, concubinarios y simoníacos. Los pontífices León IX, Víctor II, Esteban V, Nicolás II, Alejandro II, de 1049 á 1073, repitieron en frecuentes concilios la prohibición del matrimonio á todos los clérigos, desde la orden de subdiácono, y castigaron á los concubinarios. Lo exagerado de las providencias dictadas entonces muestra así la extensión del mal como la dificultad de reprimirlo. León IX, en el Concilio de Roma (año 1049), ordenó que todas las mujeres que en adelante estuviesen en Roma, y viviesen con sacerdotes, serían adjudicadas como *ancillae* al palacio de Letrán; y Damiani solicitaba que esa providencia se extendiese á todas las diócesis. El Papa León X dispuso que se desterrase de las iglesias de Roma á todos los sacerdotes casados y concubinarios; pero apenas si se ejecutó el edicto.

56. En los principios de su pontificado, Gregorio VII continuó la lucha con la áspera energía que forma parte de su grandeza. En los Concilios de Roma de 1073, 1074 y 1075 reiteró la prohibición del matrimonio á los presbíteros, diáconos y subdiáconos, y entonces una voluntad poderosa persiguió la ejecución con infatigable perseverancia. Halló enérgica resistencia, porque combatía muchas pasiones y muchos intereses. En épocas anteriores, más de una vez

los parientes de los sacerdotes casados habían suscitado motines populares cuando se quería poner en ejecución la regla del celibato. Casi todos los obispos estaban poco dispuestos á cooperar; y la correspondencia de Gregorio VII manifiesta cómo se vió compelido á regañarlos y confortarlos.

Y no era sólo la resistencia de hecho, motivada por el interés, la que se oponía á esta grande obra, sino también, la que nos interesa especialmente, la resistencia doctrinal. Los partidarios del matrimonio de los sacerdotes habían inventado, para justificar la legitimidad, una teoría cuyas huellas se ven en los escritos de Damiani. Alegaban ante todo las palabras de San Pablo, que ordenaban el matrimonio á todos los que no podían resistir á la tentación, y ponían en relieve la generalidad de los términos, que no exceptuaban á los sacerdotes. Tales resistencias y tales doctrinas no prevalecieron; pues triunfó Gregorio VII. En ese punto fué ciertamente el gran reformador de la Iglesia occidental; pero no innovó en la materia. Si bien aplicó las reglas antiguas con más energía que sus predecesores, no estableció reglas nuevas. De ellas se deduce que el presbítero, diácono ó subdiácono que se casaba, era castigado con degradación y excomunión; pero, como en el derecho anterior, el matrimonio subsistía. En las numerosas decisiones y epístolas de Gregorio VII, que tratan de la materia, nada hay de donde se deduzca la nulidad del matrimonio.

57. Á los obstinados se les castiga al principio con la suspensión y privación del beneficio, y á los que no pueden separarse de sus mujeres, el Papa les permite que abandonen el altar para vivir la vida del siglo. La sanción más enérgica á sus prohibiciones consiste en exhortar á los fieles que rehúsen obediencia á los obispos y á los sacerdotes obstinados, y en rechazar su ministerio, como lo había hecho la *Pataria*. Pero en el estado á donde habían llegado las cosas, la lógica de la institución debía conducir necesariamente á la nulidad del matrimonio. Fué declarada por el Concilio de Letrán en 1139, ó, á lo menos, por la Decretal de Inocencio II que promulgó la decisión del Concilio. Graciano dió el mismo sentido á otro texto que insertó en su *Concordia*, y es un *caput insertum* que corresponde

poco más ó menos al Concilio de Reims de 1119. Como quiera que sea, el impedimento dirimente se formuló con claridad por Graciano y por Pedro Lombardo. Dos decretales de Alejandro III (1159-1181) establecieron la teoría definitivamente.

58. El Concilio Tridentino fulminó anatema contra los que pretendían que los clérigos ordenados *in sacris* ó los religiosos, que habían hecho votos solemnes, podían contraer matrimonio válido (42). Examinó al mismo tiempo las razones con que se impugnaba el celibato obligatorio, diciéndose que se condenaba el matrimonio, y que el observar la castidad no era dable á todos, ni aun á los que la deseaban.

Si bien algunos de los oradores del Concilio afirmaron que el Papa ó el Concilio ecuménico podían abolir, por regla general, la ley del celibato, disputaban la utilidad de la abrogación. Pero el Concilio, que no vaciló en dejar subsistente la regla, sí vacilaba en cuanto al principio que le servía de fundamento; el cual era muy importante y debía determinarse. Habíanse presentado dos opiniones distintas, que tenían discordes á los teólogos y canonistas.

Según la una, aceptada sobre todo por los teólogos, el celibato de los sacerdotes y el *impedimentum ordinis* son de Derecho divino. Fúndanla en una incompatibilidad natural, establecida por la ley divina, entre el matrimonio y el sacerdocio. Esta opinión, que tiene partidarios muy notables, halló pocos defensores en el Concilio. Apoyáronse en las graves consecuencias importantes que resultan en el punto de vista jurídico. La más notable es que si la regla fuese de Derecho divino, no pudiera ser derogada por la autoridad eclesiástica, y no podría abolirse el celibato de

(42) Si quis dixerit, clericos in sacris ordinibus constitutos, vel Regulares, castitatem solemniter professos, posse Matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiastica, vel voto : et oppositum nihil aliud esse, quam damnare Matrimonium; posseque omnes contrahere matrimonium; qui non sentiunt se castitatis, etiamsi eam voverint, habere donum; anathema sit : cum Deus id recte petentibus non deneget, nec patiatur, nos supra id, quod possumus, tentari. (Ses. XXIV. Can. IX.)

los sacerdotes. La otra opinión consiste en que el celibato de los sacerdotes y el *impedimentum ordinis*, no son de Derecho divino y han sido establecidos por la ley humana de la Iglesia, *lex ecclesiastica*. De lo cual se deduce que la misma ley podría suprimir el celibato eclesiástico, y el papa, dispensar el *impedimentum ordinis*. Tal opinión presentaba además la ventaja de conciliarse con los hechos históricos, permitiendo á la Iglesia romana una tolerancia prudente y política con los usos de la Iglesia griega. Esta opinión es, á no dudarlo, la que aceptó el Concilio, y ello se deduce de los términos del canon IX de *sacramento matrimonii*, según el cual se deriva de la ley eclesiástica la nulidad del matrimonio contraído por el clérigo *in sacris constituto*.

Para determinar el sentido del canon sobre el matrimonio de los sacerdotes, son necesarias dos observaciones :

Primeramente, en cuanto al matrimonio, la condición de los clérigos *in minoribus ordinibus constituti*, no se ha modificado. Pueden siempre contraer matrimonio válido, y el Concilio, en una disposición conducente á restaurar las funciones de las órdenes menores, que en algunos lugares habían caído en desuso, declara que pueden ser desempeñadas por clérigos casados á falta de célibes (43). En otro pasaje puntualiza los requisitos para que los clérigos casados gocen del *privilegio fori* (44).

(43) ... Quod si ministeriis quatuor minorum ordinum exercendis clerici caelibes praesto non erunt; suffici possint etiam coniugati vitae probatae, dummodo non bigami, ad ea munia obeundi et qui tonsuram et habitum clericalem in Ecclesia gestent. (Concil. Trident. Sess. XXIII. C. XVII.)

(44) Nullus prima tonsura initiatus, aut etiam in minoribus ordinibus constitutus, ante decimum quartum annum beneficium possit obtinere. Is etiam fori privilegio non gaudeat, nisi beneficium ecclesiasticum habeat; aut clericalem habitum, et tonsuram deferens, aliqui ecclesiae ex mandato Episcopi inserviat; vel in seminario clericorum, aut in aliqua schola, vel universitate de licentia Episcopi, quasi in via ad maiores ordines suscipiendos servetur. In clericis verò coniugatis servetur constitutio Bonifacii VIII, quae incipit : Clerici, qui cum unicis : modò hi clerici alicuius ecclesiae servitio, vel ministerio ab Episcopo deputati, eidem ecclesiae serviant, vel ministrent : et clericali habitu, et tonsura utantur; quoad hoc, privilegio, vel

En segundo lugar el canon del Concilio no condena los usos provenientes de la Iglesia griega. Como el celibato no se funda sino en la *lex ecclesiastica*, la costumbre ha podido introducir en esta Iglesia un derecho contrario.

§ II

De la incapacidad relativa.

59. La incapacidad relativa proviene de las siguientes causas :

El parentesco :

El crimen :

La *disparis cultus*.

Según el Derecho canónico el parentesco es :

a). De consanguinidad :

b). De afinidad :

c). Espiritual :

d). De pública honestidad :

e). Civil.

I

Consanguinidad (*) (45).

60. Uno de los caracteres distintivos del Derecho canó-

consuetudine, etiam immemorabili, suffragante. (Concil. Trident. Sess. XXIII. Cap. VI.)

(*) Locré IV. 314. art. 13. 14.-331. 33. 34.-427. art. 11-14.-491. 20-24.—Pothier. Mariage. 121-149.—Merlin. Empêchemens §IV. art. I.—Dalloz. Mariage. 222-226.—Vazeille. I. 104-113.—Duranton. II. 152-164.—Toullier. I. 534-538.—Laurent. II. 355.—Demolombe. III. 110-118.—Esmein. I. Part. I. Chap. II. n. V.-Part. II. Tit. II. Chap. I. Sect. III. n. I-III.-Part. III. Chap. IV. Sect. I. n. III.—Covarruvias. II. C. V. § VI.—Wharton. § 136-138.—Kent. II. XXVI. 4.—Stephen's. II. Chap. II. n. III. 3.—Rolin. II. 566.—Calvo. II. 794.-795.—Montesquieu. XXVI. XIV.—Grocio. II. V. XII.—San Agustín. L. XV. C. XVI.

(45) Art. 5º. de la ley sobre matrimonio civil. Tampoco podrán contraer matrimonio entre si.... :

nico es el rigor con que en la edad media prohibía el matrimonio entre personas ligadas por los vínculos de la

1°. Los ascendientes ó descendientes por consanguinidad o afinidad :

2°. Los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive.

C. de N. 161. En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne.

162. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.

163. Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

161. En la linea recta, prohibese el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes legitimos ó naturales, y los afines en la misma linea.

162. En la linea colateral, prohibese el matrimonio entre el hermano y la hermana legitimos ó naturales, y los afines en el mismo grado.

163. Prohibese también el matrimonio entre el tio y la sobrina, la tia y el sobrino.

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efectos en los casos siguientes.... :

9°. Cuando los contrayentes están en la misma linea de ascendientes y descendientes, ó son hermanos...

C. P. Art. 142. No pueden absolutamente contraer matrimonio :

1° Los que son parientes consanguineos en linea recta de ascendientes ó descendientes sin limitación alguna, ni distinción de legitimos ó ilegítimos.... :

3°. Los hermanos entre sí, sean ó no legitimos....

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio.... :

IV. El parentesco de consanguinidad legitimo ó natural, sin limitación de grado en la linea recta ascendente y descendente. En la linea colateral igual, el impedimento se extiende á los hermanos y medios hermanos. En la misma linea colateral desigual, el impedimento se extiende solamente á los tios y sobrinas, y al contrario, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La computación de estos grados se hará en los términos prevenidos en el capitulo II de este titulo.

C. de la L. Art. 96. Prohibese el matrimonio entre parientes en linea recta ascendente ó descendente. Esta prohibición no se limita á los hijos legitimos, pues se extiende á los hijos nacidos fuera de matrimonio.

sangre. Muy difícil es determinar cuál fué la causa primera de esas disposiciones, que condujeron á un completo

C. A. Art. 60. Las causas que impiden contraer matrimonio son... :

6°. La consanguinidad en línea recta, ascendente ó descendente; entre hermano y hermana de un mismo padre ó de una misma madre; entre primos hermanos; entre tío ó tía, sobrino y sobrina; ya el parentesco sea legítimo ó ilegítimo.

P. IV. II. 12. Parentesco, e cuñadía hasta el cuarto grado, es la cuarta cosa que embarga el casamiento que se non faga; e si fuere fecho, deuenlo desfazer.....

Inst. I. X. 1... non omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarumdā nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas quae parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiae non possunt; veluti inter patrem et filiam, vel avum et nepotem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum. Et si tales personae inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur.....

2. Inter eas quoque personas quae ex transverso gradu cognationis iunguntur est quaedam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem et sororem nuptiae prohibita sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum.....

3. Fratris vel sororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec nepotem fratris vel sororis quis uxorem ducere potest, quamvis quarto gradu sint. Cuius enim filiam uxorem ducere non licet, neque eius nepotem permittitur....

4. Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fra-

1.... no con todas las mujeres es permitido casarse, pues en algunos casos no son lícitas las nupcias. Prohibese, en efecto, el matrimonio entre las personas que ocupan el lugar de padres é hijos, por ejemplo entre el padre y la hija, el abuelo y la nieta, la madre y el hijo, la abuela y el nieto hasta lo infinito. Si esas personas se casasen unas con otras, las nupcias serian criminales é incestuosas.....

2. Entre les personas ligadas por parentesco colateral, hay prohibiciones análogas aunque menos extensas. Prohibese el matrimonio entre el hermano y la hermana, ya sean carnales, ya solo paternos ó maternos.....

3. Tampoco es permitido el matrimonio con la hija del hermano ó de la hermana, ni con la nieta del hermano, aunque estén en cuarto grado; porque cuando el matrimonio no es permitido con la hija, tampoco lo es con la nieta.

4. Pero pueden casarse unos con otros, los hijos de dos her-

sistema de exogamia; pues tal sistema no fué inspirado por ninguna de las dos legislaciones que influyeron principalmente en el Derecho canónico, la ley mosaica y la ley romana.

61. La ley judaica había comenzado por sancionar el principio exactamente opuesto, el principio de la endogamia, según el cual todo israelita debía casarse en su tribu y en su parentela (46). Es verdad que se había efectuado una reacción, la cual se expresaba por un axioma

tris et sororis, iungi possunt.

5. Item amitam....., ducere uxorem non licet; item nec materteram, quia parentium loco habentur. Qua ratione verum est magnam quoque amitam et materteram magnam prohibere uxorem ducere.

D. XXIII. II. 39. Sororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum.

53. Nuptiae consistere non possunt inter eas personas, quae in numero parentum liberorumque sunt, sive proximi, sive ulterioris gradus sint, usque ad infinitum.

54. Et nihil interest ex iustis nuptiis cognatio descendat, an vero non; nam et vulgo quaesitam sororem quis vetatur uxorem ducere.

manos, de dos hermanas, ó de hermano y hermana.

5. Además no es permitido el matrimonio con la tía paterna.... ó materna, porque ocupan el lugar de los padres; y la misma razón impide el matrimonio con la tía abuela paterna ó materna.

39. No puedo contraer matrimonio con la biznieta de mi hermana, porque estoy en lugar de su padre.

53. No se puede contraer matrimonio entre aquellas personas que están en el número de padres ó hijos, ya sea que estén en grado próximo ó remoto, hasta el infinito.

54. Nada importa que el parentesco provenga ó no de legítimo matrimonio; porque en ninguno puede casar con la hermana espúria.

C. R. V. IV. 17. Nemini liceat contrahere matrimonium cum filia, nepte, vel pronepte: itemque cum matre, avia, vel proavia: et ex latere amita, ac matertera, sorore, sororis filia, et ex ea nepte: praeterea fratris (tui) filia, et ex ea nepte, itemque ex affinibus, privigna, noverca, nuru, socru, caeterisque, quae iure antiquo prohibentur, a quibus cunctos volumus (se) abstinere. (46) Ne commisceatur possessio filiorum Israël de tribu in tribum. Omnes enim viri ducent uxores de tribu et cognatione sua. (Numeri. C. XXXVI. 7.)

Et cunctae feminae de eadem tribu maritos accipient: ut haereditas permaneat in familiis. (8.)

general que prohibía el matrimonio entre parientes (47); pero la ley lo había aplicado restringidamente. Prohibía el matrimonio entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas, entre tía y sobrino (48). Los textos de los Evangelios nada añadieron á esta reglamentación.

62. Parece que los antiguos romanos conocieron y practicaron el principio de la exogamia... El Derecho romano, cual se hallaba en el Alto Imperio, era muy moderado en cuanto á las prohibiciones del matrimonio fundadas en el parentesco. Prohibíalo hasta lo infinito entre parientes en línea recta; pero, en línea colateral, lo permitía entre parientes en cuarto grado, y aun en tercero, es decir entre primos hermanos; tío y sobrina, tía y sobrino. Pero esta regla tenía dos excepciones, una de las cuales la restringía y la otra la ampliaba. Por una parte, la ley que, expedida para un caso especial por el Emperador Claudio (49), fué general en sus disposiciones, permitía al tío casarse con la hija del hermano, mas no con la hija de la

(47) *Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet, ut revelet turpitudinem eius. Ego Dominus. (Levit. C. XVIII. 6.)*

(48) *Turpitudinem patris tui, et turpitudinem matris tuae non discooperies : mater tua es : non revelabis turpitudinem eius. (Levit. C. XVIII, 7.)*

Turpitudinem sororis tuae ex patre, sive ex matre, quae domi vel foris genita est, non revelabis. (9.)

Turpitudinem filiae filii tui vel neptis ex filiae non revelabis : quia turpitude tua est. (10.)

Turpitudinem filiae uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, et est soror tua, non revelabis. (11.)

Turpitudinem sororis patris tui non discooperies : quia caro est patris tui. (12.)

Turpitudinem sororis matris tuae non revelabis, eo quod caro sit matris tuae. (13.)

(49) *Senatum (Claudius) ingressus decretum postulat, quo iustae inter patruos, fratrumque filias nuptiae etiam in posterum statuerentur. Neque tamen repertus est, nisi unus talis matrimonii cupidus, T. Alledius Severus, eques Romanus, quem plerique Agrippinae gratia impulsum ferebant. (Tacito. XII. § II.)*

Fratris filiam uxorem ducere licet; idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset; sororis vero filiam uxorem ducere non licet, et haec ita principalibus constitutionibus significantur. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. (Gayo. I. 62.)

hermana. Por otra parte, el matrimonio se prohibía entre el tío abuelo y la sobrina nieta, entre la tía abuela y el sobrino nieto, aunque estas personas estuviesen en cuarto grado ó más remoto; prohibición que se justificaba diciéndose que una de estas personas se hallaba en cierta manera, con relación á la otra, en lugar de un ascendiente, *parentum loco erant*.

63. Desde muy antiguo la Iglesia manifestó aversión por el matrimonio entre parientes. Eso fué al principio, nó el resultado de un razonamiento preciso ni el efecto de un principio cierto, sino más bien una doctrina instintiva. Los antiguos Padres, en efecto, para inculpar estos enlaces hablaban de uno como pudor natural y laudable, y no se limitaban á deducir consecuencia de los textos del Antiguo Testamento. Es verdad que San Agustín estableció un sistema ingenioso y elevado que hubo de prevalecer. En su *De civitate Dei* expone la doctrina de que el matrimonio debe ser plantel de amor, *seminarium charitatis* que, por la afinidad, debe unir á personas hasta entonces extrañas unas á otras; que, por lo mismo, sería contrario al objeto de la institución el matrimonio entre personas unidas ya por el parentesco. Pero no se puede afirmar que el razonamiento de San Agustín estuviese destinado á un fin jurídico. Lo que ejerció influencia decisiva sobre el curso del Derecho eclesiástico hasta la prohibición absoluta del matrimonio entre parientes, fue el pasaje del Levítico en que el principio se asienta en términos generales. Según un método familiar á los intérpretes eclesiásticos, separaban éstos el versículo vi de los versículos siguientes, que limitaban la regla; lo consideraron como un axioma absoluto, á lo menos como un ideal á que la ley nueva debía aspirar, si la antigua ley no había podido alcanzarlo. En fin, las afirmaciones de un empirismo grosero y popular sobre los defectos físicos de que adolecen los hijos habidos en matrimonio entre parientes, inspiraron también la reacción enérgica que operó la Iglesia contra tales enlaces.

64. La reacción cristiana, mientras duró el imperio del Occidente, no se manifestó sino por leyes imperiales, que obedecían á la influencia eclesiástica. Al principio una constitución del hijo de Constantino fué la que abrogó la ley expedida á favor de Claudio, según la cual el matri-

monio era permitido entre el tío y la hija del hermano. Posteriormente una ley de Teodosio el Grande prohibió el matrimonio entre primos hermanos. Esta constitución, que no ha llegado hasta nosotros, fué abrogada, á causa de la resistencia popular, por el Emperador Arcadio. Pero, aunque esta última ley del año 405 se promulgó en el Código de Justiniano (50), es cierto que no rigió en el Occidente; porque vemos en el Código Teodosiano una constitución del Emperador Honorio (año 409), según la cual el matrimonio entre primos hermanos se halla todavía prohibido, aunque bajo penas menos severas que antes, y salvo dispensa del Emperador.

65. Después de la caída del Imperio de Occidente, los concilios occidentales del siglo VI extendieron la prohibición del matrimonio hasta el sexto grado de la computación romana, ó hasta los hijos de primos hermanos, denominados *sobrinos propios*.

66. Pero en breve se estableció otro sistema, cuyo origen ya hemos visto, esto es, que el matrimonio debía prohibirse tanto como se extendía el parentesco. Ese principio fué declarado en el Concilio de Roma de 721 bajo el pontificado de Gregorio II (51). De esta doctrina provenía necesariamente un problema. ¿Había un límite legal para el parentesco ó se extendía indefinidamente, consistiendo la dificultad sólo en la prueba de los hechos?

El Derecho romano, en cuyo medio vivía la Iglesia, suministraba una solución sencilla; pues según el anterior á Justiniano, la *cognatio* ó parentesco proveniente de los vínculos de la sangre, se había limitado al séptimo grado de computación, en el sentido de que sólo hasta

(50) *Celebrandis inter consobrinos matrimoniis licentia legis huius salubritate indulta est : ut revocata prisci iuris auctoritate, restinctisque calumniarum fomentis, matrimonium inter consobrinos habeatur legitimum : sive ex duobus fratribus, sive ex duabus sororibus, sive ex fratre et sorore nati sunt : et ex eo matrimonio editi, legitimi, et suis patribus successores habeantur. (C. R. V. IV. 19.)*

(51) *Si quis de propria cognatione vel quam cognatus habuit, duxerit in uxorem, anathema sit, et responderunt omnes tertio : anathema sit. (C. IX.)*

ese grado cada uno de los parentescos se designaba con una denominación especial; y los parientes llamados por el *pretor* á la *bonorum possessio unde cognati* estaban comprendidos todos en los seis primeros grados, salvo dos personas pertenecientes al séptimo grado (52). De esos textos dedujeron los eclesiásticos que pasado el séptimo grado de computación romana, el parentesco no surtía ningún efecto legal, y, por ende, declararon que sólo hasta ese grado el matrimonio era prohibido entre parientes. Hé aquí cómo se introdujo en el Derecho canónico esa regla del séptimo grado, cuya determinación se manifiesta con mucha claridad.

El Derecho canónico no hubiera extendido la prohibición, si las relaciones de la Iglesia se hubiesen limitado á los pueblos de civilización romana; aserción que se confirma atendiéndose á que la Iglesia oriental, siempre dominada por el Derecho bizantino, esto es, por el Derecho romano, no estableció la prohibición del matrimonio sino hasta el séptimo grado de parentesco según la computación civil, y aun eso de una manera tardía y difícil.

67. Pero no paso lo mismo en Occidente, donde una gran parte de los fieles pertenecía á razas en que la civilización romana no había influido, en especial á la raza germanica. Esos pueblos, que habían llevado consigo y conservado sus costumbres, tenían, en cuanto á las sucesiones, para computar el parentesco, un método muy diverso del de los romanos.

Para no estudiar sino las tribus germánicas establecidas en el Imperio de Occidente, y aunque todavía no se conozca á ciencia cierta su sistema genealógico y hereditario, puede tenerse por averiguado que contaban por generaciones el parentesco, en línea recta ó colateral, atribuyendo un mismo grado de parentesco á cada uno de los que estaban separados del tronco por un mismo número de generaciones, bien se trate de un parentesco en línea recta ó en línea colateral. La tradición de esa manera de calcular se en-

(52) D. XXXVIII. IX. 1. § 3. Haec autem bonorum possessio, quae ex hac parte Edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum et natam.

cuentra muy clara en el siglo XI en el tratado de Petrus Damiani: *De gradibus parentelae*.

La Iglesia debía atender necesariamente á estos sistemas y á esta manera de calcular el parentesco, y aun los adoptó, como el método usual y popular, computando por generaciones; uso establecido ya en el siglo VIII.

La computación canónica es muy sencilla. Consiste, en la línea colateral, en subir del pariente A, cuyo grado de consanguinidad con el pariente B se quiere conocer, hasta el tronco común, contando tantos grados cuantas personas menos la del tronco común. Esto basta para determinar el derecho á la herencia, pues manifiesta con seguridad el pariente más próximo del difunto. Pero, aplicado al matrimonio, presenta inconvenientes, porque se trata de determinar el parentesco relativo á dos personas. Cuando están ellas á una misma distancia del tronco, porque pertenecen á una misma generación, no hay dificultad; pues la computación canónica sólo surte el efecto de duplicar en cierta manera la computación romana, contando uno ó dos grados cuando ésta cuenta dos ó cuatro, y así sucesivamente. Pero cuando los parientes por casarse están á distancia desigual del tronco común, la computación conduce á fijar á cada uno un grado distinto; y, entonces, el problema es difícil, si uno de los parientes pertenece á un grado excluido de la prohibición del matrimonio, al paso que el otro se halla comprendido en ese grado. Dos soluciones son posibles: ó atender sólo al grado más próximo de parentesco del tronco común, y declarar el matrimonio ilícito y nulo, ó, al contrario, no contar sino el grado de parentesco más remoto, declarando el matrimonio lícito y válido. Parece que al principio prevaleció la primera solución: es la que aplica el *Decretum Compendiense* en el siglo VIII, y la que sostiene Damiani en el siglo XI. Pero la solución contraria prevaleció definitivamente. Fué propuesta desde antiguo en la escuela; era una de las reglas para cuya exposición se aplicaba el *arbor consanguinitatis*, y se le daba la forma de axioma: *Quoto quis gradu distat a stipite toto distat a quolibet descendentium*.

La computación canónica que comprendía siete grados se había poco á poco establecido; pero, aunque aceptada en las costumbres, se impugnó desde el primer renaci-

miento de los estudios de Derecho romano. Esa impugnación se presentó en Italia en la segunda mitad del siglo XI, y nos es conocida por el opúsculo de Pedro Damiani *De gradibus parentelae*, en que se propuso combatir esa doctrina, y por la decretal de Alejandro II que la condena.

68. Tan extensa prohibición tenía gravísimos inconvenientes. Era imposible que no se violase con frecuencia, aun de buena fe, sobre todo entonces, cuando, de generación en generación, los miembros de una misma familia permanecían en un mismo lugar, y en que los matrimonios se efectuaban casi siempre entre familias vecinas. La prohibición del séptimo grado era una amenaza perpetua contra la estabilidad de los matrimonios. El impedimento podía manifestarse posteriormente, cuando la unión había durado muchos años, y el cónyuge descontento de su cónyuge podía con frecuencia, rastreando su origen, descubrir una causa de nulidad de matrimonio, que reemplazaba ventajosamente al divorcio. Hay ejemplos célebres, porque se refieren á reyes ó á príncipes; pero en las más humildes familias los mismos hechos podían repetirse. Era necesaria una reforma; y se efectuó en 1215 por el cuarto Concilio de Letrán, que suprimió tres grados prohibidos, restringiendo al cuarto grado la prohibición del matrimonio entre parientes (53). El Concilio manifestó que en esto había urgencia y utilidad evidentísima; pero la Iglesia no se decidió á esa reforma sin vacilación y sin pesar. Condenaba los principios por cuyo triunfo había luchado mucho tiempo invocando la ley natural ó la divina. El Concilio se justifica fundándose en la diferencia de los tiempos, y recordando el ejemplo de Cristo que modificó en ciertos puntos las disposiciones de la ley antigua.

69. El Concilio de Trento dejó subsistente el impedimento de consanguinidad, como lo había establecido el

(53) *Prohibitio quoque copulae coniugalis quartum consanguinitatis et affinitatis gradum de caetero non excedat; quoniam in ulterioribus gradibus non iam potest absque gravi dispendio huiusmodi prohibitio generaliter observari. (C. VIII. X. De Consang. IV. 14.)*

Concilio de Letrán, limitado al cuarto grado de computación canónica.

70. Para prohibir el matrimonio entre consanguíneos, ¿exige el Derecho canónico parentesco legítimo? No; como se funda sólo en los vínculos de la sangre, bastále el parentesco natural. En cuanto al parentesco paterno, presentaba algunas dificultades, según los principios del Derecho romano aceptados por el Derecho canónico. Si bien la ley civil declaraba que el *spurius* ó *vulgo conceptus* no tenía padre ni parientes paternos, no se atendió á esta objeción. El matrimonio se fundaba en el Derecho natural, y el parentesco natural era el que entraba en cuenta: la filiación paterna puramente natural, ó aun adulterina, y el parentesco de ella proveniente, se tomaba en consideración, siempre que pudiese probarse tanto por la opinión común como por la confesión de los esposos; pero si los esposos la negaban era menester dejar á su conciencia la decisión.

71. Hemos visto (nota 46), que según el art. 163 del Código de Napoleón se prohíbe el matrimonio entre el tío y la sobrina, la tía y el sobrino; y poderosísimas son las razones en que se fundó Portalis (54). Juzgamos pues que es inmoral el art. 5º de la ley chilena sobre matrimonio civil. Permítese el matrimonio entre personas que se hallan

(54) "El horror al incesto entre hermano y hermana y los afines en el mismo grado, se deriva del principio de la honestidad pública. La familia es el santuario de las costumbres, y en él debe evitarse con sumo esmero todo lo que pueda corromperlas. El matrimonio, á no dudarlo, no es corrupción, pero la esperanza de matrimonio entre personas que viven bajo un mismo techo, y que tienen tantas ocasiones de estar unidas, podrían encender deseos criminales y acarrear desordenes que deshonorarían la casa paterna, desterrarían la inocencia, y perseguirían la virtud hasta en su último asilo.

"Las mismas razones de honestidad pública nos han inducido á prohibir el matrimonio de tío con sobrina y de tía con sobrino. El tío hace con frecuencia veces de padre, y debe cumplir sus deberes.

"La tía no siempre es extraña á los cuidados de la maternidad. Los deberes del tío y las afecciones de la tía no podrán nunca conciliarse con el proceder menos serio que precede al matrimonio." (Locré. IV. 421. 21. 22.)

en tercer grado de consanguinidad, en la línea colateral. En esa ley, la verdad sea dicha, no se han consultado los principios de la ciencia.

II

Afinidad (*) (55).

72. La iglesia extendió en extremo, en cuanto al matri-

(*) Locré. IV. 314. art. 13.-331. 33. 34. 427. art. 11. 12.-491. 21. — Pothier. Mariage. 150-170. — Merlin. Empêchemens. § IV. art. IV. — Dalloz. Mariage. 222-226. — Vazeille. I. 104-113. — Duranton. II. 152-164. — Toullier. I. 534-538. — Laurent. II. 355. — Demolombe. III. 110-118. — Esmein. I. Part. I.^a Chap. II. n. V.-Part. II. Tit. II. Sect. III. n. IV. — Van. Espen. I. Tit. XIII. C. V. 25-30. — Covarruvias. II. Chap. V. § VII. — Kent. II. XXVI. 4. — Ciceron. Pro A. Cluentius. V.

(55) C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes..... :

1º. Cuando se ha contraído entre el padrastro y la entenada, ó el entenado y la madrastra.

C. P. Art. 142. No pueden absolutamente contraer matrimonio..... :

2º. Los afines en la misma línea de ascendientes y descendientes.

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio..... :

5º. La relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna.

C. A. Art. 66. El marido ó la mujer no pueden casarse con sus afines en los grados determinados en el artículo precedente.

P. IV. II. 17..... E cuñadia fasta el quarto grado, es la onzena cosa que embarga el casamiento; e lo desfaze, si fuere fecho.....

Inst. I. X. 6. Affinitatis quoque veneratione quarumdam nuptiis abstinendum est, ut ecce : *privignam* aut *nurum* uxorem ducere non licet, quia utraque filiae loco sunt.....

7. *Socrum* quoque et *novercam* prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt...

D. XXIII. II. 40. Aristo respondit, *privignae* filiam non

6. Por respeto de afinidad también hay mujeres con quienes no es lícito casarse : así no puede haber matrimonio con la entenada ni con la nuera, porque ambas están en lugar de hijas.....

7. Tampoco es permitido el matrimonio con la suegra ó la madrastra porque están en lugar de madre.....

40. Responde Aristo, que del mismo modo que se prohíbe

monio, los efectos de la afinidad, incurriendo en exageraciones semejantes á las de la consanguinidad.

El principal fundamento de esta reacción contra el Derecho romano se halla en las disposiciones de la ley judaica. El capítulo XVIII del Levítico contenía numerosas prohibiciones del matrimonio, fundadas en la afinidad. Prohibía el matrimonio entre afines en la línea recta (56) y en la línea colateral (57). Prohibía casarse con la hermana de la primera mujer, salvo cuando era obligatorio (58) aun con la mujer del tío paterno. Al principio la Iglesia no pensó sino en que los cristianos respetasen estas prohibiciones. Comenzó por prohibir el matrimonio con la hermana de la mujer premuerta y con el hermano del marido. En la segunda mitad del siglo IV obtuvo una ley secular (59), que prohibió estos matrimonios; prohibi-

magis uxorem duci posse, quam ipsam privignam.	contraer matrimonio con la hijastra, se prohibe con su hija.
--	--

(56) Turpitudinem uxoris patris tui non discooperies : turpitudinem enim patris tui est. (C. XVIII. 8.)

Turpitudinem patrui tui non revelabis, nec accedes ad uxorem eius, quae tibi affinitate coniungitur (14).

Turpitudinem uxoris tuae et filiae eius non revelabis. Filiam filii eius, et filiam filiae illius non sumes, ut reveles ignominiam eius : quia caro illius sunt, et talis coitus incestus est (17).

(57) Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis : quia turpitudinem fratris tui est. (C. XVIII. 16.)

(58) Quando habitaverint fratres simul, et unus ex eis absque liberis mortuus fuerit, uxor defuncti non nubet alteri : sed accipiet eam frater eius, et suscitabit semen fratris sui. (Deuteronomio. XXV. 5.)

(59) Fratris uxorem ducendi, vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam summovemus, nec dissoluto quocunque modo coniugio. (C. R. V. V. 5.)

Licet quidam Aegyptiorum idcirco mortuorum fratrum sibi coniuges matrimonio copulaverint, quod post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrati scilicet (quod certis legum conditoribus placuit) cum corpore non convenerint, nuptias non videri (re) esse contractas; et huiusmodi connubia tunc temporis celebrata, firmata sunt : tamen praesenti lege sancimus, si quae huiusmodi nuptiae contractae fuerint, eas earumque contractores, et ex his progenitos, antiquarum legum tenori subiaccere, nec ad exemplum Aegyptiorum (de quibus supra dictum est) eas videri fuisse firmas, vel esse firmandas (8).

ción repetida muchas veces por los emperadores cristianos, y renovada por la Iglesia en concilios particulares. En los siglos V y VI prohibió el matrimonio con la viuda del tío, *patruus* ó *avunculus*; y si bien se habían extendido en extremo los efectos de la afinidad, su noción misma no se había transformado.

La transformación se efectuó en el siglo VIII. El Concilio de Roma de 721 contiene la regla general de que ningún hombre puede casarse con su parienta ó con la mujer de uno de sus parientes (60). ¿Cómo se estableció esa regla? Aplicándose una idea formulada por san Agustín, esto es, que consumado el matrimonio, los dos cónyuges son una sola y misma carne. Como la *cópula* ha mezclado la sangre y confundido las personas, el parentesco del uno se comunica á la otra en forma de *affinitas*.

De esta nueva doctrina se dedujeron tres consecuencias, que, tarde ó temprano, el Derecho canónico aplicó con inflexible lógica :

1ª. No siendo la afinidad sino el parentesco que uno de los cónyuges comunica al otro, debió extenderse tanto como la consanguinidad, contarse como ésta por grados (61) y constituir, en los mismos casos, un impedimento dirimente del matrimonio. Así siguió el mismo curso ascendente, subiendo hasta el quinto y sexto grado de la computación canónica, para permanecer, como la consanguinidad, en el séptimo, y bajar después hasta el cuarto :

Ab incestiis nuptiis universi, qui nostro reguntur imperio, noverint temperandum ; nam rescripta quoque omnia, vel pragmaticas formas aut constitutiones impias, quae quibusdam personis tyrannidis tempore permiserunt scelesto contubernio matrimonii nomen imponere, ut fratris filiam, vel sororis, vel eam, quae cum fratre quondam nuptiali iure habitaverat, uxorem legitimam turpissimo consortio liceret amplecti, aut ut alia huiusmodi committerentur, viribus carere decernimus: ne dissimulatione culpabili nefanda licentia corroboretur (9).

(60) Si quis de propria cognatione vel quam cognatus habuit duxerit in coniugium, anathema sit.

(61) Sane consanguinitas quae in proprio viro conservanda est, haec nimirum in uxoris parentela de lege nuptiarum custodienda est. Quia constat eos duos fuisse in carne una, ideoque communis illis utraque parentela credenda est, sicut scriptum est : Erunt duo in carne una. (Concil. de Maguncia. c. 847. C. XXX.)

2°. La afinidad no provenía sino de la *copula carnalis*; ésta era el elemento que la originaba, como lo dicen las definiciones clásicas de la afinidad. De lo cual deducíase también que surtía efecto, ya en el estado de matrimonio, ya fuera del matrimonio. Si dos personas no casadas habían tenido relaciones sexuales, inmediatamente los consanguíneos de la una eran afines de la otra; por tanto se prohibía el matrimonio de una de ellas y sus nuevos afines. Esto es lo que se llama *affinitas ex copula illicita*.

¿Cuándo se introdujo esta regla, que si bien lógica, era muy imprudente en el punto de vista jurídico? Parece que las primeras huellas se encuentran en una decretal pseudo-isidoriana (62), que lleva el nombre del Papa Gregorio; regla aceptada en las Galias el año 960.

3°. Si la *affinitas* resultaba de las relaciones extraconyugales, en sentido inverso no provenía del matrimonio mismo mientras no se hubiese consumado. Á pesar de algunas divergencias, esta es la doctrina que se estableció; pero fué corregida porque los esponsales formaban por sí mismos un impedimento dirimente que, diverso de la afinidad, obstaba al matrimonio de uno de los esposos con los consanguíneos del otro: el impedimento *publicae honestatis*.

73. No se detuvo ahí el derecho canónico. La afinidad de que ya hemos hablado era, según los canonistas, el *primum genus affinitatis*. Conocíanse otras dos especies, *secundum et tertium genus affinitatis*; las cuales no eran sino una nueva aplicación del principio de la *unitas carnis*, una difusión de la afinidad misma.

Cuando una de las dos personas unidas por la afinidad se casaba ó pasaba á segundas nupcias, su cónyuge se hallaba en el mismo parentesco con los primeros afines. Deducíase, pues, que el marido, por ejemplo, tenía por afines no solamente á todos los consanguíneos de la mujer, sino también á los afines de ésta. *Iure canonico*, los maridos

(62) "Nec aliquam quam quis ex propria consanguinitate coniugem habuit vel aliqua illicita pollutione maculavit in coniugium ducere ulli profecto christianorum licet vel licebit." (Decretales Pseudo-isidorianae. p. 751.)

de dos hermanas eran entre sí afines, así como las mujeres de dos hermanos. En fin, si moría la mujer del cónyuge de mi consanguínea, no solo conservaba él respecto de mí el parentesco de afinidad, sino que, si volvía á casarse, transmitía el propio parentesco á su nueva mujer, que era igualmente mi parienta de afinidad. Esta era el *secundum genus affinitatis*. Era impedimento del matrimonio: dirimente sólo en los tres primeros grados, é impidiente en el cuarto. La *affinitas secundi generis* podía, como la *affinitas primi generis*, resultar de las relaciones ilícitas así como del matrimonio consumado. Cuando un hombre había tenido sucesivamente relaciones con dos mujeres, sin casarse con ellas, los parientes en tercer grado de la primera mujer no podían casarse con la segunda.

El *tertium genus* suponía una hipótesis todavía más complicada. Si se casaba un consanguíneo de mi mujer, su cónyuge era mi afín *secundi generis*; y si, disuelto el matrimonio por la muerte del consanguíneo, el cónyuge sobreviviente contraía segundo matrimonio y lo consumaba, á consecuencia de la *unitas carnis* transmitía á su segundo cónyuge la afinidad que tenía conmigo; el segundo cónyuge era mi pariente *tertio genere affinitatis*. El *tertium genus* era impedimento para el matrimonio sólo hasta el segundo grado, y, como los otros dos, también provenía de las relaciones ilícitas.

Por último, había otra especie de afinidad. Cuando una viuda pasaba á segundas nupcias, no sólo tenía afinidad con los consanguíneos de su primer marido, y transmitía esa calidad al segundo esposo, sino que los hijos nacidos del segundo matrimonio no podían casarse con los consanguíneos del primer marido hasta el cuarto grado, y esta afinidad provenía asimismo tanto de las relaciones ilícitas como del matrimonio consumado.

74. Hé aquí la red de complicaciones y sutilezas que poco á poco se había formado; pero no se detuvo ahí el Derecho canónico. Desde el principio había atendido éste á las relaciones adúlteras de uno de los cónyuges con un pariente próximo del otro cónyuge, y el sínodo de Verbería facultaba, en este caso, al cónyuge engañado para divorciarse y volverse á casar. Pero esto no pudo subsistir cuando triunfó la regla de la absoluta indisolubilidad del

vínculo conyugal. Un resultado equivalente se obtuvo por un razonamiento extremo, fundado en la teoría de la afinidad. Cuando un marido tenía relaciones sexuales con una parienta de su mujer, juzgábase que en virtud de esa cópula venía á ser pariente de afinidad de su consorte, como lo hubiera sido á no preceder el matrimonio, y el mismo razonamiento se produjo en cuanto á la mujer que tenía relaciones con un pariente del marido. Esto se llamó la *affinitas superveniens ex copula illicita*. Entonces se preguntó si el matrimonio podía subsistir en estas circunstancias. Si, en efecto, el cónyuge había conocido á un consanguíneo de su cónyuge en un grado en que se prohibía el matrimonio, las cosas se hallaban como si el matrimonio hubiera sido imposible y nulo. Primeramente se decidió que debía ordenarse la separación del cónyuge culpado; y se trataba de una verdadera disolución y nulidad del matrimonio; de donde la consecuencia que el cónyuge inocente quedaba libre y podía casarse de nuevo. Eso es tanto menos dudoso cuanto que la *Collectio prima* principiaba por reproducir, con un título erróneo, el decreto del Concilio de Verberia, que en este caso facultaba para el divorcio, y las decretales de Alejandro III sólo prohibían nuevo matrimonio al cónyuge culpado. Tal era la doctrina que, si bien para contradecirla, presentaba Bernardo de Pavía. Por último, las decretales restringen la separación necesaria al caso en que el adulterio hubiese sido público ó cometido con una persona parienta del cónyuge en el primero ó segundo grado. En los otros casos, se declaró lícita la continuación de las relaciones conyugales entre los esposos. En fin, se admitió sin distinción que el matrimonio subsistía aun *quoad thorum* en beneficio del cónyuge inocente, que no podía ser privado de sus derechos á causa del mal proceder del otro esposo.

75. Aun restringida en este punto, la teoría de la *affinitas* había adquirido una extensión que no podía conservarse. Más necesaria era la reforma en esta materia que acerca de la consanguinidad, y efectuóse al mismo tiempo en el cuarto Concilio de Letrán, en 1215. El Concilio suprimió radicalmente el *secundum* y el *tertium genus affinitatis*. En cuanto á la *affinitas primi generis*, no fué un impedimento dirimente sino hasta el cuarto grado.

76. El Concilio de Trento decidió que la *affinitas ex copula illicita* no sería impedimento dirimente sino hasta el segundo grado (63).

En vista del canon del Concilio, se ha investigado si esa afinidad, en tercero ó cuarto grado, debe considerarse como impedimento impediante. Una decisión de Pío V *motu proprio* (64), ha declarado en sentido contrario. Habiéndose suprimido el impedimento dirimente, no ha dejado éste ninguna huella.

III

Parentesco espiritual (*) (65).

77. La *cognatio spiritualis* se deriva de los sacramentos del bautismo y la confirmación. El bautismo fué el origen de un parentesco especial, porque daba al bautizado nueva vida : la vida espiritual y cristiana; y por eso tal parentesco se consideró superior al parentesco de consanguini-

(63) Praeterea sancta Synodus eisdem, et aliis gravissimis de causis adducta, impedimentum, quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, et Matrimonium postea factum dirimit, ad eos tantum, qui in primo, et secundo gradu coniunguntur, restringit. In ulterioribus verò gradibus statuit, huiusmodi affinitatem Matrimonium postea contractum non dirimere. (Concil. Trident. Ses. XXIV. C. IV.)

(64) " Declaramus et auctoritate apostolica decernimus nullum hodie impedimentum remanere quominus in ulterioribus gradibus huiusmodi libere et licite matrimonium contrahi possit. "

(*) Pothier. Mariage. 173-203. — Esmein. I. Part. II. Tit. II. Chap. I. Sect. III. n. III. — Covarruvias. II. Chap. V. § IV.

(65) P. IV. II. 12... Otrosí el parentesco espiritual, que es entre los compadres, e los padrinos con sus afijados, embarga el casamiento, ante que lo fagan, e si es fecho deuenlo desfazer. Ca el compadre no deue casar con su comadre, nin el padrino con su afijada; nin el afijado, o el afijada, con el fijo, nin con la fija de su padrino, o de su madrina : ca son hermanos espirituales.

C. R. V. IV. 26. Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda : quam aliquis, sive alumna sit, sive non, a sacrosancto suscepit baptismate : cum nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem: et iustam nuptiarum prohibitionem, quam huiusmodi nexus, per quem Deo mediante animae eorum copulatione sunt.

dad. Como la confirmación consolidaba y complementaba el bautismo, se le atribuían naturalmente los mismos efectos. Se pensó primeramente en considerar al padrino como el padre espiritual del bautizado. El bajo latín y las lenguas neolatinas han conservado la huella claramente en las palabras *patrinus*, *filiolus*. El parentesco espiritual, para imitar mejor el parentesco natural, se presentó también bajo la forma de una relación entre hermanos, *fraternitas*, y, en fin, de la combinación de esos dos parentescos nació el tercero, verdadero monstruo jurídico, la *compaternitas*. Ese desarrollo, que había principiado por una idea simple y casi popular, se terminó por combinaciones complicadas y escolásticas; pues el espíritu teológico se había apropiado de las premisas, y con una dialéctica abstracta, tenaz y sutil, dedujo consecuencias extremas, sin investigar si eran conformes á la razón. Para que ese parentesco ficticio surtiese efectos en la teoría del matrimonio, la doctrina tuvo por otra parte un punto de apoyo en la teoría romana de la adopción. De las decisiones romanas sobre el parentesco adoptivo argumentó Nicolás I, cuando quiso explicar á los búlgaros por qué la *cognatio spiritualis* es un impedimento del matrimonio: compara el acto del padrino á una adopción contraída ante Dios (66), y el mismo razonamiento hace el papa Pascual II.

Al examinar la *cognatio spiritualis* en sus relaciones con el matrimonio, no hablaremos sino del bautismo, pues todo lo que se dice respecto de éste es aplicable á la confirmación.

En la ley secular aparece primeramente la *paternitas spiritualis* como un impedimento del matrimonio. Justiniano prohibió el matrimonio entre el padrino ó la madrina y el ahijado ó la ahijada (a).

(66) "Ita diligere debet homo eum qui eum suscipit de sacro fonte, sicut patrem; quinimo quanto praestantior est spiritus carne, quod illud spiritale est patrociniū et secundum Deum adoptio, tanto magis spiritualis pater in omnibus est a spiritale filio diligendus... Longe congruentius filius patris mei vel frater meus appellatur is quem divina gratia quam quem humana voluntas, ut filius eius vel frater meus esset, elegit".

(a) Véase la nota 17.

La *filiatio spiritualis* existía no solamente entre el ahijado y el padrino, sino también entre el ahijado y la mujer del padrino, siempre que ésta hubiese sido *prius cognita*. Era una consecuencia del principio de la *unitas carnis*, que surtía muchos efectos en esta materia del parentesco espiritual. Por consecuencia, el ahijado no podía casarse con la viuda del padrino.

¿Era eso jurídico, y entre qué personas había entonces parentesco espiritual?

Llamábase *compaternitas* la relación que establecía el Derecho canónico entre el padre y la madre de un niño bautizado y los que llegaban á ser por el bautismo sus padres espirituales. Se les denomina respectivamente *compater* y *commater*. Aquí el parentesco espiritual creaba relaciones que no imitaban á la naturaleza.

En el pueblo esa relación tomó desde antiguo grande importancia, y las denominaciones de *compadre* y *comadre*, tan familiares, son la prueba de ello. En oriente es donde aparece por primera vez prohibido el matrimonio entre el compadre y la comadre; en 692 el Concilio *in Trullo* redactó en estos términos su canon 53: "Como el parentesco espiritual es superior á los vínculos carnales, y sin embargo hemos sabido que en algunos pueblos ciertas personas después de ser padrinos en el bautismo de los hijos se casan con las madres de ellos ya viudas, prohibimos que esto se efectúe en lo sucesivo". En occidente la prohibición solemne se efectuó en el Concilio de Roma del año 721 en el tiempo de Gregorio II (67). Tal regla presentó entonces grave resistencia de parte de san Bonifacio, que, en sus Epístolas escritas en 735, la considera como una novedad contraria á las antiguas instituciones de la Iglesia.

Se trató aún de averiguar si el matrimonio podía subsistir cuando uno de los dos cónyuges era padrino del hijo que el otro cónyuge había tenido en matrimonio precedente, ó aun del hijo común. Los cónyuges habían llegado á ser *compater* y *commater*, y, por consecuencia, se

(67) "Si quis commatrem spiritualem in coniugium duxerit, anathema sit."

habían colocado en la misma situación que si ésta hubiese precedido al matrimonio; el cual hubiera sido imposible y nulo. ¿No era necesaria la separación aunque el matrimonio fuese anterior? Se pensó en eso antiguamente, y tomándose al pie de la letra resultaba entonces una *separatio* de los cónyuges, esto es la nulidad del matrimonio y el derecho de cada uno de ellos para casarse de nuevo. Pero como eso pugnaba con la indisolubilidad del vínculo conyugal, hubo una primera reacción, manifestada por el *Decretum Compendiense*. Pareció, sí, absolutamente inadmisibles que subsistiesen relaciones sexuales entre dos personas unidas por el parentesco espiritual; se separó á los cónyuges que habían llegado á ser *compater* y *commater*; pero se les prohibió contraer nuevo matrimonio. Era una solución poco satisfactoria, y vino á triunfar una opinión más razonable, que conservó el vínculo del matrimonio y la prestación del deber conyugal; opinión que adquirió fuerza de ley por una Decretal de Alejandro III.

78. El Concilio de Trento reformó el derecho antiguo en los puntos siguientes (68) :

(68) Docet experientia, propter multitudinem prohibitionum, multoties in casibus prohibitis ignoranter contrahi Matrimonia, in quibus, vel non sine magno peccato perseveratur; vel ea non sine magno scandalo dirimuntur. Volens itaque sancta Synodus huic incommodo providere, et à cognationis spiritualis impedimento incipiens, statuit ut unus tantum, sive vir, sive mulier iuxta sacrorum canonum instituta, vel ad summum unus, et una baptizatum de Baptismo suscipiant; inter quos, ac baptizatum ipsum, et illius patrem, et matrem necnon inter baptizantem, et baptizatum, baptizatique patrem, ac matrem tantum spiritualis cognatio contrahatur. Parochus, antequam ad baptismum conferendum accedat, diligentur ab iis, ad quos spectabit, sciscitetur, quem, vel quos elegerint, ut baptizatum de sacro fonte suscipiant; et eum, vel eos tantum ad illum suscipiendum admittat; et in libro eorum nomina describat; doceatque eos, quam cognationem contraxerint, ne ignorantia ulla excusari valeant. Quòd si alii ultra designatus, baptizatum tetigerint: cognationem spiritualem nullo pacto contrahant: constitutionibus, in contrarium facientibus, non obstantibus. Si parochi culpa, vel negligentia secus factum fuerint, arbitrio Ordinarii puniatur. Ea quoque cognatio, quae ex Confirmatione contrahitur, confirmantem, et confirmatum illiusque patrem, et matrem ac tenentem

1°. El número de las personas entre quienes puede nacer la *cognatio spiritualis*, y, por consecuencia, el impedimento se ha restringido de hecho, en cuanto no puede admitirse en cada bautismo sino un padrino y una madrina, y si, á pesar de esta prohibición, otras personas toman al niño en la pila bautismal, no surte ello efecto en cuanto al parentesco :

2°. El parentesco espiritual se restringe considerablemente. Suprímese la *fraternitas*, la *cognatio*, y, por consecuencia, el impedimento dirimente no subsiste sino entre estas personas : el padrino y la madrina con el bautizado y su padre y madre ; entre el bautizante, el bautizado y su padre y madre :

3°. En el acto del bautismo, el sacerdote debe advertir á los interesados el vínculo de parentesco espiritual que contraen y sus consecuencias :

4°. El parentesco espiritual proveniente de la confirmación se restringe de la misma manera que el parentesco producido por el bautismo.

En cuanto á la *cognatio spiritualis*, la Congregación del Concilio ha expedido dos decisiones notables :

1°. Cuando el padrino es representado en el bautismo por procurador, el mandante es el que contrae el parentesco espiritual ; y

2°. Si un niño ha sido válidamente bautizado, aunque sin las ceremonias de costumbre, y después se efectúan ellas, la persona que figura como padrino ó madrina, no contrae parentesco espiritual.

IV

Parentesco de pública honestidad (*) (69).

79. Los *sponsalia de futuro* originaban impedimento

non egrediatur : omnibus inter alias personas huius spiritualis cognationis impedimentis omnino sublatis. (Ses. XXIV. C. II).

(*) Pothier. Mariage. 212-221. — Esmein. I. Part. II. Chap. I. n. I.-II. Part. III. Chap. V. Sect. I. n. I.

(69) P. IV. II. 17. Publicae honestatis iustitia, tanto quier

dirimente: uno de los esposos no podía casarse con los consanguíneos del otro. Esto se llamaba la *publica honestas* ó *iustitia publicae honestatis*; denominación que provenía de las expresiones usadas por las leyes romanas, al prohibir al hijo casarse con la esposa del padre y al padre casarse con la esposa del hijo; pero el impedimento no se funda en el Derecho romano, y tiene su historia especial.

Heimar de Reims no aceptaba ni conocía sino el impedimento proveniente de la afinidad, la cual supone el matrimonio consumado y la *unitas carnis*. Tal era también la teoría expuesta en la epístola del Papa Benito; la cual forma el canon 18, C. XXVII qu. 2. Textos antiguos, empero, unos atribuidos á Gregorio el Grande y otros al Concilio de Tribur, prohibían expresamente el matrimonio con la *sponsa* de un pariente, aun cuando éste hubiese muerto sin haberla conocido. Ibón Carnotense juzga que la *desponsatio* surte la mayor parte de los efectos del matrimonio, y enuncia otra idea, que debía aceptarse, según la cual el impedimento provenía, no de la afinidad que nace de los esponsales, sino de los peligros é inconvenientes prácticos de la solución contraria. Pedro Lombardo, fiel á las ideas antiguas y lógico en su sistema, originó el impedimento sólo de los *sponsalia* de presente, y no de los *sponsalia* de futuro. Graciano, al contrario, juzgó que ese impedimento provenía del *matrimonium initiatum*, y lo derivaba por consecuencia así de los esponsales como del matrimonio celebrado, y esta doctrina es la que prevaleció. Pero, como al mismo tiempo, la idea de la afinidad se había restringido y determinado, distinguióse claramente el impedimento *affinitas* del fun-

dezir en romance, como derecho que deve ser guardado por honestidad de Santa Iglesia e del Pueblo. E esta es la dezena cosa, que embarga el casamiento.

D. XXIII. II. 42. Semper in conjunctionibus non solum quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit.

XXIII. II. 12. § 1. Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur.

§ 2. Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur.

dado en la *publica honestas*, y se explicó este último sólo por consideraciones de moral y decoro.

Quedaba por determinarse la extensión del impedimento. Los textos en que se fundaba no le ponían límites, esto es, vedaban que los parientes de un esposo se casasen con el otro. Pero el entenderlo así era absurdo; pues que se habría dado á la *publica honestas* mayor extensión que á la afinidad y consanguinidad. Restringióse, pues, á los grados en que se prohibía el matrimonio entre parientes; pero se originó otra dificultad más grave.

Los esponsales de donde provenía el impedimento no eran, como el matrimonio, completamente indisolubles; podían, al contrario, disolverse por muchas causas. ¿Debía decidirse entonces que disueltos los esponsales, se extinguía el *impedimentum publicae honestatis*? Decidióse que no, y eso era muy razonable, porque se hubieran presentado los mismos peligros que el legislador se propuso evitar. Aun se aumentó la severidad, y, contraviniéndose á las reglas de la lógica, decidióse que cuando los *sponsalia* no *condicionales* hubiesen sido nulos en su origen, por cualquier otra causa que la falta de edad ó de consentimiento, surtían, de una manera definitiva, el impedimento *publicae honestatis*. Tan rigurosa doctrina no se estableció en la Iglesia sin resistencia; pues santo Tomás de Aquino profesaba una doctrina opuesta, pero era un principio reconocido en tiempo de Alejandro III.

80. El Concilio de Trento restringió las prohibiciones provenientes de los esponsales, modificándolas en dos puntos: 1º. Los esponsales nulos por cualquier causa no originaban impedimento; y 2º. No se prohibió el matrimonio sino entre un esposo y los parientes en primer grado del otro (70).

Pero el Concilio no alteró el Derecho antiguo en cuanto á los esponsales válidos y disueltos; pues subsiste el impedimento, aunque reducido al primer grado de consanguini-

(70) *Iustitiae publicae honestatis impedimentum, ubi sponsalia quacumque ratione valida non erunt, sancta Synodus prorsus tollit; ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedat: quoniam in ulterioribus gradibus iam non potest huiusmodi prohibitio absque dispendio observari. (Concil. Trident. Sess. XXIV. C. III.)*

dad ó afinidad. Eso es lo que declaró la Congregación del Concilio en una decisión aprobada por Alejandro VII (71). Sobre la interpretación del texto del Concilio, se ha suscitado un problema difícil, referente al impedimento que nace de los *sponsalia per verba de futuro*. ¿Aplicanse al matrimonio no consumado las modificaciones del Derecho anterior? Presentóse en breve el problema, y triunfó, casi sin resistencia, la opinión de que el impedimento quedaba sujeto al Derecho anterior al Concilio. Fundábase la decisión en que entonces la *publicae honestatis iusticia* tenía un carácter muy especial; pues reemplazaba á la *affinitas*, cuyas reglas debía seguir. Pero si esa interpretación fué aceptada, al aplicarla se han distinguido varios casos.

Decidióse en primer lugar que el impedimento proveniente de matrimonio válido y no consumado no se restringe como el que nace de los esponsales; pues se extiende hasta el cuarto grado. Tal es la jurisprudencia de la Congregación del Concilio, y lo mismo declaró implícitamente Pío V (72).

Investigábase además si el impedimento provenía también de un matrimonio no consumado, cuando éste se declaraba nulo por otra causa que la falta ó vicio del consentimiento. Decidióse asimismo que el impedimento existía, extendiéndose hasta el cuarto grado de parentesco.

En fin, se dudaba si el impedimento nacía de un matrimonio nulo por clandestinidad, contraído *sine parochi et testibus*. Parecía preferible la negativa, pues tal matrimonio no tiene ni el valor de esponsales y no puede, como matrimonio, surtir ningún efecto. Sin embargo prevaleció la opinión contraria, decidiéndose que existía el impedimento y se extendía hasta el cuarto grado.

(71) C. IV. X. De Spons. IV. 1.

(72) "Hoc impedimentum iustitia publicae honestatis, oriens ex matrimonio rato et non consummato, non restringitur ad primum gradum, iuxta c. III, sess. XXIV, De Reform. matr., sed extenditur ad quartum loquendo saltem de matrimonio valido; si enim ex allegata constitutione 62 Pii V impedimentum hoc preventum a matrimonio rato et non consummato durat in omnibus illis casibus ubi de iure veteri ante concilium Tridentinum introductum erat."

V

Parentesco civil (*) (73).

81. La *cognatio legalis*, que proviene de la adopción, fué imitada del Derecho romano por el Derecho canónico, y el impedimento no data sino desde que renacieron los estudios del Derecho romano en la edad media. Si bien un texto del siglo IX, la célebre respuesta de Nicolás I *ad consulta Bulgarorum*, menciona el parentesco civil como efecto de la adopción, se limita á referirse á la legislación secular, y justifica, por ese ejemplo, la prohibición del matrimonio introducida por la Iglesia á causa de la *cognatio spiritalis*. En el decreto de Graciano se halla sobre esta materia, además de la carta de Nicolás I, un pasaje del Digesto y una decretal de Pascual II, que se refiere á la ley romana.

En Derecho romano la adopción originaba parentesco civil ó agnación : el adoptado llegaba á ser agnado de todos los agnados de su padre adoptivo. Es verdad que ese parentesco civil formado por la adopción se extinguía con la emancipación; pero, mientras duraba, producía también la *cognatio*. Siendo esta última un impedimento al matrimonio entre parientes, el parentesco adoptivo impedía el matrimonio en los mismos casos. Según el Derecho romano á veces surtía efectos aún después de extinguido. Así, los que por el parentesco adoptivo habían entrado en las relaciones de ascendientes y descendientes, nunca podían contraer matrimonio unos con otros aun cuando el parentesco civil, que los había ligado, se hubiese extinguido con

(*) Pothier. Mariage. 171. 172.—Esmein. I. Part. II. Tit. II. Chap. I. Sect. III. n. II.

(73) C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efectos en los casos siguientes... :

11° Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, ó entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, ó la mujer que fue esposa del adoptante.

C. P. Art. 142. No pueden absolutamente contraer matrimonio... :

4º. El adoptante con la persona adoptada, y ninguno de ellos con el cónyuge viudo del otro.

la emancipación. En la línea colateral, al contrario, el parentesco adoptivo no obstaba al matrimonio sino mientras subsistía.

El Derecho canónico, aceptando esas reglas, declaró que el parentesco adoptivo era impedimento dirimente. Los canonistas lo presentaban en dos formas. La una, el parentesco en línea recta, *quasi ascendentium vel descendentium*; la consideraban como los jurisconsultos romanos: entre el ascendiente adoptivo y el descendiente adoptivo había impedimento perpetuo y dirimente, aun cuando la adopción hubiese cesado. La otra, el parentesco colateral, *alia quasi ex latere venientium*. Según los canonistas éste no era sino un impedimento temporal, que se extinguía por la emancipación.

El matrimonio era prohibido entre el hijo legítimo ó natural y el hijo adoptivo; ¿pero lo era también entre este último y el hijo meramente ilegítimo del adoptante? Podía dudarse; porque faltaba entre ellos el vínculo que unía á los primeros, la familia civil. Pero prevaleció la solución contraria, bien porque se decidiese que el hijo legítimo no podía contraer matrimonio con la hija espiritual del padre, la cual era como hija adoptiva, bien porque el hijo adoptivo, *durante adoptione*, era asimilado á un hijo legítimo. Declarábase prohibido el matrimonio entre dos hijos adoptivos de un mismo padre. Pero el problema más grave y fundamental que presentaba la *fraternitas legalis* era el de saber si constituía un impedimento dirimente ó solo impediante. Al principio habían sostenido algunos doctores que no podía constituir impedimento dirimente, porque el impedimento no era perpetuo y podía extinguirse por la emancipación. Pero la opinión contraria prevaleció.

V

Crimen (*) (74).

82. Es un problema difícil de resolver si el matrimonio

(*) Locré. V. 160. 5-7.-255. 19.-311. 33.-335. 17.—Pothier. 231-240.—Maynz. § 305.—Esmein. I. Part. II. Tit. I. Chap. I. Sect. III. § V.—Van Espen. I. Part. II. Tit. XIII. Cap. VII.

(74) Ley sobre matrimonio civil. Art. 6. El cónyuge sobrevi-

puede permitirse entre el cónyuge adúltero, que después queda libre, y su cómplice. Las legislaciones bárbaras su-

viente no podrá contraer matrimonio con el asesino ó cómplice en el asesinato de su marido ó mujer.

Art. 7. La mujer no podrá contraer matrimonio con su correo en el delito de adulterio.

C. de N. Art. 298. Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra se marier avec son complice. La femme adultère sera condamnée par le même jugement et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années.

298. En el caso de divorcio declarado en juicio por causa de adulterio, el cónyuge culpado no podrá casarse nunca con su cómplice. La mujer adúltera será condenada en la misma sentencia, y a petición del ministerio público, á reclusión en una casa correccional por un tiempo determinado, que no podrá ser menor de tres meses ni exceder de dos años.

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes..... :

7º. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su complice, siempre, que antes de efectuarse el matrimonio, se hubiere declarado en juicio, probado el adulterio :

8º. Cuando uno de los contrayentes ha matado ó hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior.

C. P. Art. 142. No pueden absolutamente contraer matrimonio... :

8º. La persona que mató á uno de los cónyuges, ó fué cómplice en su homicidio, con el cónyuge sobreviviente.

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio... :

VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados, para casarse con el que queda libre.

C. A. Art. 67. Es nulo el matrimonio entre dos personas que han sido condenadas por adulterio común antes de la celebración del matrimonio.

Art. 68. Lo mismo se aplica si uno de ellos ha atentado contra la vida del marido ó de la mujer del otro para poder casarse, aun cuando el crimen no se hubiere consumado.

P. IV. II. 14. Matan a las vegadas algunos omes a sus mujeres sin razon, e sin derecho. E porque Santa Eglefia entendio, que este pecado era muy grande, por esso defendio, que el que assi lo fiziesse que non podiesse cassar. Otrosi, el que lleuasse

primían fácilmente esa dificultad, imponiendo la pena de muerte á la mujer adúltera y prescindiendo del adulterio del marido. Pero como en los pueblos civilizados se castiga ese delito con penas mucho menos severas, el problema se plantea necesariamente. Permitiéndose tales matrimonios se teme rehabilitar el adulterio, ó que el cónyuge culpado, para libertarse del otro, cometa un crimen; prohibiéndolo, hay el peligro de impedir, sin interés positivo, que vuelvan los cónyuges á un estado regular y legal.

83. El derecho romano había adoptado en tiempo de Augusto una solución original. Prohibía que la mujer adúltera se casara; prohibición que, como absoluta, no se restringía al cómplice; y para que surtiese efecto era necesario que la mujer fuese condenada por adulterio. Sólo en la legislación de Justiniano se expiden leyes que impiden el matrimonio de la mujer adúltera con su cómplice.

84. Los canonistas tenían por cierto que desde antiguo la Iglesia había prohibido, por una disposición general, tales matrimonios; y en efecto es una máxima que se recuerda frecuentemente en los cánones, y que forma el epígrafe de un título en las colecciones de las Decretales: *Ut nullus copulet matrimonio, quam prius polluit adulterio*. Pero esta regla parece haber sido mera aplicación del principio, más general, de que nadie debía casarse con una mujer condenada por adulterio. Al mismo tiempo era una regla susceptible de fácil dispensa, y con el tiempo debió

esposa, por fuerza, de otro, si yoguiesse con ella, non deue casar.....

D. XXXIV. IX. 13. Claudius Seleucus Papiniano suo salutem. Maevius in adulterio Semproniae damnatus, eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem, qui moriens heredem eam reliquit; quaero, an iustum matrimonium fuerit, et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi, neque tale matrimonium stare, neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, sed quod relictum est, ad fiscum pervenire. Sed etsi talis mulier virum heredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus.

XLVIII. V. 11. § 11. Licet ei mulier, qui in suspicionem adulterii incidit, nupsisse dicatur, non ante accusari poterit, quam adulter fuerit convictus.

caducar. Permitióse, pues, á la mujer adúltera, cuando libre, casarse con el cómplice, y fué la doctrina cierta del Derecho canónico. Pero si el adulterio mismo dejó de ser un impedimento, aun prohibitivo; en dos casos el adulterio calificado fué impedimento dirimente: las escuelas lo designan con las expresiones *crimen*, *criminis enormitas*.

85. El primer caso consiste en que un cónyuge adúltero maquina la muerte de su cónyuge, para quedar libre. Previoóse por primera vez esta hipótesis en un capítulo del *Decretum Vermeriense*, el cual supone una mujer que maquina con otros hombres la muerte del marido, y éste, defendiéndose, mata á alguno de los criminales. Si el marido podía probar la complicidad de la mujer, tenía derecho á repudiarla y casarse con otra. En cuanto á la mujer culpada, se le prohibía todo matrimonio. Pero si esta disposición daba la idea del impedimento que examinamos, todavía no lo especificaba; lo cual se efectuó en 845, en el Concilio de Meaux. Este Concilio asentó primeramente la regla de que el cónyuge adúltero no debía casarse con su cómplice después de la muerte del cónyuge engañado; pero atempera este rigor diciendo que si tal unión se ha contraído después de una penitencia pública, puede ser tolerada, en virtud de una *dispensatio* útil é indulgente. Pero si bien no se concedía tal *dispensatio* cuando el hombre ó la mujer adúlteros eran convencidos de haber dado la muerte al otro cónyuge, transcurrieron siglos para determinarse los elementos constitutivos del impedimento. La doctrina se hallaba todavía confusa é incierta á fines del siglo XI, como se ve en la exposición de Ibón Carnotense. Éste parte de un hecho concreto que se le propuso por el Arzobispo de Sens. Un hombre había muerto al marido de una mujer, y después se casó con la viuda. ¿Era válido este matrimonio? Ibón lo admite, pero con dos restricciones, á saber, que la mujer pruebe que no cooperó á la muerte del marido, y el hombre, que no tuvo relaciones adúlteras con la mujer ni mató al marido con la esperanza de casarse con la viuda. Según esto, Ibón no siempre exigía que hubiese adulterio probado para admitir el impedimento; bastaba que la mujer hubiese procurado la muerte del marido, ó que, aun siendo ella inocente, el hombre hubiera muerto al marido con la esperanza de casarse con la misma.

Cuando el impedimento se hubo admitido y reglamentado por una de las decretales, quedaron dudas sobre este punto. Prevalció la opinión de que á probarse que el hombre y la mujer habían ocasionado la muerte del marido, bastaba eso para que existiese el impedimento dirimente, presumiéndose al adulterio. Si, al contrario, sólo el uno había intervenido en la maquinación, era menester, pero bastaba, que se probasen entre ellos relaciones adúlteras. Según esta opinión, el cónyuge que mataba á su cónyuge á fin de quedar libre y casarse con tercera persona, pero sin que ésta fuese cómplice del atentado ó hubiese tenido relaciones adúlteras, podía válidamente contraer nuevo matrimonio.

Lo que la doctrina exigía generalmente era que la maquinación contra el cónyuge hubiese surtido efecto, esto es, que muriera el cónyuge; no bastaba un crimen frustrado, aunque concurriesen los otros requisitos, para que hubiese impedimento dirimente.

86. El segundo caso en que el adulterio calificado es impedimento dirimente fue discutido por primera vez el año 595, en el Concilio de Tribur. Se supone que el cónyuge adúltero ha hecho á su cómplice una promesa jurada de matrimonio, *fides data*; la cual surtiría efecto cuando el cónyuge quedara libre por la muerte del otro. Presúmese, ó á lo menos se teme, que entre los culpados haya la intención de aproximar tal suceso, y, como medida preventiva, ó como pena, se les declare para siempre incapaces de unirse en legítimo matrimonio, aun cuando la muerte del cónyuge hubiese sido natural. Para que haya este impedimento dirimente son necesarios tres requisitos :

1º. Promesa de matrimonio entre el cónyuge y una tercera persona. Muchos doctores exigen, no mera promesa, sino promesa jurada. Desde el Concilio de Tribur los textos hablan siempre de *iuramentum*, de *fides data*; pero podía explicarse esas palabras observándose que los esponsales se corroboraban siempre con juramento :

2º. Relaciones adúlteras entre el cónyuge y el tercero, á quien está ligado por una promesa de matrimonio. Necesario es que concurran estos dos elementos conjuntamente para el impedimento :

3º. Que la persona que ha hecho ó recibido la promesa de matrimonio sepa que trata con una persona casada. Si

ella fuese de buena fe y la creyese libre de todo vínculo, no hubiera impedimento aunque concurriesen los otros dos requisitos. Pero si antes de la muerte del cónyuge el tercero supiese el estado real de las cosas, y continuasen las relaciones con el cónyuge que había recibido la promesa, bastaría eso para que hubiese el impedimento.

El Concilio de Tribur y las Decretales del siglo XII, que confirmaron su decisión, hablan siempre y únicamente de una promesa de matrimonio, *fides data*, que concurre con el adulterio. ¿A este caso debe asimilarse aquel en que siendo mayor la audacia de un cónyuge, contraiga matrimonio en vida del otro, con un tercero que procede con pleno conocimiento de causa? Al principio hubo dudas. Bernardo de Pavia opinaba, en esta segunda hipótesis, que no había impedimento dirimente, y que el matrimonio era posible entre el cónyuge, que sin cometer crimen, quedaba libre. Fundábase en la letra de los textos y en la circunstancia de que siendo el segundo matrimonio radicalmente nulo cuando fué celebrado, presentaba menos peligro que una promesa de matrimonio. Pero esta opinión no debía prevalecer. Desde antiguo se dijo que era más grave contraer matrimonio en vida del cónyuge que limitarse á prometer el matrimonio. La asimilación entre los dos actos fué legislativamente declarada por una decretal de Gregorio IX.

VI

Cultus disparis (75).

87. Á mediados del siglo XII, cuando se perfeccionó el

(75) C. A. Art. 60. Las causas que impiden contraer matrimonio son..... :

5º La diferencia de religión y no de confesión.

P. IV. II. 15. Desuarimiento de ley, es la sesta cosa que embarga el casamiento. Ca ningun Christiano deve casar con Judia, nin con Mora, nin con Hereja, nin con otra mujer, que non touiesse la ley de los Christianos; e si casasse, non valdria el casamiento. Pero el Christiano desposar se puede con muger que non sea de su Ley, sobre tal pleyto, que se torne ella

Derecho canónico, fué una regla reconocida que el matrimonio de un cristiano con un infiel, que no había recibido el bautismo, era radicalmente nulo. Pedro Lombardo y Graciano se acuerdan sobre este punto. Bernardo de Pavía se expresa de la manera más clara; lo cual no se refiere, empero, á una tradición cierta y constante. En los primeros días, las reducidas comunidades cristianas, rodeadas por todas partes de judíos é infieles en cuyos pueblos vivían, debieron plantear y resolver el problema; pero no le habían dado solución. San Pablo recomendaba á los cristianos que no tratasen con los infieles; no podía un cristiano reunirse á un infiel; no se juntan la luz y las tinieblas (76). Pero él mismo manifestaba que no eran imposibles los matrimonios entre cristianos é infieles (77). Los Padres de la Iglesia, repitiendo las mismas advertencias, profesaban la misma doctrina; san Agustín, en especial, reconocía que el derecho sobre este punto es dudoso y que las prohibiciones no eran terminantes (78).

Christiano ante que se cumpla el casamiento, e si non se tornare ella Christiana, non valdrian las desposajas.

C. R. I. IX. 6. Ne quis Christianam mulierem in matrimonium Iudaeus accipiat; neque Iudaeae Christianus coniugium fortiat: nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huiusmodi crimen obtinebit: libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata.

(76) Nolite iugum ducere cum infidelibus. Quae enim participatio iustitiae cum iniquitate? Aut quae societas luci ad tenebras? (Corintios. II. C. VI. 14).

(77) Nam caeteris ego dico, non Dominus. Si quis frater uxorem habet infidelem, et haec consentit habitare cum illo, non dimittat illam (I. C. VII. 12).

Et si qua mulier fidelis habet virum infidelem, et hic consentit habitare cum illa, non dimittat virum (13).

Sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem: et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem: alioquin filii vestri immundi essent, nunc autem sancti sunt (14).

Quod si infidelis discedit, discedat: non enim servituti subiectus es frater, aut soror in huiusmodi: in pace autem vocavit nos Deus (15).

Unde enim scis mulier, si virum salvum facies? aut unde scis vir si mulierem salvam facies? (16).

(78) "Cum (beatus Cyprianus) ad eosdem mores malos pertinere confirmet iungere cum infidelibus vinculum matrimonii,

88. Las leyes del Imperio Romano habían sido más severas en la materia, pues prohibían expresamente el matrimonio entre judíos y cristianos.

89. Desde el siglo IV los concilios particulares prohibieron muchas veces el matrimonio entre cristianos é infieles; mas, por lo general, no declaraban la nulidad; y es cierto que en la Iglesia no había regla fija sobre esta materia. Parece que al impedimento dirimente, admitido á mediados del siglo XII, sirvieron de base los textos del Antiguo Testamento que prohibían el matrimonio de los judíos con mujeres extranjeras, textos reproducidos y comentados por los Padres de la Iglesia; lo cual concordaba lógicamente con el carácter de sacramento reconocido al matrimonio. Pero, aceptados estos principios, los canonistas exageraron las consecuencias; pues hay textos, insertados en el decreto, según los cuales el matrimonio era imposible al cristiano, no sólo con un infiel ó judío, sino con hereje; y el matrimonio no podía efectuarse sino cuando había identidad de fe entre los esposos. Esta opinión fue la que triunfó al principio, enseñada por Bernardo de Pavia, que restringe el impedimento á los herejes ya condenados y rechazados por la Iglesia; y fué reproducida legalmente en la glosa del decreto. Tal es la doctrina que se ha conservado en la iglesia de oriente, bien que ésta, por circunstancias históricas especiales, distingue entre los herejes propiamente dichos, y los meros cismáticos, con quienes declara válido el matrimonio. Pero, en occidente, prevaleció la doctrina contraria, admitiéndose la validez del matrimonio entre católicos y herejes. Si el matrimonio es nulo entre cristianos é infieles proviene de que supone necesariamente el bautismo en los contratantes; y si éstos lo han recibido, el matrimonio es posible; este punto de Derecho fué, aunque implícita, muy claramente declarado por una decretal de Bonifacio VIII (79). Sin embargo los textos antiguos, que prohibían

nihil aliud esse asserens quam prostituere gentibus membra Christi; quae nostris temporibus iam non putantur esse peccata; quoniam revera in Novo Testamento nihil inde praeceptum est, et ideo aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum. (De fide et operibus. C. XIX.)

(79) "Decrevit felicis recordationis Innocentius papa IV, quod

el matrimonio entre católicos y herejes, no se consideraron derogados; pues sólo se atenuaron convirtiéndose el impedimento de dirimente en impediente.

El matrimonio de un cristiano con un infiel era por lo mismo absolutamente nulo.

90. El Derecho canónico se preocupó del matrimonio de los infieles en otro punto de vista. Dos personas se habían casado *in infidelitate*, y, posteriormente, una de ellas ó ambas abrazaban el cristianismo. Esta hipótesis se presentaba con mucha frecuencia en los primeros siglos de la era cristiana. ¿Cómo se consideraba entonces el matrimonio, *iure canonico*? Para resolver ese problema, era necesario ante todo determinar qué valor jurídico, y qué transformación experimentaba convirtiéndose al cristianismo uno de los cónyuges ó ambos. San Pablo, en un pasaje célebre (a), que es el fundamento de toda la teoría, obviaba esas dificultades de una manera sencilla y equitativa. Previendo el caso más delicado, esto es, cuando uno de los cónyuges se convertía, aconsejaba al cristiano que no repudiase al cónyuge infiel; pero si, al contrario, éste le repudiaba, el otro quedaba libre. San Pablo no dudaba que subsistía la validez de tales matrimonios; no rigiéndolos sino la ley civil, sólo aconsejaba cómo, en esta hipótesis, debían los infieles usar del divorcio, que les era ampliamente permitido por las leyes griegas y romanas. Pero el problema fué más difícil cuando la Iglesia formó una legislación propia sobre el matrimonio.

Desde antiguo se afirmó que los matrimonios contraídos por los infieles no tenían valor á los ojos de la Iglesia. Pero esa opinión fué combatida por los Santos Padres, especialmente por san Agustín, condenada por los papas y por los Concilios. En fin, las Decretales insertas en la colección de Gregorio IX manifiestan que el matrimonio de los infieles es legítimo según el Derecho canónico :

propter haeresim maritorum uxorum catholicarum dotes non debeant confiscari. Quod intelligendum fore censemus nisi forte mulieres ipsae cum viris matrimonia contraxissent quos haereticos tunc sciebant. " (C. XIV. VI De haeret. V. 2).
(a) Véase la nota (77).

verum et legitimum coniugium, que subsiste después de su conversión al cristianismo : *in baptismo demittuntur peccata non solvuntur coniugia*. Esto era conforme con ciertas palabras de san Pablo; porque él no hubiera podido aconsejar á un cristiano que viviese en concubinato; ¿acaso era conciliable con todas las decisiones que había dado?

San Pablo, en efecto, decide que si el cónyuge infiel no quiere continuar la vida común con el cónyuge convertido, puede éste prevalerse del divorcio y pasar á otras nupcias. ¿Cómo se admite eso? Si el matrimonio de los infieles es legítimo, *iure canonico*, ¿no es indisoluble? Los canonistas conciliaron fácilmente la antinomia. Este matrimonio, dijeron, es válido y legítimo, *verum ac legitimum*, pero no *ratum*, ó no del todo indisoluble; puede disolverse por causas expresamente admitidas por la Escritura; y en verdad, la Epístola de san Pablo enuncia una causa de disolución. Eso cuadraba muy bien con la doctrina que refería la indisolubilidad del matrimonio al sacramento : el matrimonio entre los infieles, aunque hubiese opiniones en sentido contrario, no podía considerarse como sacramento, y muy pocos teólogos han admitido que ese matrimonio tuviese el carácter de sacramento cuando uno solo de los cónyuges se hubiese convertido al cristianismo.

Ciertos Padres de la Iglesia, en especial san Agustín, reconocen al cónyuge convertido el derecho absoluto de repudiar al cónyuge infiel. Tal es también la doctrina que se manifiesta en los *Libri penitenciales*; porque autorizan al cónyuge convertido para repudiar al otro, si éste no se convierte. Pero esta doctrina es rechazada expresamente por Pedro Lombardo y por Graciano, que deciden, en términos casi idénticos, que el cónyuge convertido no puede repudiar á su cónyuge infiel sino cuando éste rehuse continuar en la vida común ó la vuelva insoportable al cristiano á causa de su religión. En este caso hay una *contumelia Creatoris*, un ultraje que, semejante al adulterio, justifica el divorcio. Para dejar subsistentes los textos antiguos y más latos, los doctores deciden que, á falta de estas causales, el cónyuge convertido puede abandonar á su cónyuge, pero que entonces no le es lícito volver á casarse. La libre facultad de repudiar se ha cambiado en

causa de divorcio, y es el derecho definitivo de las Decretales (80).

91. Si ambos cónyuges infieles se convierten al cristianismo, el matrimonio se perfecciona; añádese la calidad de sacramento, que hasta entonces le faltaba, sin necesitarse de ningún otro requisito, y, por lo mismo, es absolutamente indisoluble. Tal era el pensamiento de los antiguos Doctores, aunque entre los teólogos modernos este punto suscita muchas controversias.

Esta curiosa teoría del matrimonio de los infieles y de los efectos que surte, en cuanto á él, la conversión, ya de ambos cónyuges, ya de uno solo, había sido escudriñada más profundamente aún por los canonistas, porque en la edad media esa materia era todavía práctica en occidente, bien á causa de la conversión de los judíos, bien de la evangelización de ciertas tribus salvajes, escandinavas ó filandas, bien, en fin, á consecuencia de las relaciones que las cruzadas establecieron entre los cristianos y los musulmanes.

El matrimonio contraído entre dos infieles era, como lo hemos visto, considerado como legítimo, después de la conversión á la fe cristiana de los dos cónyuges ó de uno de ellos. El principio era cierto. ¿Pero podía aplicarse siempre? El matrimonio, en efecto, había podido contraerse conforme á una ley muy diversa del Derecho canónico, que regía posteriormente al cónyuge cristiano; para que la unión pudiese conservarse como legítima, ¿no era necesario á lo menos que esa ley no estuviese en contradicción con los principios del Derecho canónico? De ahí provenían problemas muy difíciles.

Sucedía con frecuencia que los dos cónyuges eran parientes en un grado en que el Derecho canónico, muy severo en este punto, anulaba el matrimonio; al paso que la ley del pueblo infiel los consideraba válidos. El cónyuge convertido al cristianismo, ¿podía persistir en esa unión?

(80) " Si enim alter infidelium coniugum ad fidem catholicam convertatur, alter vero vel nullo modo, vel non sine blasphemia divini nominis vel ut eum pertrahat ad mortalem peccatum, ei cohabitare volente, qui relinquitur ad secunda, si voluerit, vota transibit. " (C. VII. X. De Divort. IV. 12.)

Ibón Carnotense opina negativamente; declara que el cónyuge cristiano debe juzgar que su matrimonio se ha disuelto conforme á la ley cristiana cuya profesión hace. Pero esa no fué la solución á que llegó el legislador, aplicando los verdaderos principios jurídicos. Los papas Urbano III é Inocencio III decidieron que siendo tal matrimonio válido y legítimo cuando se contrajo, para juzgar de su validez debía atenderse sólo á la ley á que entonces se habían sujetado los esposos. Esa ley era la del Estado, y poco importaba que ella difriese del Derecho canónico, no obligatorio á los infieles. Pero tal doctrina comportaba una restricción importante; pues no se aplicaba sino cuando la prohibición de matrimonio, fundada en el parentesco, proviniese sólo del Derecho canónico propiamente dicho, de la constitución eclesiástica; mas no del Derecho natural ó del Derecho divino, porque así los infieles como los cristianos debían obedecer, según los canonistas, al Derecho natural y al Derecho divino positivo.

92. Benedicto XIV trata especialmente, en la bula *Singulari nobis*, del *impedimentum disparis cultus*. Examina un matrimonio entre un judío y una protestante, é investiga si habiéndose convertido el judío á la fe católica, y recibido el bautismo, debía considerarse el matrimonio como nulo, y contraerse de nuevo. Analiza sucesivamente el valor del matrimonio en cuanto al judío y á la protestante, refiriéndose á la ley judaica y al Derecho canónico. En cuanto á esa ley, declara que el matrimonio no es nulo, porque los pasajes del Antiguo Testamento que prohíben á los hebreos contraer matrimonio con extranjera no acarrearán impedimento dirimente, que anule tales enlaces; y no se refieren sino á las siete reducidas naciones en que vivían los israelitas. Declara también que la ley de Teodosio que prohíbe, bajo penas severas, los matrimonios entre judíos y cristianos, no acarrea nulidad según la Iglesia (81). Pero, resolviendo el problema respecto á la mujer protestante, declara que el matrimonio contraído

(81) " Qua quidem in re omnes sentiunt ob cultus disparitatem irrita matrimonia esse, non quidem iure sacrorum canonum, sed generali Ecclesiae more, qui pluribus ab hinc saeculis viget ac vim legis obtinet. " (Loc. cit. § 10.)

por ella con un judío es nulo, á causa del *impedimentum disparis cultus*. Para que éste exista, en efecto, basta que uno de los cónyuges haya recibido el bautismo, mas no el otro. Este requisito consta en cuanto al protestante, pues así los herejes como los católicos están sujetos á las leyes de la Iglesia sobre el matrimonio, y á éste se refiere especialmente el *impedimentum disparis cultus*. El papa juzgó oportuno definir en aquella bula el origen y el carácter jurídico de este impedimento, que proviene de la costumbre eclesiástica.

93. La transformación de un matrimonio que pasa del imperio de la ley infiel al de la ley cristiana, y la aplicación de esa causa de divorcio han presentado curiosos problemas, en ciertas regiones donde la Iglesia ha convertido á los paganos en tiempos modernos.

En algunas de estas regiones la costumbre nacional admitía la poligamia. Cuando un infiel que tenía dos ó más mujeres se convertía, era imposible que, siendo cristiano, las conservase como consortes. La doctrina católica juzga evidente que la poligamia está prohibida por la ley divina evangélica. Ahora bien, como la ley divina obliga aún á los infieles, cuando un infiel polígamo se convierte no puede evitar que se aplique la ley de la monogamia, y no conservará sino una sola de sus consortes. Pero ¿cuál debe conservar? La aplicación estricta de los principios conduce á decir que la primera con quien se casó : en virtud de la ley de la monogamia, que entonces rige retroactivamente, todos los matrimonios que se contrajeron, cuando tenía ya la primera consorte, son absolutamente nulos. Pero si la primera mujer rehusa también convertirse, ó no consiente en habitar con él, *sine contumelia Creatoris*, puede repudiarla en virtud del *casus apostoli*, y contraer otro matrimonio, eligiendo, si quiere, entre las mujeres que constituían, *in infidelitati*, sus consortes.

Hé aquí la determinación lógica y exacta de los principios, y la Congregación del Concilio no ha vacilado en aplicarlos con la mayor claridad (82), pero esa doctrina

(82) " Sacra Congregatio censuit ita respondendum minime

ha parecido á los misioneros demasiado rigurosa, y tanto que impedía muchas conversiones, pues no siempre la primera consorte era la preferida. Así, de varios modos se procuró mitigar la regla.

Se ha establecido como uso de las misiones de las Indias, al principio del siglo XVIII, que el indo polígamo que se convierte conserve la mujer que abraza al mismo tiempo que él la religión cristiana (83). El papa Paulo V expidió una declaración según la cual, aprobándose tal práctica, el matrimonio se reconocía válido (84). Parece que la decisión de Paulo V concedía al indo convertido el derecho de elegir, para conservarla como mujer única, la esposa que él eligiese, con la condición de que también ésta se convirtiera. Entonces el papa habría disuelto el matrimonio contraído con la primera mujer, único válido según el Derecho canónico, y tal matrimonio no se consideraba como absolutamente indisoluble. Pero de ordinario se entiende de otra manera la regla. Júzgase que el papa sólo se ha propuesto dispensar al indo de la interpelación expresa que debió dirigir á su primera con-

posse praedictos ad veram fidem conversos accipere alias fideles uxores, nisi prius constiterit utrum primae voluerint cum his permanere vel non. Quod si noluerint cohabitare, vel si voluerint non tamen sine Contumelia Creatoris, vel ut conversos ad mortale peccatum pertrahant, tunc posse eos alias fideles accipere uxores. " (Ben. XIV. De Syn. dioeces, I, XIII. C. XXII, n° 1).

(83) In more positum erat ut eam quisque uxorem retineret quae secum una Christum Deum agnoscere ejusque fidem amplecti consentiebat. In vero secum ferebat magnas difficultates cum et saepissime contingeret ut illae, quae cum maritis christianam religionem amplectebantur, uxores primae non essent; et aliunde arduum nimis esset eosdem Indos ab iis mulieribus dividere quae una cum eis ad baptismum sese offerebant. " (Ben. XIX. De syn. dioeces. I. XIII. C. XXI. n° 3.)

(84) Motu proprio et ex certa scientia ac de apostolica potestatis plenitudine, ut Indi, sicut praefertur, baptizati et in futurum baptizandi, cum uxore quae cum ipsis fuerit baptizata, et baptizabitur remanere valeant, tanquam cum uxore legitima, aliis dimissis, apostolica auctoritate tenore praesentium declaramus matrimonium huiusmodi inter eos consistere! " Ben. XIV. De syn. dioeces. I. XIII. C. XXI. n° 3).

sorte, para cerciorarse de que ésta daba ocasión al *casus apostoli*; pero los derechos de la primera mujer, si quiere convertirse, ó aun cohabitar *sine contumelia Creatoris*, subsisten plenamente. Esta interpretación es conforme, á no dudarlo, á los principios, y priva á la declaración de Paulo V de gran parte de su utilidad práctica. Además, no puede aplicarse sino á las Indias, y no extenderse á otras naciones aunque se hallen en las mismas circunstancias.

Se ha procurado conseguir de otra manera el mismo objeto, analizando los hechos presentados de manera que la nueva elección en una de las mujeres del indo convertido pudiese conciliarse con la aplicación de los principios. Así, Paulo III, en una constitución de 1º de junio de 1537, ya manifestaba que sucedía con frecuencia, entre estas razas polígamas, que el marido no recordase exactamente con cuál de sus mujeres se había casado primero. En este caso podía, cuando su conversión, elegir la que él prefiriese (85). Pero en realidad, esa falta de memoria muchas veces no debía ser sincera. Se llegó al mismo resultado por un medio menos extraordinario. En las tribus salvajes y en las naciones paganas donde reina la poligamia, las mujeres se hallan casi siempre en una condición tan inferior á la del marido, que éste las abandona, las vende; y por lo mismo los Doctores investigan si tales enlaces constituyen verdaderos matrimonios, aun en cuanto á la primera mujer. Admitiéndose la negativa, era muy lógico permitir al marido convertido que eligiese la mujer que quisiera conservar.

Pero si hay un matrimonio verdadero y la primera consorte es cierta, el marido debe conservarla, á menos que pudiese alegar el *casus apostoli*. Entonces es necesaria una *interpellatio* judicial al cónyuge infiel, para cercio-

(85) " Super eorum vero matrimonium hoc observandum decernimus, ut qui ante conversionem plures iuxta eorum mores habebant uxores, et non recordantur quam primo acceperint, unam ex illis accipiant quam voluerint, et cum ea matrimonium contrahant per verba de praesenti, ut moris est; qui vero recordantur quam primo acceperint, aliis dimissis eam retineant. " (Constitución *Attitudo*.)

rarse de que éste no quiere convertirse ni cohabitar *sine contumelia Creatoris*. La *interpellatio* es absolutamente necesaria, y, según los Doctores, exigida *iure divino*. Pero una constitución de Gregorio XIII, de 25 de enero de 1585 (*Populis ac nationibus*), relaja ese rigor en lo tocante á *Angola, Ethiopia, Brasilia et aliis Indiis regionibus*. El Papa manifiesta que, en esos lugares, hombres ó mujeres casados caen presos y son llevados cautivos muy lejos de sus cónyuges. En su nueva residencia, están prontos á convertirse, pero querrian al mismo tiempo contraer nuevo matrimonio. La *interpellatio* al primer cónyuge será casi siempre imposible; por lo cual Gregorio XIII permite á los obispos, curas y confesores aprobados, que concedan dispensa de ella. En cierta manera se da por hecha y que no ha surtido efecto: permítese entonces al convertido contraer nuevo matrimonio, y éste vale y subsiste en todos los casos, aunque después se pruebe que el primer cónyuge tuvo la intención de convertirse ó de cohabitar pacíficamente con el cónyuge convertido, ó que estaba ya convertido por su parte (86).

§ IV

Del consentimiento (*) (87).

91. Cuando las personas son capaces de contraer ma-

(86) "Quae quidem matrimonia, etiam si postea, innotuerit coniuges priores infideles suam voluntatem iuste impeditos declarare non potuisse, et ad fidem etiam, tempore transacti secundi matrimonii, conversos fuisse, nihilominus rescindi nunquam debere, sed valida et firma esse."

(*) Locré. IV. 312. art. 4. — 325. 16-18. — 426. art. 2. — 437. 7-10. — 461. art. 3. — 489. 18. — Pothier. Mariage. 207. — Merlin. Mariage. Sect. III. § II. — Dalloz. Mariage. 53. — Vazeille. I. 63. 74. — Duranton. II. 22. 23. — Demolombe. III. 19. 20. 246. 247. — Toullier. I. 501. — Laurent. II. 272. 277. 278. 285. — Demante. I. 212 bis. 267 bis. I. — Huc. II. 16. — Zachariae (A. R.).

trimonio, investigase si efectivamente han consentido. Claro como los axiomas es el principio de que las personas que se unen en matrimonio deben manifestar su voluntad libremente (88).

95. Según el Derecho romano el matrimonio se contraía por el mero consentimiento de las partes (89).

96. El Derecho canónico anterior al Concilio de Trento

V. § 451 bis. — Ortolan (1). 99-101.—Maynz. III. § 306.—Esmein. I. Part. II. Tit. II. Chap. I. Sect. II. n. I.—Kelly. IX. 21.—Kent. II. XXVI. 6.

(87) C. de N. Art. 146. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.	146. No hay matrimonio cuando no hay consentimiento.
--	--

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes..... :

3º Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes ó de ambos.

C. P. Art. 133. No hay matrimonio, si los contrayentes no manifiestan, de un modo externo, su libre y mutuo consentimiento.

C. de la L. Art. 92. Ningún matrimonio es válido, si las partes no han manifestado su consentimiento libre.

P. IV. II. 5. Consentimiento solo, con voluntad de casar, hace matrimonio entre el varón e la mujer.....

D. XXIII. II. 30. Simulatae nuptiae nullius momenti sunt.

L. XVII. 30. Nuptias non concubitus, sed consensus facit.

(88) " El matrimonio " (decía Portalis) " bien sean los contratantes mayores ó menores, supone su consentimiento; y no hay consentimiento propiamente dicho sin libertad : necesario en todos los contratos, debe ser pleno en el matrimonio; el corazón debe, por decirlo así, respirar á sus anchas en un acto en que interviene directamente. El acto más afectuoso debe ser el más libre. " (Locré. IV. 489. 18.)

(89) Si no hay ningún impedimento, basta que las partes consientan y la voluntad común (*affectio maritalis*), para que la unión de dos personas de sexo distinto tenga el carácter de matrimonio civil, *iustae nuptiae*, *matrimonium*. Ningún otro requisito es necesario. Celebrábase el matrimonio entre los romanos con ciertas solemnidades..... y todas ellas consistían en meras ceremonias, cuyo cumplimiento no era necesario según el Derecho civil, y aun podía efectuarse durante la ausencia del marido. " (Maynz. III. § 306.)

aceptó el mismo principio (90); pero el propio Concilio declaró que el consentimiento debía prestarse en presencia del párroco y de dos testigos, y que á faltar esas solemnidades, no había matrimonio.

Trataremos después de las solemnidades prescritas por el Concilio de Trento.

97. Los vicios que, en cuanto al matrimonio, invalidan el consentimiento, son el error, la fuerza y el rapto.

98. Salta á la vista que debe distinguirse entre la falta absoluta de consentimiento, y los vicios que lo invalidan. En el primer caso no hay ni apariencia de matrimonio; en el segundo el matrimonio subsiste mientras la autoridad competente no lo declare nulo (91).

(90) La regla de que el consentimiento de los esposos es la esencia misma del matrimonio, no fué inventada por la Iglesia, porque ella no tuvo al principio teoría propia sobre la formación del matrimonio. Hallóla en el Derecho romano, á que se refirió naturalmente. *Nuptias consensus non concubitus facit*, era un axioma de la jurisprudencia romana. La Iglesia comenzó meramente por enseñar la teoría romana, según la cual el matrimonio se contraía *solo consensu*. Para reconocer el consentimiento se fijaba, como la práctica romana, en los signos exteriores que manifestaban de ordinario la celebración del matrimonio, y en los actos accesorios que lo acompañaban. En el mismo sentido que el Derecho romano, no reconocía unión legítima sino entre personas libres, y distinguía el concubinato del matrimonio. " (Esmein. I. pág. 97.)

(91) El Primer Cónsul. " La palabra fuerza expresa la idea de un acto que, ejecutado contra la voluntad, subsiste hasta que se declare nulo. Cuando falta el consentimiento, ni en apariencia hay matrimonio. Comparece una joven ante el funcionario del estado civil; pretende éste que la joven consiente en el matrimonio; protesta ella, manifestando públicamente la falsedad; huye é implora contra la opresión el auxilio de los ciudadanos : evidentísimo, pues, que entonces no hay matrimonio. Si, al contrario, intimidada por amenazas, consiente en el matrimonio aunque no sea sino un instante, subsiste el matrimonio hasta que los tribunales decidan que el consentimiento no fué libre. " (Locré. IV. 438. 11.)

I

Error (*) (92).

99. Obvio es el principio de que el error sobre la persona con quien el esposo se propone casarse, excluye en lo absoluto el consentimiento, y por lo mismo no hay matrimonio.

(*) Locré. IV. 312. art. 4.—326. 17. 18.—354. art. 3.—362. 41.—407. art. 2. 3.—414. 10-12.—426. art. 2.—430. art. 27.—437. 10. 12. 13.—Locré (E.). II. Pág. 47-53.—Merlin. Empêchemens. § IV. art. VIII. § V. art. I. n. I-V.—Mariage (Q).—Pothier. Mariage. 308-310.—Dalloz. Mariage. 67-71.—Vazeille. I. 63-70.—Toullier. I. 512-524.—Duranton. II. 55-71.—Demolombe. III. 251-254.—Laurent. II. 289-298.—Zachariae (M. V.). I. § 110.—Zachariae (A. R.). V. § 451 bis. 462.—Delvincourt. I. 327. (3).—Demante. I. 267. bis. III.—Maynz. III. § 306.—Esmein. I. Part. II. Tit. II. Sect. II. n. III.—Covarruvias. I. Part. II. Cap. III. § VII. 1-3.—Kelly. IX. 27.—Kent. II. XXVI. I.—Wharton. § 145.—Fiore. II. 521.

(92) Ley sobre matrimonio civil. Art. 33. Falta el consentimiento libre y espontáneo en los casos siguientes :

1º. Si ha habido error en cuanto á la identidad de la persona del otro contrayente.

C. de N. Art. 180..... Lors-qu'il y a eu erreur dans la per-sonne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.

Art. 180..... Cuando hubo error en la persona, el matri-monio no puede ser impugnado sino por el esposo á quien se indujo en error.

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes :

1º. Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes ó la de uno de ellos.

C. P. Art. 163. El error acerca de la persona ó condición sustancial del cónyuge anula el matrimonio.

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio.... :

III. El error, cuando sea esencialmente sobre la persona.

C. de la L. Art. 92..... El consentimiento no es libre.... :

3º. Cuando hay error sobre la persona con quien una de las partes se propone casarse.

Art. 102. Cuando hay error en la persona, la parte que en él fué inducida puede solicitar la nulidad del matrimonio.....

C. A. Art. 55. El consentimiento es nulo.... :

3º. Si hay error sobre la persona.

Art. 59. Los otros errores en que han incurrido los esposos,

Pero los más distinguidos jurisconsultos discuerdan al determinar las circunstancias que constituyen tal error.

Tratándose de la persona física, individual, no puede revocarse á duda que el error excluye el consentimiento. Si Pedro se propone casarse con María, y la suplanta Juana, evidentísimo que Pedro no contrajo matrimonio, porque en realidad de verdad faltó el consentimiento. Mas, como lo observa bien Demolombe, semejante caso no sería verosímil ni en un teatro. Especialmente ahora, cuando el matrimonio se efectúa, bien ante párroco y dos testigos, bien ante el respectivo funcionario civil, que exige la manifestación del mutuo consentimiento; el error sobre la identidad individual de la persona raya en lo absolutamente imposible.

Sucede sí á veces que el error se refiere, no al individuo mismo con quien se ha estipulado el futuro matrimonio, sino á las cualidades que indujeron á uno de los esposos á recibir al otro como consorte. ¿Cuándo son ellas tan esenciales, que á faltar, hay error sobre la persona? La opinión aceptada por los más distinguidos

como esperanzas desengañadas en cuanto á las condiciones del matrimonio, no obstan á la validez del matrimonio.

P. IV. II. 10. Quinze cosas son, porque se embarga el casamiento, que non se faga. La primera es, quando acaesciere yerro en las personas de aquellos que casan, cuydando el varon, que le dan una muger, e danle otra en logar de aquella. Esto mismo seria, si la muger cuydasse casar con un ome, e casasse con otro : ca qualquier dellos que errasse desta guissa, non consentiria en el otro; perende non deue valer el casamiento, e si fuesse fecho, puedesse desfazer; fueras ende, si nueuamente consentiesse en el, despues que lo conosciessse. Esto se deue entender desta manera : si la muger cuydasse casar con un ome de que ouiesse auído alguna conoscencia por vista, o por fama, o por oydo, e viniesse otro, e cuydasse que era aquel, e casasse con ella. Mas si ninguna destas cosas, e conoscencias non ouiesse la muger con el varon, e viniesse uno en nome de otro, e casasse con esta : por tal yerro como este non se desfaze el casamiento; porque la muger non yerra en el otro, de que non auia conoscencia ninguna, mas yerra en este, que vec ante si. E tal yerro como este non es de la persona, porque la vec, mas es de otra cosa, que es llamada en latin error de calidad, o de fortuna, como si dixesse, quera fijo de Rey, ó de otro ome noble, e non fuesse assi; o si dixesse, que era rico, e fuesse pobre. E esso mismo seria,

canonistas (93) y por los expositores del Derecho ci-

que valdria el casamiento, si alguno casasse con muger, que dixesse que era virgen, maguer non lo fuesse.

(93) " Como la fuerza, y á diferencia del dolo, el error puede ser causa de nulidad del matrimonio; porque, en ciertas circunstancias, excluye el consentimiento real y no subsiste sino uno aparente. La teoría del error en materia del matrimonio, se halla expuesta en el siglo XII en términos casi idénticos por Pedro Lombardo y por Graciano.....

" Pedro Lombardo y Graciano distinguen cuatro especies de error : error en cuanto á la persona, á las cualidades, á los bienes de fortuna y á la condición. Esa clasificación se funda evidentemente en datos sobre hechos usuales y no en un principio superior científico.

" El error sobre los bienes de fortuna ó sobre las cualidades no anula el matrimonio, porque no obsta al consentimiento. En cuanto al error *fortune* eso es claro, y no hay necesidad de razones. En cuanto al error sobre las cualidades, y por éstas se entienden las cualidades morales, y aun las cualidades físicas diversas de la *potestas coeundi*, hubiera podido haber dudas; pero las disiparon inmediatamente, presentando el caso extremo en que un hombre, que juzga casarse con una virgen, se casa con una prostituta; y declaran que sin embargo el matrimonio es válido.

" Estas soluciones se han asentado definitivamente en el Derecho canónico; el cual enseña la regla de que el error sobre los bienes de fortuna ó sobre las cualidades no es impedimento dirimente..... Pero sí lo es el error sobre la persona, y entonces es evidente que no hay consentimiento, y que las dos voluntades no han concurrido en un mismo objeto.....

" Hemos dicho que se entendía por error sobre la persona el error sobre la identidad de esa persona. Lo cual no parece conforme con la doctrina de Pedro Lombardo y de Graciano, que asimilan el error sobre la persona en el matrimonio al error sobre la materia en la venta, según los principios del Derecho romano. Este es un punto muy difícil que exige explicación.

" Los intérpretes del Derecho trataron en breve de la dificultad, y dos de ellos, Tugucio y Laurencio, asentaron la regla de que no podía haber, en cuanto á la persona, un error que obstase al matrimonio si el cónyuge engañado no había tenido previamente conocimiento ó idea de la persona con cuyo nombre se presentaba fingidamente el otro cónyuge. Este era, á no dudarlo, el error sobre la identidad de la persona con quien se contraía el matrimonio. Pero esa identidad se entendía latamente. No se exigía, para atender al error, que el esposo engañado conociese personalmente y de vista á la persona con quien creía casarse; bastaba que tuviese conocimiento por noticias ó por cualquier

vil consiste en que el error sobre las cualidades de la

otro medio, siempre que esa persona se presentase en su entendimiento como un individuo determinado. Los doctores tenían ejemplos clásicos é inverosímiles para que eso se comprendiese. Suponian que un joven se presentaba en Italia, y que aparentando que era el rey de Francia ó hijo del rey de Inglaterra, engañaba á una pobre joven que nunca había oído hablar de reyes ni de naciones. Si se casaba como tal, el matrimonio no era nulo, no había error sobre la persona.

“Esta opinión no era la de todos los doctores. Algunos, como Juan Teutónico, sostenían que había error sobre la persona é impedimento dirimente, aun cuando el cónyuge engañado no hubiese conocido de ninguna manera la existencia de la persona por quien pasaba el otro cónyuge. Pero triunfó la primera opinión definitivamente, la cual se refería en el fondo á esta idea: el error sobre las cualidades de la persona se consideraba suficiente para anular el matrimonio, cuando las cualidades supuestas surten el efecto de dar al esposo una individualidad civil y social conocida del otro cónyuge, y diversa de la que tiene en realidad. Así es como Hostiense distingue muy claramente el caso en que el esposo aparenta ser hijo de tal rey ó de tal conde, y aquel en que se limita á decir, aunque falsamente, que es hijo de un conde ó de un rey: en el primer caso hay error sobre la persona y no en el segundo.” (Esmein. I. Part. II. Tit. II. Sect. II. n. III.)

“Error qualitatis est quando in certa qualitate personae erratur, V. G. creditur esse nobilis, qui est ignobilis, aut dives qui est pauper, &.

“Hic error ordinariè, sive sit antecedens, sive incidens, non dirimit matrimonium, nisi annexum habeat errorem personae; sive ut vulgo loquuntur, *redundet in personam*.

Dum enim error duntaxat versatur circa aliquam qualitatem personae, nullatenus tollit consensum matrimonialem, sive consensum circa substantialia contractus matrimonialis. Cum enim talis qualitas non sit necessaria ad contractum matrimonialem; nec essentiam eius intret, error hic relinquit sufficiens voluntarium circa *essentialia* ipsius contractus; adeoque ipsum contractum defectu necessari consensu involuntarium reddere nequit.

“Si autem error ille impediret una consensum in personam, tunc indubiè ipsum matrimonium dirimeret, non tanquam error *qualitatis* sed tanquam error *personae*; diciturque hic error *qualitatis* redundare *in personam*.

“Tunc autem error circa qualitatem dicitur redundare *in personam*, quando animus contrahentis sic fertur in certam qualitatem, ut implicitè nolit personam, si ipsi desit qualitas, in qua errat. Exemplum assignat S. Thomas in VI. Sent. Dist. 30. q. I. art. 2. ad. 5. Si Principi offeratur filia tanquam primogenita et haeres regni. Solet enim illius animus ita ferri in hanc qualita-

persona constituye un vicio del consentimiento (94), cuando

tem, ut si circa illam sit error, nolit istam personam : vel potius quia iuxta prudens iudicium iudicare debet, quod censeatur noluisse illam filiam hac qualitate destitutam, nam in huiusmodi, dum exterius nihil exprimitur, potius examinandum est, qui iuxta prudens iudicium quispiam censeatur nolle, aut velle, quam quid re ipsa nolit, aut velit. (Van Espen. I. P. II. t. XIII. C. III. n. IV. V.)

(94) El art. 146 enunciaba como uno de los vicios del consentimiento el error en la persona. La Corte de Casación habia pedido que se sustituyesen estas palabras : *el error en el individuo*. Por otra parte, suscitóse una grave discusión en el Consejo de Estado sobre lo que debía entenderse por error en la persona. La palabra persona, ¿designaba sólo la persona física, ó debía entenderse la persona civil ó social? En otros términos, el error debía considerarse como un vicio del consentimiento, ¿cuándo se refiere, no á la identidad física, sino al conjunto de cualidades civiles que constituyen la persona civil y social? Las opiniones fueron divergentes : el primer Cónsul insistió en que se estableciese una distinción, y que la demanda de nulidad del matrimonio deducida por uno de los cónyuges y fundada en el error, se admitiese más fácilmente cuando el otro esposo hubiese sido cómplice en el error, cuando hubiese contribuido á engañar á su cónyuge. No se pusieron de acuerdo, y la disposición fue suprimida. Pero lo suprimido en el artículo 146 volvió á redactarse en el artículo 180, que tratando de las demandas de nulidad de matrimonio á causa de los vicios del consentimiento, enumera el error en la persona. Redúcese el problema á investigar qué se entiende por error en la persona. ¿Qué es lo que según la ley se entiende por error en la persona? Hé aquí cómo se ha explicado el sentido de esta expresión por Portalis al exponer los fundamentos del título de que tratamos : 'El error en materia de matrimonio no se refiere á un mero error sobre las cualidades, los bienes de fortuna, ó la condición de la persona con quien se casa el otro esposo, sino de un error que se refiere á la persona misma. Manifesté la intención de casarme con tal persona; se me engañó, ó me he engañado en virtud de ciertas circunstancias, y me caso con otra que se la ha sustituido sin saberlo yo y contra mi voluntad. Luego, el matrimonio es nulo.' Si nos atuviésemos rigurosamente á este comentario, la facultad de pedir la nulidad del matrimonio á causa de error se restringiría al caso quimérico de una suplantación material que difícilmente presenta ejemplos. Pero esta interpretación no ha prevalecido, y se conviene generalmente en que debe entenderse la ley de una manera más lata. Tal es nuestro parecer. ¿Dedúcese de ahí que el error acarrea siempre nulidad cuando se refiere á las cualidades civiles de la persona? No lo juzgamos así,

las mismas formen, por decirlo así, la persona civil y social; por tanto, á faltar esas cualidades, hay efectivamente una persona distinta de aquella con quien el esposo se proponía casarse.

Las discusiones que precedieron á la redacción definitiva de los artículos 146 y 180 del Código de Napoleón dan idea exacta de las graves dificultades que se han suscitado sobre la identidad de las personas (95).

y creemos que es necesaria una distinción. Pongamos un ejemplo: Pedro, que vive en las colonias, tiene un hijo, y Pablo, su amigo, que vive en Francia, una hija. Conviene por cartas en casar á los dos. Al cabo de algunos meses llega á Francia un joven que se presenta como el hijo de Pedro, y, en consecuencia, el matrimonio se celebra. Poco después se descubre que el marido no es el hijo de Pedro, sino un aventurero que ha presentado documentos que por casualidad habían llegado á sus manos. ¿Podrá pretenderse que entonces el consentimiento es nulo por error en la persona? Nótese que en este caso el error no se refiere á la persona física, sino únicamente á la persona social, á las cualidades civiles del marido. Nos parece que la nulidad del consentimiento es indudable; porque, en este caso, lo que en el ánimo de la esposa constituía la persona del esposo no es el individuo físico, desconocido cuando se concertó el proyecto de matrimonio; era sólo la cualidad de hijo de Pedro. Pongamos otro ejemplo. Celebran matrimonio dos personas que mucho tiempo há se conocían, y que libre y voluntariamente se habían elegido una á otra. Posteriormente á ese matrimonio, sigue un litigio, y en la sentencia se priva del estado civil á uno de los dos esposos. ¿Pudiera el otro cónyuge pretender que el consentimiento que dio al casarse fue nulo, porque en vez de haberse casado con el hijo ó la hija de cierta persona, como él lo suponía, se ha casado con el hijo ó la hija de otro? No lo juzgamos; porque, en tal caso, el consentimiento se refería á la persona misma, prescindiéndose de sus cualidades civiles; de manera que el cambio de estado no altera la identidad ni la personalidad. Diremos, pues, en resumen, que el problema del error en la persona depende de las circunstancias; que, para resolverlo, se debe siempre examinar cuáles eran, en el ánimo del contratante que alega el error, los elementos constitutivos de la persona, y no admitir la demanda de nulidad sino cuando el error se ha referido precisamente á esos elementos." (Dalloz. Mariage. 68.)

(95) El Primer Cónsul. "Pudiera decidirse ante todo que no hay matrimonio cuando el consentimiento no se ha expresado en la forma prescrita en el título relativo á las actas del estado civil;

El Derecho romano no menciona entre los vicios

y después, que no hay consentimiento cuando hay fuerza, seducción ó error."

M. Réal. "Según la jurisprudencia vigente, el error no anula el matrimonio sino cuando se refiere al individuo, mas no cuando recae sobre el nombre ó las cualidades."

El Primer Cónsul. "El nombre, las cualidades, los bienes de fortuna, se comprenden en los motivos que inducen á elegir esposo ó esposa. El error sobre estas circunstancias obsta, pues, al consentimiento, aunque no haya error en cuanto al individuo. Luego, todo se reduce á lo siguiente :

"El matrimonio es válido cuando se han observado las solemnidades y no hay fuerza ni tampoco error sobre la persona. El matrimonio debe anularse si las solemnidades no se han observado, ó si hay fuerza ó error." (Locré. IV. 326. 17. 18.)

En la sesión de 26 de setiembre de 1801, el Consejo de Estado volvió á discutir lo concerniente al error :

"M. Fourcroy juzga que no son necesarios tres meses para reconocer físicamente la suplantación de personas, y que á tratarse de un error moral, será difícil fijar un plazo para que, conocido, se ejerza la facultad de libertarse de sus efectos."

El Primer Cónsul. "Ese plazo no es demasiado largo; pues la identidad de que se trata no sólo es la identidad física, sino también la identidad moral del nombre, del estado y de las otras circunstancias que han determinado la elección de la persona; y tal vez no debía prescribir por ningún lapso de tiempo, porque todo contrato fraudulento es esencialmente nulo."

M. Tronchet. "Si la nulidad proviene de la falta de consentimiento, la acción debe subsistir indefinidamente, y mientras el error subsista, sobre todo en el sistema en que se atiende al error respecto al nombre, al estado, en fin, á la identidad moral."

El Primer Cónsul. "Sin embargo la moral podía prohibir la disolución del matrimonio contraído por error con una aventurera, si, por una buena conducta observada durante mucho tiempo, hiciese ella la felicidad del marido."

M. Tronchet. "Si el marido está contento de su consorte, no alegrará la nulidad del matrimonio."

"Además, si se reflexiona, se comprende que el interés de los hijos exige que la acción se deduzca dentro de un plazo determinado."

El Cónsul Cambacérès. "Esta disposición tendría en la práctica muy graves dificultades. La mujer pretendiera que no engañó al marido, y éste se hallara en la imposibilidad de probar que fué engañado."

El Primer Cónsul. "El nombre y las cualidades civiles de-

del consentimiento, necesario para el matrimonio, el

penden de las ideas sociales; pero hay algo más real en las cualidades morales, como la honestidad, la dulzura, el amor al trabajo y otras semejantes. Si esas cualidades deben influir mucho en la elección de esposa, ¿podiera decirse que ha sido engañada la persona que no las halla en su cónyuge, aunque se haya engañado en cuanto á circunstancias accesorias?

M. Tronchet. " No puede ni suponerse que sea virtuosa la que se ha casado fingiéndose otra. "

El Primer Cónsul. " Acaso procedió de buena fe la esposa; pudo engañarla el tutor, y no conoció ella su estado sino mucho tiempo después del matrimonio. "

M. Tronchet. " En ese caso el error se refiere, no al individuo, sino á las cualidades. "

El primer Cónsul. " No hay error sobre la persona cuando el individuo con quien uno se ha casado se hallaba físicamente presente en el momento en que consentía : no hay verdadero error sobre la persona sino cuando un individuo ha suplantado físicamente á otro individuo; y sólo entonces el matrimonio es radicalmente nulo. El error sobre las cualidades no vicia el matrimonio, cuando no procede de un hecho del individuo á que se refiere; y por lo mismo el artículo confunde estas especies de error. "

M. Tronchet. " Es evidente que el error anula el matrimonio, y ahora no se trata sino de saber en qué casos surte ese efecto. Pues bien, como el error depende de circunstancias que varían á lo infinito, la ley no puede comprenderlas todas; no debe sino asentar el principio, y no determinar los casos en que hay error. "

El Primer Cónsul. " Cuando hay error físico acarrea siempre, y en todo tiempo, la nulidad del matrimonio; pero es necesario que la autoridad decida que él no existe realmente. Si, al contrario, el error no se refiere sino á las cualidades, y no hay fraude de parte del individuo en quien recae, el tiempo y la supervenencia de los hijos deben sanear el vicio originario del matrimonio; porque estas circunstancias manifiestan que tal vicio se ha extinguido por un consentimiento posterior. "

" Es necesario que la ley explique y distinga todas estas cosas, y eso es lo que no hace el artículo; pues no se comprende qué es lo que llama *error* sobre la *persona*. "

M. Boulay. " El artículo no se propone sino asentar el principio. "

M. Thibaudeau. " Si se razonase respecto al individuo en el estado de naturaleza, en el orden puramente físico, pudiera pretenderse que no hay error sobre la persona cuando se efectúa el matrimonio con una mujer cuyos atractivos y cualidades

error sobre la persona. Lo cual proviene de la abso.

físicas y morales han determinado al matrimonio, en una palabra, idénticamente la misma con quien uno ha querido casarse. Pero otra cosa sucede en el orden social; porque esa mujer, como todos los individuos, tienen cualidades esenciales que constituyen su existencia, que la *personalizan* por decirlo así; y si creyendo alguno casarse con un individuo que tiene esas cualidades, el matrimonio se ha efectuado con quien no las tenía, hay verdadero error sobre la persona. Esto se ha comprendido siempre en Derecho; y en ese sentido se ha tomado constantemente la palabra persona."

M. Tronchet. " Los tribunales han pedido que se emplee, no la palabra persona, sino la palabra individuo. "

El Primer Cónsul. " Querría yo que el matrimonio fuese nulo en los siguientes casos :

" 1°. Si hay error sobre la identidad del individuo; y

" 2°. Si hay error sobre la familia, y el individuo fuere cómplice; pero en los demás casos el matrimonio debía ser válido si se consuma y nace prole. "

" El artículo pasa á nuevo examen de la comisión " (362. 41.)

Como se ve, nada se adelantó en esta larga discusión. Volvió á tratarse del asunto en la sesión de 15 de diciembre del mismo año 1801 :

" Se ha distinguido ", decía el Primer Cónsul, " entre el error sobre el individuo físico y el error sobre sus cualidades civiles, y se ha resuelto que no hay matrimonio cuando otro individuo ha sido suplantado á aquel con quien iba á contraerse matrimonio; que, al contrario, hay matrimonio, aunque susceptible de anularse, cuando el individuo, si bien físicamente es aquel á quien el consentimiento se refiere, no pertenece á la familia cuyo apellido ha tomado.

" Los artículos 2 y 3 (a) *no son conformes* á este parecer del Consejo. En efecto, el artículo 3 no prohíbe contraer segundo matrimonio sino cuando hay otro que no está disuelto; el artículo 2 decide que no hay matrimonio cuando no hay consentimiento, y, confundiéndose después todos los casos, se declara que no hay consentimiento, ni por consecuencia matrimonio, cuandoquiera que haya error ó fuerza.

(a) Art. 2. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.

Il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, ou erreur sur la personne.

Art. 3. On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

luta libertad de divorcio establecida por la ley civil.

M. Real. " Los jurisconsultos entienden la palabra error en el sentido que le da la Comisión. "

El Primer Cónsul. " No se ha contestado á mis objeciones.

" No hay en realidad error sobre la persona, cuando el consentimiento para el matrimonio se refiere á un individuo presente.

" Pero, se dice, nosotros no estamos ya en el estado de naturaleza; en el orden social constituyen la persona la fisonomía, el nombre y las cualidades civiles.

" Fácil es probar que, aun en el orden social, el nombre y las cualidades civiles no constituyen la persona; por ejemplo, llega de América la hermana de la joven con quien un individuo se propone casarse; tiene el mismo nombre y las mismas cualidades que la otra ¿se diría por eso que es la misma persona? ¿Cómo admitir que las cualidades civiles tengan influencia decisiva en un acto tan importante como el matrimonio? Los esposos se aman y eligen uno á otro, atentos el carácter y la hermosura; el legislador no puede suponer que en este sentido los esposos no se conozcan mutuamente, y que un contrato tan serio como el matrimonio, un vínculo en sí indisoluble, que no puede ser desatado sino por el divorcio, se contraiga tan irreflexiblemente que los esposos no hayan tenido tiempo de tratarse. Comparadas á las cualidades naturales, ¿qué significan las cualidades civiles? ¿A no dudarlo debían ser ellas de grande importancia cuando había distinciones de castas; en tal sistema influían en la validez del matrimonio; pero hoy que sólo se considera al hombre en sí y tal como es en la naturaleza, fuera bárbaro anular, después de seis meses, un matrimonio en que cada uno de los consortes ha conocido perfectamente á la persona con quien quiso unirse. Un esposo consiente en casarse con la esposa que está junto á él; prométele amarla y protegerla; efectúase el cambio de las almas, y permítesele alegar á los seis meses que la esposa no es la persona que él eligió porque ella tiene un apellido distinto de aquel que servía para distinguirla. "

M. Emmery. " Según los principios de la legislación actual, hay error sobre la persona cuandoquiera que sea falsa la partida de nacimiento; pues el esposo consintió en el matrimonio con la hija de una persona determinada. Pueden alterarse estos principios; ¿pero cómo conciliar la alteración con la necesidad de que consienta la familia? "

M. Regnier. " Pudiera autorizarse á los tribunales para juzgar si el error ha influido en el consentimiento; porque hay circunstancias en que sería en extremo duro obligar al esposo engañado á permanecer bajo el yugo del matrimonio. "

El Primer Cónsul. " No puedo aceptar esta opinión. El matrimonio no debe ser nulo sino cuando la mujer sea cómplice en el fraude. Si ella es una aventurera, la ley no puede protegerla; pero la ley sería inmoral si abandonase á una esposa inocente que ha participado el error del esposo. "

M. Real. " Supongamos que una joven se casa como perteneciente á cierta familia y con el consentimiento de esa misma familia, y que después del matrimonio se la declare hija ilegítima; juzgo que el matrimonio sería válido, bien la mujer haya ó no participado del error. "

El Primer Cónsul. " El interés de las buenas costumbres exige que se la abandone si ella ha sido cómplice. "

M. Cretet. " Casi imposible que no haya complicidad. "

El Primer Cónsul. " El ejemplo aducido por M. Real prueba que puede haber buena fe. "

M. Regnier. " La reforma propuesta por el Primer Cónsul es tan moral como justa, porque no hay realmente error sobre la persona sino cuando alguno se ha casado con un individuo en vez de otro. Las cualidades civiles no han entrado en cuenta, respecto al matrimonio, sino en el sistema de la distinción de castas. "

M. Maleville. " No es la antigua distinción de castas la que originó la máxima de que el error en la persona anulaba el matrimonio; pues, al contrario, decidióse constantemente que el matrimonio subsistía cuando se efectuaba con una joven plebeya teniéndola por noble, ó con una joven pobre juzgándola rica; pero se ha distinguido siempre el error en la persona misma del error sobre las cualidades de la persona. Nunca se ha aceptado ese error como causa de la disolución del matrimonio; pero sí el error en cuanto á la persona, y se ha juzgado siempre que en esta hipótesis no había consentimiento. "

" En vano se querría restringir la aplicación de esta regla al error sobre la persona física; pues conduciría á abolirlo, por cuanto es evidente que al presentarse ella para la celebración del matrimonio, se acepta la persona física. Una regla tan justa y tan prudente se refiere en realidad á otro objeto, y ese objeto es la persona social. "

" Tampoco es conforme á los principios restringir la aplicación de la regla al caso en que el individuo sobre el cual hubo error haya sido ó no cómplice: no deja de ser cierto que el otro se ha engañado; que no hubo de su parte consentimiento, ni, por consecuencia, matrimonio. "

El Primer Cónsul. " Insisto en que la validez del matrimonio, en caso de error, no debe depender sino de la distinción entre el caso en que la mujer es culpada y aquel en que es inocente. Se envilecería á la naturaleza humana anulándose el matrimonio cuando la mujer no es culpada; porque deben preferirse las cualidades naturales. "

El Cónsul Cambacérès. " En general hay error cuando uno

de los esposos se casa con una persona distinta de aquella con quien quería unirse; pero se ha juzgado siempre que el error sobre las cualidades no invalida el matrimonio, como cuando un individuo se casa con una viuda teniéndola por virgen. Se ha juzgado, empero, erróneo el consentimiento cuando el individuo que lo ha prestado se casa con la hija de un individuo distinto de aquel que le había prometido la suya como esposa. "

El Ministro de Justicia. " Los matrimonios forman vínculos no sólo entre los cónyuges sino también entre las familias; por otra parte se redujera al esposo á una condición muy dura, á compelerle á continuar casado con una mujer á quien juzgaba hija de su amigo, cuando aquella con quien quería unirse hubiese llegado y manifestádole el error. "

El Primer Cónsul. " En la mayor parte de los matrimonios se atiende, no á la familia, sino á las cualidades de la persona. ¿Puédese, por otra parte, en el caso supuesto, restablecer las cosas como estaban antes del matrimonio, y enviar á la mujer cual se casó? Qué desgracia entonces para una mujer inocente! "

El Ministro de Justicia. " La buena fe de la mujer surte todos los efectos que puede surtir; pues legitima los hijos, y el marido no merece inculpación, porque él es el engañado; si la mujer no participó en el dolo, quéjese á los que lo fraguaron. "

El Primer Cónsul. " La buena fe de la mujer debe validar el matrimonio. "

M. Tronchet. " Conozco cuánto debe favorecerse la buena fe de la mujer; pero la ley determina todos los efectos de que la buena fe es susceptible : la ley no puede validar, por consideraciones ajenas al matrimonio, un matrimonio esencialmente nulo. "

M. Regnier. " Para resolver bien debe examinarse cómo procedería, en el caso propuesto, un hombre honrado. ¿Despidiera á la consorte? No. La opinión pública se lo impediría. Compadeciera á la mujer, censurara al marido, y creyera que á éste indujo sólo el interés. "

M. Cretet. " Sería injusto permitir al marido que abandonase á la mujer porque, celebrado el matrimonio, una sentencia expedida en juicio sobre suposición de parto, la hubiese privado del apellido que tenía al casarse. "

El Cónsul Cambacérès. " En ese caso el matrimonio no sería nulo. "

El Ministro de Justicia. " La posesión de estado que tenía la mujer impide que el consentimiento del marido sea erróneo. "

El Primer Cónsul. " La presencia de la esposa ante el funcionario del estado civil no deja duda de que el consentimiento se ha manifestado libremente, porque el matrimonio es la unión de las almas y de los cuerpos; la dote no es sino un accesorio que no debe prevalecer sobre lo principal. "

El Cónsul Cambacérès. " Prescindiéndose de toda consideración de dote, el matrimonio es nulo cuando hay error en cuanto

á la familia de uno de los esposos, porque entonces el otro no ha consentido. La buena fe es la regla fundamental de los contratos. Luego, la ley no puede decir implícitamente que si son engañados los ciudadanos que se casan, el error es irremediable. Se han buscado arbitrios, en el curso de la discusión, para favorecer á las mujeres víctimas de la regla; pero no es menos importante prever que muchas abusarian de la regla contraria. Por lo demás, la regla que propone la Comisión es conforme á una jurisprudencia de mil quinientos años."

El Primer Cónsul. " Esa jurisprudencia no puede fundarse sino en la suposición de que hay fraude por parte de la mujer, ó en las ideas feudales."

M. Regnier. " Aunque el marido hubiese conocido el verdadero apellido y la verdadera familia de la mujer, se hubiera casado con ella por sus cualidades morales; eso debe presumirse, pues durante seis meses ha manifestado que le place la unión contraída."

El Cónsul Cambacérès. " Si el marido está contento de la mujer, no ejercerá el derecho de pedir la nulidad del matrimonio."

M. Regnier. " Puede determinarse él por inconstancia, y entonces la indemnización no devolverá á la mujer todo lo que ella ha perdido."

M. Tronchet. " En verdad, un hombre honrado no repudiará á una mujer virtuosa; pero si se ha engañado, aun en cuanto al carácter, ¿debe subsistir el matrimonio?"

" Puede también examinarse el problema atendiéndose al interés de la mujer. ¿Se la dejará bajo el yugo del matrimonio cuando se ha engañado en cuanto á las cualidades civiles de un marido que la ha vuelto desgraciada?"

" Todo esto evidencia cuán peligroso es separarse de los principios para atender á otras consideraciones. Los principios consisten en que el consentimiento forma el matrimonio, y en que no hay consentimiento cuando hay error. En el caso propuesto no se sabe si el matrimonio será feliz ó desgraciado, y es prudente dejar que los tribunales apliquen los principios según las circunstancias. Ellos examinarán hasta qué punto el error ha influido en el consentimiento, y si es probable que el matrimonio se hubiese contraído aunque no hubiera habido error; decidirán, en fin, si debe admitirse la excepción de buena fe."

M. Regnier. " Las circunstancias de que habla M. Tronchet son comunes á todos los matrimonios; no hay uno solo en que uno de los dos esposos no haya podido engañarse en cuanto á las cualidades morales del otro. Aun es posible que si el un esposo ha ocultado sus defectos antes del matrimonio, continúe ocultándolos hasta el día en que el otro ya no pueda reclamar. Las circunstancias no constituyen, pues, razones de decidir, y conviene atenerse á lo que prescriben los deberes y la honra."

" Respóndese que es menester atenerse á los principios; pero

los principios de que se habla no se fundan en la naturaleza; pertenecen exclusivamente al derecho positivo: serian, á no dudarlo, inmutables, si fuese cierto que no hubo consentimiento; son arbitrarios, porque el apellido y la familia no son las únicas razones de los matrimonios, y no puede asegurarse que no obstante el error sobre estos accesorios no hubiera habido consentimiento."

El Cónsul Cambacérès. "Al marido que se ha casado sólo por interés no se le oiría cuando quisiera prevalerse de ese error viendo frustradas todas sus esperanzas. ¿Pero qué se respondería al que juzgando casarse con una joven pobre, por error se casó con una rica, y quiere sin embargo unirse á la persona que antes habia elegido?"

El Primer Cónsul. "Los principios que se alegan se imaginaron cuando el matrimonio podía contraerse por procurador; y ellos carecen de objeto desde que el matrimonio no se efectúa sino entre personas presentes."

M. Roederer. "La necesidad del consentimiento para la validez del matrimonio es un principio incontestable; pero es un paralogismo decir que no hay consentimiento si ambas partes han incurrido en error. Cuando el matrimonio se celebra los esposos están presentes. La amabilidad del uno sonríe á la imaginación del otro, y se aceptan mutuamente: su consentimiento se refiere, pues, á la persona, no falta sino el nombre. Si después el marido alega que la esposa le desagrada, es un bellaco y un cobarde, que no merece ningún miramiento. Aseméjase al que después de haber visto una casa y consentido en comprarla, se deniega á recibirla, porque la calle donde está situada no lleva el mismo nombre que cuando la vio antes de adquirirla."

M. Tronchet. "M. Regnier y M. Roederer no tratan de resolver el problema, y sus argumentos conducen á la supresión del artículo."

"El primero es exagerado; porque si es cierto que la presunción de un consentimiento posible sea razón decisiva, la excepción de error no queda admitida en ningún caso. Pero no se juzgue que deba prescindirse de la presunción de que ya él habló; pues ésta debe determinar si no la disposición, á lo menos la aplicación de la ley."

"En cuanto á M. Roederer, supone que el consentimiento del esposo se determina siempre por la presencia de la persona á quien se une; pero no se contrae un matrimonio como se compra una casa. Muchas veces individuos que nunca se han visto uno á otro convienen en casarse; y convienen porque cada uno de ellos conoce la familia, las costumbres, la educación del otro, y esas diversas circunstancias le inducen á esperar la felicidad en la unión que contrae. La hermosura misma no es sino un accesorio para un hombre prudente; lejos de prendarse por ella, considera principalmente el aspecto moral. El sistema de

II

Fuerza (*) (96).

100. Los jurisconsultos romanos, imbuídos de las doc-

M. Roederer extingue el error sobre las cualidades, y no surtiría éste ningún efecto.

" Pero ne se trata de saber si el error influye en la nulidad del matrimonio, ó si se extingue por la presunción de que hubiese habido consentimiento; trátase de examinar si los efectos del error deben restringirse al caso en que el esposo á que se refiere ha sido cómplice. Como entonces hay siempre falta de consentimiento, la ley debe conceder al esposo engañado el derecho de alegar la nulidad del matrimonio. No lo ejercerá sin duda sino en la hipótesis de que el otro esposo le descontente. "

M. Roederer. " La ley debe limitarse á declarar que no hay consentimiento cuando uno de los esposos ha sido engañado por el otro. Estamos de acuerdo en que un hombre honrado no despediría á su desgraciada compañera fundándose sólo en que supuso que ella tenía otro apellido; pero como no todos los maridos son igualmente accesibles á los sentimientos honrados, es justo que la ley proteja á la mujer. "

" El Cónsul Cambacérès propone que se suprima el inciso segundo de este artículo. "

" La proposición es aceptada. " (437. 10. 12.)

(*) Locré. IV. 312. art. 4.-354. art. 2.-359. 37. 38.-406. art. 1.-407. art. 3.-412. G.-414. 10-12.-426. art. 2.-430. art. 26.-436. 6.-438. 11.-455. 15.-464. art. 31.—Pothier. Mariage. 315-317. —Toullier. I. 504-509.—Merlin. Empêchemens. § V. art. II. n. VI.—Vazeille. I. 76-80.—Dalloz. Mariage. 51. 57-66.—Duranton. II. 40-51.—Laurent. II. 289. 299. 302. 303.—Demolombe. III. 248.—Locré. (E.). II. pág. 44. 45.—Zachariae (A. R.). V. § 462.—Esmein. I. Part. II. Tit. II. Chap. I. Sect. II. n. II.—Kent. II. XXVI. I.—Wharton. § 143.

(96) Ley sobre matrimonio civil. Art. 33. Falta el consentimiento libre y espontáneo en los casos siguientes.....:

2º. Si ha habido fuerza, según los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código civil.

C. de N. Art. 180. Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou

180. El matrimonio que se ha contraído sin el consentimiento libre de los dos esposos, ó de uno de ellos, no puede ser impugnado sino por los esposos, ó

trinas de la filosofía estoica, habían declarado el principio de que el consentimiento arrancado por la fuerza no dejaba de ser consentimiento (97). Pero incurrian en la contradic-

par celui des deux dont le con- | por aquel cuyo consentimiento
sentement n'a pas été libre. | no fué libre.

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes..... :

5º. Cuando se ha contraído por fuerza ó miedo que sean suficientes para obligar á alguno á obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio ó por otra persona. La fuerza ó miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, ó por la sola cohabitación de los consortes.

C. P. Art. 161. Es también nulo el matrimonio contraído por fuerza que recae en alguno de los contrayentes.

Art. 162. Se graduará el miedo grave que produce la fuerza, considerando lo inminente del peligro, la constitución física, el estado intelectual y demás circunstancias de la persona amenazada.

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio..... :

VII. La fuerza ó miedo graves.

C. de la L. Art. 92.

El consentimiento no es libre..... :

2º Cuando es arrancado por violencia.

C. A. Art. 55. El consentimiento es nulo :

1º. Cuando es arrancado por temor grave; el cual se apreciará según la inminencia del peligro y la constitución física é intelectual de la persona amenazada.

P. IV. II. 15..... La setena cosa que embarga el casamiento, que se non faga, es fuerça, o miedo. La fuerça se deue entender desta manera : quando alguno aduzen contra su voluntad, o le prenden, o ligan, e le fazen otorgar el casamiento. E otrosi el miedo se entiende, quando es fecho en tal manera, que todo ome, maguer fuesse de grand coraçon, se temiesse del; como si viesse armas, o otras cosas, con quel quisiessen ferir, o matar, o le quisiessen dar algunas penas, o si alguno que ouiesse seydo sieruo, seyendo ya libre, lo amenazassen, quel tornarien en seruidumbre; e esto seria, como si alguno que touiesse la carta de su libertad, le dixesse que la quemaria, o que la romperia, si non fizesse aquel casamiento : o si fuesse manceba virgen, e le amenazassen que yazerian con ella, si non otorgasse aquel matrimonio.....

(97) Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici,

ción de declarar al mismo tiempo, como regla de derecho, que nada es tan contrario al consentimiento como la fuerza ó el miedo (98).

Si prescindimos de sutilezas, ni por un instante cabe desconocerse que la fuerza obsta absolutamente al consentimiento, y que si bien los códigos modernos declaran que la fuerza no acarrea sino nulidad relativa de los contratos, proviene ello de que la parte que ha sido compelida es libre para ratificar cuando la fuerza ha cesado.

La fuerza anula, pues, el matrimonio; pero es necesario que ella sea capaz de causar impresión en una persona que tenga cierta firmeza de carácter, ó como dicen las Decretales: *si talis metus inveniatur illatus, qui potuit cadere in constantem virum*.

Además, la fuerza debe consistir en que se amenace con un mal irreparable y grave.

La violencia debe ser injusta, esto es, que no haya derecho para imponerla. Si, por ejemplo, un hombre que hubiere violado á una mujer se casa después con ella temiendo el juicio criminal que á no casarse se le seguiría, no podrá alegar la fuerza para anular el matrimonio.

Cuando concurren las dos circunstancias, de fuerza en *varón constante* y de fuerza *injusta*, el matrimonio es nulo, bien la fuerza se emplee por una de las partes, bien por terceros.

La acción para pedir la nulidad de matrimonio se extingue, si habiendo desaparecido la fuerza, continúa la vida conyugal de los dos consortes (99).

quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur. (D. IV. II. 21. § V.)

(98) Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei iudicia sustinet, quamvis atque metus; quem comprobare, contra bonos mores est. (L. XVII. 116.)

(99) " Los canonistas investigaban si la fuerza anulaba *ipso iure* el matrimonio, ó si sólo era anulable. Parece que prevaleció la teoría de la nulidad absoluta; lo cual era contrario á los principios del Derecho romano sobre los contratos consensuales; pero se contestaba que los *tria bona matrimonii* no podían efectuarse cuando la voluntad de los contratantes no era libre, y

III

Rapto (*) (100).

101. El rapto se castigaba con suma severidad por las

que representando el matrimonio la unión de Cristo con la Iglesia, era necesario que el esposo contrajese tan libremente como se había sacrificado Cristo. Admitiase, empero, que la nulidad proveniente de la fuerza se subsanaba, cuando el esposo violentado consentía después libremente. Pero entonces había más bien un nuevo matrimonio que ratificación del primitivo, á lo menos en el sentido de que era muy dudoso que el nuevo consentimiento se retrotrajese. La ratificación se efectuaba tácitamente por la vida común, y aun por las relaciones conyugales entre los esposos. " (Esmein. I. Part. II. Tit. II. Chap. I. Sect. I. n° II.)

(*) Locré. IV. 312. art. 4.—323. 14. 15.—Locré. (E.). II. pág. 42. 13.—Pothier. Mariage. 225-227.—Merlin. Empêchemens. § IV. art. VII.—Daloz. Mariage. 55-57.—Vazeille. I. 80.—Laurent. II. 300. 301.—Toullier. I. 510. 511.—Duranton. II. 52-54.—Zachariae (A. R.). V. § 472.—Accarias. I. 91.—Wharton. § 143. 144.

(100) Ley sobre matrimonio civil. Art. 33. Falta el consentimiento libre i espontáneo en los casos siguientes..... :

3°. Si ha habido rapto, i al tiempo de celebrarse el matrimonio no ha recobrado la mujer su libertad.

C. C. Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes..... :

6°. Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido ésta robada violentamente, á menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.

C. P. Art. 141. No se considera libre el consentimiento de la persona robada, para casarse con su raptor, si no lo manifiesta después de recobrar su libertad.

C. M. Art. 159. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio..... :

VII. La fuerza ó miedo graves. En caso de rapto subsiste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras ésta no sea restituida á lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad.

C. de la L. Art. 92..... El consentimiento no es libre :

1°. Cuando es prestado al raptor, á menos que la rapta haya recuperado el goce de su libertad.

C. A. Art. 55. El consentimiento es nulo..... :

leyes romanas del Bajo Imperio, probablemente por influencia de la Iglesia. Imponíase casi siempre la pena de muerte, y, además, ni la rapta ni sus padres podían consentir en el matrimonio con el raptor; tal matrimonio era radicalmente nulo.

También el Derecho canónico prohibía ese matrimonio. Después de la caída del Imperio Romano, cuando continuaba una era de violencias hasta el siglo X, una reacción de la Iglesia contra los raptos frecuentes era muy natural, y los escritos de Heicmar de Reims lo evidencian.

Pero en breve se manifestó una tendencia contraria, fundada en los escritos de los Padres de la Iglesia. Tal tendencia encontró sólido apoyo en ciertas disposiciones de la ley judaica, que por recuerdos de las costumbres primitivas, consideraba el rapto como una manera de contraer matrimonio, si después consentía el padre de la joven. Prevaleció la segunda tendencia, conforme al espíritu del Derecho canónico, que favorece siempre á todo trance el matrimonio.

Graciano se decidió por la validez del matrimonio entre la rapta y el raptor, y formuló una definición que llegó á ser clásica, según la cual hay rapto cuando una joven, aunque sea voluntariamente, deja su habitación sin el con-

2º Si se ha prestado por la rapta antes que recuperase la libertad.

P. VII. XX. 3. Robando algum ome alguna muger biuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, o yaziendo con alguna dellas por fuerça, si le fuere prouado en juyzio, deue morir porende; e demas, deuen ser todos sus bienes de la muger que assi ouiesse robada o forçada. Fueras ende, si despues desso ella de su grado, casasse con el que la robo, o forço, non habiendo otro marido. Ca estonce, los bienes del forçador deuen ser del padre, e de la madre de la muger forçada, si ellos non consintiesen en la fuerça, nin en el casamiento. Ca, si prouado les fuesse que auian consentido en ello, estonce deuen ser todos los bienes del forçador de la Camara del Rey.

C. R. IX. XIII. 1. Raptores virginum honestarum, vel ingenuarum, sive iam desponsatae fuerint, sive non, vel quarumlibet viduarum soeminarum, licet libertinae, vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes, capitis supplicio plectendos decernimus.

sentimiento de sus padres, y después declara que el matrimonio no es posible entre la joven y el raptor, sino cuando el padre presta su consentimiento. Pero el Derecho canónico no se detuvo ahí, y eso era lógico cuando hubo admitido que el consentimiento de los padres no era necesario para la validez del matrimonio. Decidióse, por una parte, que no había raptó, si la joven era ya esposa del raptor, regla que se resumió en un axioma : *Non fit raptus propriae sponsae*. Ahora bien, los esponsales habían podido celebrarse válidamente sin el consentimiento de los padres. Por otra parte, aunque faltase esa condición y hubiese raptó, se admitía que la joven podía casarse con el raptor con solo su consentimiento, siempre que éste fuese libre.

El Concilio de Trento reformó ese Derecho complaciente, sin que pueda determinarse las causas que en ello influyeron. Presentóse un proyecto que modificaba en doble sentido la legislación anterior : 1°. Declaraba nulo el matrimonio contraído entre el raptor y la rapta, mientras la segunda estuviese en poder del primero; y el consentimiento dado por ella en esas circunstancias era ineficaz : 2°. Si la rapta, puesta en libertad y plenamente libre, quería casarse con el raptor, éste debía ser compelido al matrimonio.

La segunda proposición no se aceptó por el Concilio, y fué impugnada, así porque impedía el matrimonio como en cuanto éste fuese obligatorio. Alegóse que el Derecho canónico protegía la libre celebración de los matrimonios : si la joven prestaba voluntariamente su consentimiento, no podía exigirse otra cosa.

Además, se dijo que el matrimonio impuesto al raptor por el juez era contrario á los principios : sea cual fuere el crimen, el matrimonio debía ser libre. Esta segunda parte originó, á no dudarlo, más grave oposición. El impedimento dirimente, tal como se había propuesto, si presentaba escrúpulos, hallaba numerosos partidarios, porque el Concilio estaba animado de severidad contra los raptos, y fácilmente fué aceptado. En la tercera lectura se modificó el proyecto en ese sentido. Declaróse nulo el matrimonio mientras estuviese la rapta en poder del raptor. Podía, al contrario, casarse válidamente con éste, si pres-

taba el consentimiento estando ella separada y en lugar seguro (101).

El texto, muy claro, del Concilio ha presentado, sin embargo, graves dificultades de interpretación. Provenían éstas de que, según la doctrina anterior y en cuanto á la aplicación de las penas del rapto, los canonistas habían asimilado al rapto propiamente dicho actos que, si bien lo preparaban, eran diferentes. ¿Qué debía entenderse por rapto según el decreto del Concilio? La opinión que prevaleció, no sin grandes divergencias, fue que sólo el rapto propiamente dicho establecía el nuevo impedimento dirimente; lo cual era conforme al principio de que no hay impedimento dirimente sin ley expresa. ¿Pero cuáles son los elementos constitutivos del rapto?

Fundándose en el texto del Concilio y en la doctrina anterior, se decidió que son dos los elementos 1º. Que la joven haya salido de la casa donde residía, y cambiado de lugar, *traductio de loco ad locum*; y 2º. Que hubiera habido violencia; no bastan maniobras dolosas, empleadas para seducir á la joven. Aunque los legistas miren esas maniobras como suficientes para imponer las penas contra los raptos, no hay rapto que origine el impedimento dirimente.

La violencia es necesaria para que exista el impedimento de rapto; ¿pero qué decir si la violencia se ha ejercido en los padres que se oponen al matrimonio y no en la joven que consiente? Parece que en ese caso el impedimento es fundado; porque, según una definición tradicional acreditada entre los canonistas, hay rapto. Muchos la han admitido. Pero otros la niegan, y esta segunda opinión es lógica, ya que el Derecho canónico no exige para la validez del matrimonio el consentimiento de los padres. Por otra parte, esto no presenta dudas cuando hay esponsales, anteriores al rapto, entre el raptor y la rapta; pues el Concilio no

(101) Decernit sancta Synodus, inter raptorem, et raptam. quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium. Quòd si rapta à raptoe separata, et in loco tuto, et libero constituta, illum in virum habere consenserit, eam raptor in uxorem habeat..... (Concil. Trident. Ses. XXIV. C. VI).

había abrogado la regla: *propriae sponsae non fit raptus*; y recuérdese que según el Derecho del Concilio de Trento, los esponsales pueden siempre celebrarse por el mero consentimiento de los esposos.

En fin, sobre el *impedimentum raptus* se decide que, reunidos los dos elementos, se aplica al rapto y al matrimonio de cualquiera mujer, sea cual fuere su conducta; mas no al hecho de arrebatarse á un hombre por la mujer que con él aspire á casarse.

§ IV.

Solemnidades (102).

102. Los matrimonios clandestinos, considerados como

(102) Ley de matrimonio civil. Art. 9°. “ Los que intentaren contraer matrimonio lo manifestarán por escrito ó verbalmente al Oficial del Registro Civil del domicilio ó residencia de cualquiera de ellos, espresando sus nombres y apellido paterno y materno; el lugar de su nacimiento; su estado de solteros ó viudos, y en este caso el nombre del cónyuge y el lugar y fecha de la muerte; su profesión ú oficio; los nombres y apellidos de los padres, si fueren conocidos; los de las personas cuyo consentimiento fuere necesario; y el hecho de no tener impedimento ó prohibición para contraer matrimonio.

“ Se tendrá por lugar de la residencia aquel en que cualquiera de los contrayentes haya vivido los últimos tres meses anteriores á la fecha de la manifestación. ”

Art. 10°. “ Si la manifestación fuere verbal, el Oficial del Registro civil levantará acta completa de ella, que será firmada por él y por los interesados, si supieren y pudieren, y autorizada por dos testigos. ”

Art. 11°. “ Se acompañará á la manifestación constancia fehaciente del consentimiento para el matrimonio, dado por quien corresponda, si fuere necesario según la ley y no se prestare verbalmente ante el Oficial del Registro Civil. ”

Art. 12°. “ En el momento de presentar ó hacerse la manifestación, los interesados rendirán información de dos testigos por lo menos, sobre el hecho de no tener impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio. ”

Art. 13°. “ Inmediatamente después de rendir la información; y dentro de los noventa días siguientes, podrá procederse á la

válidos por una larguísima cuanto invariable práctica de la

celebración del matrimonio. Transcurrido este plazo, no podrá procederse á la celebración del matrimonio, sino después de repetidas las formalidades prescritas en los cuatro artículos precedentes. "

Art. 14. " No podrán ser testigos en los matrimonios :

" 1º. Los menores de diez y ocho años;

" 2º. Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia;

" 3º. Los que actualmente se hallaren privados de la razón;

" 4º. Los ciegos, los sordos y los mudos;

" 5º. Los que estuvieren declarados culpados de crimen ó de delito á que se aplique la pena de más de cuatro años de reclusión ó presidio, y los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos;

6º. Los extranjeros no domiciliados en Chile, ni las personas que no entienden el idioma español. "

Art. 16. " El matrimonio se celebrará ante el Oficial de Registro Civil, en el local de su oficina pública, ó en casa de alguno de los contrayentes, y ante dos testigos, parientes, ó extraños. "

Art. 17. " El Oficial del Registro Civil, presentes los testigos, y delante de los contrayentes, dará lectura á la manifestación de que habla el artículo 9º. y á la información sumaria á que se refiere el artículo 12. "

" Preguntará á los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer, y con la respuesta afirmativa, les declarará casados en nombre de la ley. "

Art. 18. " Inmediatamente, el Oficial del Registro Civil levantará acta de todo lo obrado, la cual será firmada por él, los testigos y los cónyuges, si supieren y pudieren firmar; y procederá á hacer la inscripción en los libros del Registro Civil, en la forma prescrita por el reglamento respectivo. "

C. de N. 63. Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. Ces publications et l'acte qui en sera dressé énonceront les prénoms, professions et domiciles de futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énoncera, en outre,

63. Antes de la celebración del matrimonio, el funcionario del estado civil efectuará dos publicaciones con ocho días de intervalo, en día domingo, en la puerta de la casa municipal. Estas publicaciones, y el acta en que consten, determinarán los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los futuros cónyuges, su calidad de mayores ó menores y los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los futuros cónyuges.

Iglesia, presentaban gravísimos inconvenientes; y nada

les jours, lieux et heures où les publications auront été faites : il sera inscrit sur un seul registre, qui sera coté et paraphé comme il est dit en l'article 41, et déposé à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement.

64. Un extrait de l'acte de publication sera et restera affiché à la porte de la maison commune, pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication. Le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication.

65. Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus prescrite.

66. Les actes d'opposition au mariage seront signés sur l'original et sur la copie, par les opposants ou par leur fondé de procuration spéciale et authentique; ils seront signifiés, avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile des parties, et à l'officier de l'état civil qui mettra son visa sur l'original.

67. L'officier de l'état civil fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur

ges, su calidad de mayores ó menores y los nombres, apellidos profesiones y domicilios de los padres y madres. El acta determinará, además, los días, lugares y horas en que las publicaciones se hubieren efectuado : se inscribirá esto en un solo registro, que será foliado y rubricado conforme al artículo 41, y archivado, al fin de cada año, en la secretaría del tribunal del distrito.

64. Un extracto del acta de la publicación se fijará en la puerta de la casa municipal, durante los ocho días de intervalo de la una á la otra proclama. El matrimonio no podrá celebrarse antes del tercer día, exclusive el de la segunda publicación.

65. Si el matrimonio no se ha celebrado dentro del año, contado desde la expiración del plazo de las publicaciones, no podrá celebrarse sino después de nuevas publicaciones efectuadas en la forma antes prescrita.

66. Las actas de oposición al matrimonio serán firmadas, así en el original como en la copia, por los oponentes ó por sus procuradores con poder especial y auténtico; se notificarán, con la copia de la procuración, á las partes en persona ó en el domicilio, y al funcionario del estado civil, que pondrá el visto bueno en el original.

67. El funcionario del estado civil anotará inmediatamente la oposición en el registro de

más necesario que una institución tan importante estuviese

le registre des publications, il fera aussi mention en marge de l'inscription des dites oppositions, des jugements ou des actes de mainlevée dont expédition lui aura été remise.

68. En cas d'opposition, l'officier de l'état civil, ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui ait remis la mainlevée, sous peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-intérêts.

69. S'il n'y a point d'opposition, il en sera fait mention dans l'acte de mariage; et si les publications ont été faites dans plusieurs communes, les parties remettront un certificat délivré par l'officier de l'état civil de chaque commune constatant qu'il n'existe point d'opposition.

70. L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le suppléer en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile.

71. L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, noms, profession et domicile du futur époux, et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; le lieu et, autant que possible, l'époque de sa naissance et les causes qui empêchent d'en rap-

las publicaciones; y mencionará, al margen de la inscripción de dichas oposiciones, los autos ó actas de permiso cuya copia se le hubiere entregado.

68. En caso de oposición, el funcionario del estado civil no podrá celebrar el matrimonio antes que se le hubiere entregado el permiso, so pena de trescientos francos de multa é indemnización de daños y perjuicios.

69. Si no hay oposición se anotará ello en el acta de matrimonio; y si las publicaciones se han hecho en dos ó más parroquias, las partes enviarán un certificado conferido por el funcionario del estado civil de cada parroquia, en que conste que no hay oposición.

70. El funcionario del estado civil exigirá la partida de nacimiento de cada uno de los futuros cónyuges. El esposo que esté en la imposibilidad de obtenerla, podrá suplirla presentando una información autorizada por el juez de paz del lugar de su nacimiento ó por el de su domicilio.

71. La información contendrá la declaración de siete testigos, de uno ú otro sexo, sean ó no parientes, sobre los nombres, apellidos, profesión y domicilio del futuro cónyuge y de su padre y madre, si son conocidos; el lugar, y, en cuanto fuere posible, la época de su nacimiento y las causas que impidan presentar la res-

sujeta á solemnidades esenciales, que hiciesen pública y notoria la celebración del matrimonio.

porter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention.

72. L'acte de notoriété sera présenté au tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal, après avoir entendu le procureur du Roi, donnera ou refusera son homologation, selon qu'il trouvera suffisantes les déclarations des témoins et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.

73. L'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls et aïeules, ou à leur défaut, celui de la famille, contiendra les prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.

74. Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile. Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune.

75. Le jour désigné par les parties, après les délais des publications, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera lecture aux parties, des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage et du chapi-

pectiva partida. Los testigos firmarán la información con el juez de paz; y si no pueden ó no saben firmar, se hará constar esa circunstancia.

72. La información será presentada al tribunal de primera instancia del lugar donde debe celebrarse el matrimonio. Oído el ministerio público, el tribunal concederá ó denegará la homologación, según que encuentre suficientes las declaraciones de los testigos, y las causas que impiden presentar las partidas de nacimiento.

73. El acta auténtica del consentimiento del padre y madre ó abuelos y abuelas, ó, á falta de éstos, el de la familia, enunciará los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los futuros cónyuges, y de todos los que hubieren intervenido en el acta, así como su grado de parentesco.

74. El matrimonio se celebrará en la parroquia donde uno de los dos esposos tenga su domicilio. El domicilio, en cuanto al matrimonio, se adquiere por seis meses de habitación continua en una misma parroquia.

75. Transcurridos los plazos de las publicaciones, el día designado por las partes, el funcionario del estado civil, en la casa municipal, en presencia de cuatro testigos, sean ó no parientes, leerá á las partes los instrumentos antes mencionados, relativos á su estado y á las solemnidades del matri-

Qué solemnidades se exigirían para la publicidad del ma-

tre VI du titre du mariage, sur les droits et devoirs respectifs des époux.

Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.

76. On énoncera, dans l'acte de mariage :

1º Les prénoms, noms, professions, âge, lieux de naissance et domicile des époux :

2º S'ils sont majeurs ou mineurs :

3º Les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères :

4º Le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans les cas où ils sont requis;

5º Les actes respectueux s'il en a été fait;

6º Les publications dans les divers domiciles;

7º Les oppositions, s'il y en a eu; leur main levée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition;

8º La manifestation des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier public;

9º Les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont parents ou alliés des par-

monio, y el capítulo VI del título del matrimonio sobre los derechos y deberes mutuos de los cónyuges.

Exigirá á cada una de las partes, sucesivamente, la aseveración de que se reciben por marido y mujer, y declarará, en nombre de la ley, que están unidos por matrimonio, é inmediatamente extenderá la respectiva acta.

76. En el acta de matrimonio constará :

1º. Los nombres, apellidos, profesiones, edad, lugar de nacimiento y domicilio de los esposos :

2º. Si son mayores ó menores :

3º. Los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los padres y madres :

4º. El consentimiento de los padres y madres, abuelos y abuelas y el de la familia, en los casos en que sean necesarios;

5º. Las actas de venia, si ésta se ha exigido :

6º. Las publicaciones en los respectivos domicilios;

7º. Las oposiciones, si las hay, el permiso ó la mención de que no hubo oposición;

8º. La declaración de los contratantes de que se reciben por cónyuges y que el funcionario público los declaró casados;

9º. Los nombres, apellidos, edad, profesión y domicilio de los testigos; y su declaración de si son parientes ó afines

rimonio, y si la omisión de ellas constituiría un impedi-

ties, de quel côté et à quel degré.

165. Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties.

166. Les deux publications ordonnées par l'article 63, au titre des Actes de l'état civil, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile.

167. Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile.

168. Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.

169. Il est loisible au Roi ou aux officiers qu'il préposera à cet effet, de dispenser pour des causes graves, de la seconde publication.

de las partes, con cuál de ellas y en qué grado.

165. El matrimonio se celebrará públicamente ante el funcionario civil del domicilio de una de las partes.

166. Las dos publicaciones ordenadas por el art. 63, en el título de las Actas del estado civil, se efectuarán en la municipalidad del lugar donde cada uno de los contratantes tenga su domicilio.

167. Pero si el domicilio actual no se adquirió sino por seis meses de residencia, las publicaciones se efectuarán, además, en la municipalidad del último domicilio.

168. Si las partes contratantes, ó una de ellas, están, en cuanto al matrimonio, bajo la potestad de otro, las publicaciones se efectuarán también en las municipalidades del domicilio de aquellos bajo cuya potestad se hallen.

169. Es potestativo al Rey ó á los funcionarios á quienes autorice, dispensar, por causas graves, la segunda publicación.

C. M. Art. 109. Las personas que pretendan contraer matrimonio se presentarán al juez del estado civil á quien esté sujeto el domicilio de cualquiera de los pretendientes. El juez tomará en el registro nota de esta pretensión, levantando de ella acta en que consten :

I. Los nombres, apellidos, profesiones y domicilios así de los contrayentes como de sus padres, si éstos fueren conocidos :

II. Los de dos testigos, que presentará cada contrayente, para hacer constar su aptitud para contraer matrimonio conforme á la ley :

III. La licencia de las personas cuyo consentimiento se necesita para contraer el matrimonio, ó la constancia de no ser aquél necesario :

mento dirimente, fué uno de los problemas más difíciles

IV. El certificado de viudedad, si alguno de los pretendientes hubiere sido casado otra vez :

V. La dispensa de impedimentos, si los hubiere.

110. Si de las declaraciones de los testigos constare la aptitud de los pretendientes, se fijará una copia del acta en el despacho del juez del estado civil, en lugar bien aparente y de fácil acceso, y otras dos en los lugares públicos de costumbre. Permanecerán fijadas durante quince días, y será obligación del juez del estado civil reemplazarlas, si por cualquier accidente se destruyen ó se hacen ilegibles.

111. Si alguno de los pretendientes ó ambos, no han tenido, durante los seis meses anteriores al día de la presentación, la misma residencia del juez del estado civil, se remitirán copias del acta á los lugares de residencia anterior para que se publiquen en ellos por espacio de quince días.

112. Si alguno de los pretendientes ó ambos, han tenido durante los seis meses señalados en el artículo anterior, la misma residencia del juez, podrá éste, si lo cree conveniente, mandar hacer la referida publicación en las residencias anteriores.

113. Si alguno de los pretendientes, ó ambos, no han tenido residencia fija durante seis meses continuos, las copias de que habla el artículo 111 permanecerán fijadas en los lugares señalados, por dos meses en vez de quince días.

114. Sólo la autoridad política superior del lugar en donde se ha de celebrar el matrimonio puede dispensar las publicaciones.

115. El peligro de muerte de uno de los pretendientes declarado por dos facultativos, si los hubiere, se tendrá por razón suficiente para la dispensa.

116. Además del caso designado en el artículo anterior, podrá concederse la dispensa cuando los interesados presenten motivos bastantes y suficientemente comprobados, á juicio de la referida autoridad pública.

117. En cualquier caso en que se pida dispensa, el juez del estado civil asentará en un acta la petición; y con copia de ella, de las declaraciones de los testigos y demás pruebas presentadas, ocurrirán los pretendientes á la respectiva autoridad pública.

118. El juez del estado civil que reciba, para publicar, actas remitidas por los encargados de otros registros, deberá, pasado el término de la publicación, levantar un acta en que haga constar que aquella se verificó. De esta acta y de las que levante sobre oposición, si la hubiere, remitirá testimonios al juez ante quien penda la celebración del matrimonio. Si no hubiese habido oposición, se expresará así en el acta respectiva.

119. Sin haber recibido los testimonios de que habla el artí-

de los resueltos por el Concilio Tridentino. Después de

culo anterior, por los que conste no haber impedimento legal, no podrá el juez ante quien penda la presentación proceder al matrimonio.

120. Si el matrimonio no quedare celebrado en los seis meses siguientes á la terminación de las publicaciones, no podrá celebrarse sin repetir éstas.

121. Pasados los términos de las publicaciones, y tres días más después de ellos, sin que se denuncie impedimento, ó si habiéndose denunciado, la autoridad judicial declaró que no lo había, ó se hubiese obtenido dispensa de él, se harán constar estas circunstancias en el libro, y, de acuerdo con los interesados, señalará el juez del estado civil, el lugar, día y hora en que se ha de celebrar el matrimonio.

122. Si dentro del término fijado en los artículos 110, 111 y 113 de este Código, se denunciare al juez del estado civil algún impedimento contra el matrimonio anunciado, levantará de ello acta ante dos testigos, haciendo constar el nombre, edad, estado y domicilio del denunciante, y asentando al pie de la letra los términos de la denuncia. Firmada el acta por todos, la remitirá al Juez de primera instancia, quien procederá á la calificación del impedimento conforme al artículo 159.

123. La denuncia de impedimento puede hacerse por cualquiera persona. Las denuncias falsas sujetan al denunciante á las penas que establece el Código penal para el falso testimonio en materia civil. Siempre que se declare no haber impedimento, el denunciante será condenado al pago de las costas, daños y perjuicios.

124. Antes de remitir el acta al juez de primera instancia, el del estado civil hará saber á ambos pretendientes el impedimento denunciado, aunque sea relativo sólo á uno de ellos; absteniéndose de todo procedimiento ulterior hasta que la sentencia que decida sobre el impedimento, cause ejecutoria.

125. La denuncia del impedimento se anotará al margen de todas las actas relativas al matrimonio intentado.

126. Las denuncias anónimas ó hechas por cualquier otro medio sin presentarse personalmente el denunciante, sólo serán admitidas cuando estén comprobadas con las constancias necesarias. En este caso, el juez del estado civil dará cuenta de ellas y de la denuncia á la autoridad judicial de primera instancia, y suspenderá todo procedimiento hasta que ésta resuelva.

127. Denunciado un impedimento, el matrimonio no podrá celebrarse, aunque el denunciante se desista, mientras no recaiga sentencia judicial que declare no haberlo, ó se obtenga dispensa de él.

128. El matrimonio se celebrará en público y en el día, hora

cuatro proyectos, discutidos largamente, el Concilio deci-

y lugar señalados al efecto. Los contrayentes comparecerán ante el juez, personalmente ó por apoderado especial, y acompañados de tres testigos por lo menos, parientes ó extraños.

129. El Juez recibirá la formal declaración que hagan las partes, de ser su voluntad unirse en matrimonio.

130. Concluido este acto, se extenderá inmediatamente en el libro una acta en que consten :

I. Los nombres, apellidos, edad, profesiones, domicilios y lugar del nacimiento de los contrayentes :

II. Si éstos son mayores ó menores de edad :

III. Los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los padres :

IV. El consentimiento de los padres, abuelos ó tutores, ó la habilitación de edad :

V. Que no hubo impedimento ó que se dispensó :

VI. La declaración de los esposos de ser su voluntad unirse en matrimonio, tomándose y entregándose mutuamente por marido y mujer; y la que de haber quedado unidos hará el juez en nombre de la sociedad :

VII. Los nombres, apellidos, edad, estado, profesiones y domicilios de los testigos, su declaración sobre si son ó no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y de qué línea.

C. de la L. 101. Todo sacerdote ó ministro de una secta religiosa domiciliado en una de las parroquias del Estado, es competente para celebrar en ellas matrimonio.

102. El juez parroquial puede, además, autorizar á uno ó más jueces de paz, en los límites de su jurisdicción, para celebrar matrimonios.

103. Ningún matrimonio se efectuará sin permiso especial del juez de parroquia, conferido al sacerdote, ministro ó juez de paz que procede á la celebración.

104. Antes de conceder el permiso de matrimonio, el juez de parroquia exigirá avisos por escrito, fijados en la puerta de la Iglesia ó en el despacho de la Corte; y quince días después, si no hay oposición, concederá la licencia.

Podrá dispensarse esta publicación en los casos que juzgue urgentes y graves.

105. Antes de conferir la licencia, el juez exigirá que el futuro esposo extienda documento por una suma de dinero proporcionada á sus facultades, suscrito por él y por un fiador, para garantizar que no hay ningún impedimento legal del matrimonio. La duración de esa fianza es de dos años.

106. Las licencias de matrimonio no pueden concederse sino por el juez de la parroquia, donde á lo menos uno de los futuros cónyuges tiene su domicilio.

dió, por último, que en lo sucesivo sería requisito esencial

107. Cuando haya oposición al matrimonio, si ésta se apoya con juramento del opositor, y en razones suficientes, en concepto del juez, para justificar la suspensión; la oposición se notificará á los futuros cónyuges, y el juez señalará día para oír á las partes.

108. El matrimonio debe celebrarse en presencia de tres testigos mayores de edad; y se extenderá acta firmada por el funcionario que lo celebre, las partes y los testigos.

109. El tribunal de primera instancia decidirá dentro de diez días la demanda de licencia.

110. Toda persona puede oponerse á un matrimonio; pero en caso en que se rechace la oposición, el opositor debe pagar las costas procesales.

111. Nadie puede casarse por procurador.

C. Esp. 86. Los que con arreglo al artículo 42 hubieren de contraer matrimonio en la forma determinada en este Código, presentarán al juez municipal de su domicilio una declaración, firmada por ambos contrayentes en que consten :

1º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio ó residencia de los contrayentes.

2º Los nombres, apellidos, profesión, domicilio ó residencia de los padres.

Acompañarán á esta declaración la partida de nacimiento y de estado de los contrayentes, la licencia ó consejo si procediere, y la dispensa cuando sea necesaria.

87. El matrimonio podrá celebrarse personalmente ó por mandatario á quien se haya conferido poder especial, pero siempre será necesaria la asistencia del contrayente domiciliado ó residente en el distrito del Juez que deba autorizar el casamiento.

Se expresará en el poder especial el nombre de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, y éste será válido si antes de su celebración no se hubiera notificado al apoderado en forma auténtica la revocación del poder.

88. Si el Juez municipal escogido para la celebración del matrimonio no lo fuere á la vez de ambos contrayentes, se presentarán dos declaraciones, una ante el Juez municipal de cada contrayente, expresando cuál de los dos Jueces han elegido para la celebración del matrimonio, y en ambos juzgados se practicarán las diligencias que se establecen en los artículos siguientes.

89. El Juez municipal, previa ratificación de los pretendientes, mandará fijar edictos ó proclamas por espacio de quince días, anunciando la pretensión con todas las indicaciones contenidas en el artículo 86, y requiriendo á los que tuviesen noticia de algún impedimento para que lo denuncien. Iguales

del matrimonio que éste se efectuase ante el párroco propio y dos testigos.

edictos mandará á los Jueces municipales de los pueblos en que hubiesen residido ó estado domiciliados los interesados en los dos últimos años, encargando que se fijen en el local de su audiencia pública por espacio de quince días, y que, transcurridos éstos, los devuelvan con certificación de haberse llenado dicho requisito y de haberse ó no denunciado algún impedimento.

90. Los militares en activo servicio que intentaren contraer matrimonio están dispensados de la publicación de los edictos fuera del punto donde residan, si presentaren certificación de su libertad expedida por el Jefe del Cuerpo armado á que pertenezcan.

91. Si los interesados fueren extranjeros, y no llevaran dos años de residencia en España, acreditarán con certificación en forma, dada por Autoridad competente, que en el territorio donde hayan tenido su domicilio ó residencia durante los dos años anteriores, se ha hecho, con todas las solemnidades exigidas en aquél, la publicación del matrimonio que intentan contraer.

92. En todos los demás casos, solamente el Gobierno podrá dispensar la publicación de los edictos, mediando causas graves, suficientemente probadas.

93. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el Juez municipal autorizará el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, ya esté domiciliado en la localidad, ya sea transeunte.

Este matrimonio se entenderá condicional, mientras no se acredite legalmente la libertad anterior de los contrayentes.

94. Los Contadores de los buques de guerra y los Capitanes de los mercantes autorizarán los matrimonios que se celebren á bordo en inminente peligro de muerte. También estos matrimonios se entenderán condicionales.

95. Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable á los Jefes de los Cuerpos militares en campaña, en defecto del Juez municipal, respecto de los individuos de los mismos que intenten celebrar matrimonio *in articulo mortis*.

96. Transcurridos los quince días á que se refiere el artículo 89 sin que se haya denunciado ningún impedimento, y no teniendo el juez municipal conocimiento de alguno, procederá á la celebración del matrimonio en los términos que se previenen en este Código.

Si pasare un año desde la publicación de los edictos sin que se efectúe el casamiento, no podrá celebrarse éste sin nueva publicación.

Examinemos, pues, todas las disposiciones del Concilio relativas á la celebración del matrimonio (103).

97. Si antes de celebrarse el matrimonio se presentare alguna persona oponiéndose á él y alegando impedimento legal, ó el Juez municipal tuviere conocimiento de alguno, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se declare por sentencia firme la improcedencia ó falsedad del impedimento.

98. Todos aquellos á cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio, están obligados á denunciar cualquier impedimento que les conste. Hecha la denuncia, se pasará al Ministerio fiscal, quien, si encontrare fundamento legal, entablará la oposición al matrimonio. Sólo los particulares que tengan interés en impedir el casamiento podrán formalizar por sí la oposición, y en uno y en otro caso se sustanciará ésta conforme á lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil, dándole la tramitación de los incidentes.

99. Si por sentencia firme se declararen falsos los impedimentos alegados, el que fundado en ellos hubiese formalizado por sí la oposición al matrimonio, queda obligado á la indemnización de daños y perjuicios.

100. Se celebrará el casamiento, compareciendo ante el Juez municipal los contrayentes, ó uno de ellos y la persona á quien el ausente hubiese otorgado poder especial para representarle, acompañados de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal.

Acto seguido, el Juez municipal, después de leídos los artículos 56 y 57 de este Código, preguntará á cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra; y, respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento con todas las circunstancias necesarias para hacer constar que se han cumplido las diligencias prevenidas en esta sección. El acta será firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y el Secretario del Juzgado.

Los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero.

(103). *Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata, et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit; et proinde iure damnandi sint illi, ut eos sancta Synodus anathema damnat, qui ea vera, ac rata esse negant, quique falsò affirmant, matrimonia, à filiisfamilias sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata, vel irrita facere posse: nihilominus sancta Dei Ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit. Verùm cùm sancta Synodus animadvertat,*

103. Ante todo dispone el Concilio que previamente se proceda á su publicación. Las moniciones ó proclamas

prohibitiones illas, propter hominum inobedientiam, iam non prodesse; et gravia peccata perpendat, quae ex eisdem clandestinis coniugiis ortum habent; praesertim verò eorum, qui in statu damnationis permanent, dum priore uxore, cum qua clam contraxerant, relicta, cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt. Cui malo cum ab Ecclesia, quae de occultis non iudicat, succurri non possit, nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur; idcirco, sacri Lateranensis concilii, sub Innocencio III, celebrati, vestigiis inhaerendo, praecipit, ut in posterum, antequam Matrimonium contrahatur, ter à proprio contrahentium parcho tribus continuis diebus festivis in ecclesia inter missarum solemnias publicè denuntietur, inter quos Matrimonium sit contrahendum: quibus denuntiationibus factis si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem Matrimonii in facie ecclesiae procedatur; ubi parochus, viro et muliere interrogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat: *Ego vos in Matrimonium coniungo in nomine Patris, et Filii, et Spiritus Sancti*, vel aliis utatur verbis iuxta receptum uniuscuiusque provinciae ritum. Quòd si aliquando probabilis fuerit suspicio, Matrimonium malitiosè impediri posse, si tot praecesserint denuntiationes; tunc vel una tantum denuntiatio fiat, vel saltem parcho, et duobus vel tribus testibus praesentibus Matrimonium celebretur. Deindè ante illius consummationem denuntiationes in ecclesia fiant; ut, si aliqua subsunt impedimenta, facilius detegantur: nisi Ordinarius ipse expedire iudicaverit, ut praedictae denuntiationes remittantur: quod illius prudentiae, et iudicio sancta Synodus relinquit. Qui aliter, quàm praesente parcho vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu Ordinarii licentia, et duobus, vel tribus testibus Matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omninò inhabiles reddit; et huiusmodi contractus irritos, et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit, et annullat. Insuper parochum, vel alium sacerdotem, qui cum minore testium numero, et testes, qui sine parcho, vel sacerdote huiusmodi contractui interfuerint, necnon ipsos contrahentes graviter arbitrio Ordinarii puniri praecipit. Praeterea eadem Sancta Synodus hortatur, ut coniuges ante benedictionem sacerdotalem in templo suscipiendam, in eadem domo non cohabitent; statuitque benedictionem à proprio parcho fieri: neque à quoquam, nisi ab ipso parcho, vel ab Ordinario licentiam ad praedictam benedictionem faciendam alii sacerdoti concedi posse: quacumque consuetudine, etiam immemorabili, quae potius corruptela dicenda est, vel privilegio non obstante. Quòd si quis parochus, vel alius sacerdos, sive

eran una costumbre antigua, que el Concilio de Letrán había convertido en ley. Pero el Concilio de Trento volvió á tratar de esta materia, porque las reglas del Concilio de Letrán casi no se observaban y aun eran insuficientes; pues ni siquiera habían determinado el tiempo ni el modo de las publicaciones. El Concilio de Trento fué más preciso. Decidió que son necesarias tres moniciones, que deben efectuarse en la Iglesia parroquial, por el párroco propio de las partes, en tres días de fiesta consecutivos. No todas las dificultades, empero, se habían obviado, y quedaron puntos por resolverse.

En primer lugar, el texto no habla sino del párroco; lo cual origina dificultades cuando los dos esposos pertenecen á parroquias distintas. Resolvióse que eran precisas las proclamas en ambas parroquias, y para ello hay dos motivos. El objeto propuesto por el Concilio no se alcanzaría si se procediese de otro modo; porque destinándose las moniciones á descubrir los impedimentos, deben, para ser eficaces, publicarse donde cada uno de los esposos es perfectamente conocido. Por otra parte, como luego lo vere-

regularis, sive saecularis sit, etiam si id sibi ex privilegio, vel immemorabili consuetudine licere contendat, alterius parochiae sponso sine illorum parochi licentia Matrimonio coniungere, aut benedicere ausus fuerit, ipso iure tamdiu suspensus maneat, quamdiu ab Ordinario eius parochi, qui Matrimonio interesse debebat, seu à quo benedictio suspicienda erat, absolvatur. Habeat parochus librum, in quo coniugum, et testium nomina, diemque et locum contracti Matrimonii describat, quem diligenter apud se custodiat. Postremo sancta Synodus coniuges hortatur, ut antequam contrahant, vel saltem triduo ante Matrimonii consummationem sua peccata diligenter confiteantur, et ad sanctissimum Eucharistiae sacramentum piè accedant. Si quae provinciae aliis, ultra praedictas, laudabilibus consuetudinibus, et caeremoniis hac in re utuntur, eas omninò retineri sancta Synodus vehementer optat. Ne verò haec tam salubria praecepta quemquam lateant, Ordinariis omnibus praecipit, ut, cum primum potuerint, curent hoc decretum populo publicari, ac explicari in singulis suarum dioeceseum parochialibus ecclesiis: idque in primo anno quam saepissimè fiat, deinde vero quoties expedire viderit. Decernit insuper, ut huiusmodi decretum in unaquaque parochia suum robur post triginta dies habere incipiat à die primae publicationis, in eadem parochia factae, numerandos. (Concil. Trident. Ses. XXIV. C. I.)

mos, el párroco de cada uno de los esposos es idóneo para presenciar la celebración; y no sabiéndose ante cuál se procederá á ella, es menester que por medio de las proclamas sean competentes ambos.

Deben efectuarse las proclamas donde cada uno de los dos esposos tenga su domicilio. Pero si una de las partes ó ambas han cambiado recientemente de domicilio, bastan las moniciones en el nuevo domicilio. ¿No son necesarias también en el domicilio anterior? Según unos, eso no es necesario, según otros, lo es siempre, y otros distinguen si el nuevo domicilio ha durado ó no algunos años : parece que tal es el parecer de la Congregación del Concilio.

Las moniciones no son absolutamente necesarias; pueden dispensarse por el obispo, y, al decidirlo así, el Concilio de Trento hizo una profunda innovación. Los antiguos canonistas no aceptaban el principio de que el obispo pudiese dispensar las proclamas prescritas por el Concilio de Letrán : la dispensa no era permitida sino cuando se trataba del matrimonio de los príncipes y grandes señores, cuyo estado y genealogía eran perfectamente conocidos. La costumbre, empero, con la tolerancia del poder pontificio, había establecido la práctica de esas dispensas. El Concilio de Trento cambió la costumbre en ley; pues el obispo puede ejercer de dos maneras la potestad que se le ha conferido, ya remitiendo la publicación después de celebrado el matrimonio, ya dispensado lisa y llanamente todas las moniciones ó algunas. Pero se reconoció que para eso era necesario justa causa, tanto que se ha preguntado si de la negativa del obispo se podría apelar al superior eclesiástico.

Preguntan los canonistas si el obispo puede imponer, al que obtiene la dispensa, el pago de una suma de dinero, *aliquam pecuniae multam fabricae ecclesiae aut piis operibus*. La mayoría de los Doctores opina por la afirmativa : el Concilio de Trento, en su sesión XXV, capítulo 18, ordena expresamente que todas las dispensas sean gratuitas.

104. Pasemos ya á las disposiciones del Concilio concernientes á la celebración misma del matrimonio. Debe contraerse en presencia del cura (*parochus*), ó de otro sacerdote á quien hubiere autorizado el cura ó el ordinario,

y de dos ó tres testigos. Estas son solemnidades esenciales; á omitirse ellas, el matrimonio es nulo, y la *clandestinitas* es uno de los impedimentos dirimentes. Esta disposición fundamental, completada por algunas otras disposiciones accesorias, se ha desarrollado por una interpretación cuyos principales resultados debemos manifestar.

El *parochus* cuya presencia exige el Concilio es el eclesiástico que regenta la parroquia, sea cual fuere su título. Pero no basta cualquier *parochus*; es necesario el *proprius parochus* de los esposos; lo cual se deduce de diversos textos, aunque el decreto no le mencione expresamente. Si los esposos pertenecen á parroquias distintas, cualquiera de los dos curas es competente para la celebración del matrimonio. Siendo cada uno de ellos competente en cuanto á uno de los esposos, lo es igualmente en cuanto al otro; porque se trata de un acto indivisible. Debe añadirse que para la competencia del párroco propio, no es necesario que el matrimonio se celebre en su parroquia. El cura de la esposa podría válidamente intervenir en la parroquia del esposo y viceversa; los dos párrocos podrían proceder á la celebración fuera de su parroquia; pues su competencia es personal y no territorial. Proviene eso de que el párroco interviene, no ejerciendo jurisdicción, sino como un testigo especial.

Pero, ¿cuál es el párroco propio de cada uno de los esposos? Para determinarle los canonistas utilizaron la teoría del domicilio y de la residencia, tal como los juriscultos lo habían establecido explicando las leyes romanas. El Derecho romano distinguía el domicilio de origen, el domicilio real y la *habitatio* ó residencia. Determinábase el domicilio de origen por el nacimiento, y era para cada persona, si hijo legítimo, el lugar donde su padre estaba domiciliado cuando él había nacido; si se trataba de un hijo natural, el lugar donde entonces estaba domiciliada la madre. Este domicilio era necesariamente único é inmutable. El *domicilium habitationem*, ó domicilio real, estaba en el lugar donde una persona residía con intención de habitar indefinidamente. Ese domicilio, una vez adquirido, podía mudarse; para lo cual era necesario cambio de voluntad, y cambio efectivo de residencia. En fin, la *habitatio* ó *residencia* se refería

al lugar donde un individuo se establecía, no con intención de vivir ahí, sino sólo por cierto tiempo y para un asunto cierto.

Esto supuesto, para determinar, en cuanto al matrimonio, el *proprius parochus* de cada uno de los esposos, dos puntos son efectivamente incuestionables (II. 87-89. 95-97) :

El cura del *domicilium originis* no tiene competencia, como tal, para celebrar el matrimonio. Admítese, pues, que en cuanto á lo religioso, la parroquia y la diócesis de un fiel están donde tiene su *domicilium habitationem* : cuando el Derecho canónico quiere excepcionalmente conferir ciertas atribuciones al cura del *domicilium originis*, dicta disposición expresa.

El segundo punto consiste en que el cura del *domicilium habitationis* es siempre competente sin otro requisito : lo es aun cuando ese domicilio, que puede adquirirse en un instante, se hubiese establecido hacía muy poco tiempo, salvo la precaución, ya indicada, en cuanto á publicar las proclamas.

Queda por inquirir si el matrimonio puede ser contraído ante el cura del lugar donde uno de los esposos tiene mera *habitatio*; lo cual ha presentado dificultades y dudas. Algunos no le reconocen competente. Pero otros distinguen entre la mera residencia accidental y transitoria y una residencia destinada á prolongarse, por cierto tiempo, de una manera normal y prevista. Admítese, en este último caso, que el residente es, en cuanto al matrimonio, parroquiano del cura de ese lugar, y tal es la opinión que prevalece. En virtud de esta interpretación, pueden casarse ante el cura de su mera residencia los estudiantes, los criados domésticos, los obreros, los que se refugian en una ciudad á causa de una epidemia que invade el lugar de su domicilio.

La teoría aun deduce que la calidad de parroquiano, en cuanto al matrimonio, se adquiere por la mera residencia continuada durante un año ó la mayor parte de él.

Las decisiones de la Congregación del Concilio son en este caso muy latas.

Si la calidad de *proprius parochus* en este sentido es necesaria para la validez del matrimonio, por otra parte

es suficiente. El matrimonio no dejaría de ser válido aun cuando el párroco estuviese excomulgado, suspenso, *irregularis*, aun no *toleratus*; ya porque siempre es *parochus*, ya porque concurriendo al matrimonio ejecuta acto de presencia mas no de jurisdicción. Lo cual nos conduce á examinar qué papel representa el cura en la celebración.

El Concilio ordena que el cura interroge á los esposos para cerciorarse de su consentimiento, y que pronuncie ciertas palabras conducentes á manifestar que el matrimonio se ha contraído. El decreto de reforma quiere también que se dé á los esposos la bendición nupcial; pero esas solemnidades no tienen importancia jurídica en cuanto conciernen á la validez del matrimonio.

Es cosa averiguada que la bendición no es necesaria para la validez del matrimonio. La opinión contraria no se aceptó por el Concilio; el *decreto* no habla de la bendición sino después de haber mencionado la celebración del matrimonio, y aun supone que puede separarlas un intervalo.

Lo mismo es aplicable á las preguntas que hace el cura y á las palabras que pronuncie : el mero hecho de que estas últimas varían, según los usos de las iglesias, manifiesta que no son esenciales.

Dedúcese de ahí que el Concilio ha conservado la doctrina tradicional de que los contrayentes mismos, mas no el sacerdote, son los ministros del sacramento del matrimonio, y es lo que reconoce la Congregación del Concilio. Dedúcese también, jurídicamente, que no es necesario que el sacerdote represente en la celebración un papel activo. El decreto sólo exige su presencia, así como la de dos testigos, para la validez del matrimonio. Basta que sea espectador, ó más bien dicho él mismo testigo : *testis spectabilis*, dice la Congregación del Concilio. Lo cual se desprende con la mayor claridad de los trabajos preparatorios. El primer proyecto no exigía la presencia del cura, sino sólo la de tres testigos; después, en la discusión, se propuso que el sacerdote fuese necesariamente uno de los testigos; y esa proposición fué generalmente aceptada.

Si la presencia del sacerdote es suficiente, no basta que sea puramente material; debe ser *humana et moralis*. Es necesario que el sacerdote sepa que ante él están un hom-

bre y una mujer, cuya identidad puede justificar; debe constarle que por palabras, ó signos equivalentes, han manifestado el mutuo consentimiento necesario para el matrimonio. Pero, efectuado esto, poco importan los medios que empleen los contratantes para obtener la presencia del cura: bien le tomen por sorpresa, acompañados de los testigos, bien le retengan por violencia, bien le lleven á un paraje con dolo, simulando que va á procederse á otro acto; el matrimonio es válido, siempre que hayan pronunciado ante el párroco las palabras que manifiesten el mutuo consentimiento, y que el párroco las oiga. Terminantes son á este respecto las decisiones de la Congregación del Concilio; la cual ha reconocido muchas veces matrimonios contraídos de la manera más anómala y aun novelesca.

Las atribuciones que el Concilio de Trento confiere, en cuanto al matrimonio, al *proprius parochus*, pueden ser ejercidas por otro eclesiástico que le reemplace. Pero es necesario que el subrogante sea *sacerdos* y que haya recibido delegación válida (*licentia* es el término técnico). La facultad de delegar puede ejercerse por dos personas: el mismo *proprius parochus*, y el ordinario, esto es, el obispo en cuya diócesis está la respectiva parroquia. Como el obispo ejerce la atribución de dar *licentia coniungendi*, dedúcese lógicamente que puede reemplazar al cura y celebrar el matrimonio en persona. El arzobispo en cuya provincia está situada la diócesis de los esposos, ¿puede conferir *licentia*? No, porque no es el ordinario y no ejerce sobre ellos sino atribuciones del todo excepcionales. Admítase que cuando el obispo se deniega á conceder la *licentia* ó á proceder á la celebración del matrimonio, puede apelarse para ante el arzobispo y que en tal evento éste es competente. Pero no podría ejercer tal derecho sino cuando la sentencia expedida á causa de la apelación pase en autoridad de cosa juzgada. El legado del papa ejerce las mismas atribuciones que el obispo en la provincia á donde es enviado, porque él es el *ordinarius*.

En cuanto al ejercicio de la atribución de delegar, los canonistas examinan diversas cuestiones que, si bien poco prácticas, son interesantes jurídicamente. Como se trata entonces de un acto de voluntad y aun de jurisdicción de

parte del *parochus* y del *ordinarius*, no se aplica entonces lo que se ha decidido en cuanto á la presencia del cura en el matrimonio. La *licentia* obtenida por fuerza ó por dolo es nula, y nulo por tanto todo lo que se siga.

Hay una clase de personas á quienes no puede aplicarse exactamente las disposiciones que hemos estudiado, son los vagabundos, *vagi*, que no tienen ningún domicilio conocido. Tratándose de éstos, ¿cuál es el cura competente en cuanto al matrimonio? Si un *vagus* se casa con una persona domiciliada, el cura de ésta tiene evidentemente competencia; pero puede suceder que ambos esposos sean *vagi*, y subsiste la dificultad. No podría pretenderse que se atienda al *domicilium originis* del *vagus*; pues además de que es muy difícil, casi imposible, conocer ese domicilio, sabemos que no confiere nunca competencia al cura en cuanto al matrimonio. Pero entonces sólo puede haber dos soluciones: ó bien aceptarse que ningún *parochus* puede celebrar el matrimonio de dos *vagi*, lo cual equivaldría á declarar que tal matrimonio es imposible, ó bien declarar que todo *parochus* es competente, porque no hay razón para preferir uno á los demás. Esta solución es la que ha prevalecido. El Concilio de Trento la adopta implícitamente. Reglamenta el matrimonio de los *vagi*; pero sólo para tomar precauciones contra él, para hacerlo más difícil, á fin de impedir la bigamia. En las providencias que ha dictado á este respecto, se dirige á todos los *parochus* sin designar ninguno cuya competencia sea especial. No les permite celebrar tales matrimonios sino con dos requisitos: deben recibir una información, y obtener previamente autorización del ordinario. Estas precauciones son necesarias aun cuando uno solo de los esposos sea *vagus*. Por otra parte, si éstas se omitiesen, el matrimonio celebrado ante párroco y dos testigos sería válido. En este aspecto la condición del *vagus* es más favorable que la de los domiciliados; pues todo cura es su *proprius parochus*.

§ V.

Dispensas

105. Expresa el Código civil que sólo á la autoridad eclesiástica corresponde conceder dispensa de los impedimentos de matrimonio, y por lo mismo es necesario conocer las principales disposiciones á ello concernientes.

Las dispensas no sólo se refieren al matrimonio, pues constituyen una materia general é importante en el Derecho canónico. La dispensa consiste en que la ley conserve su fuerza obligatoria, suspendiéndose la aplicación á un caso especial.

Si bien en los primitivos tiempos de la Iglesia los obispos ejercían ampliamente la atribución de conceder dispensas, según el Derecho canónico actual esa atribución corresponde sólo al Sumo Pontífice.

¿A qué materias pueden referirse las dispensas? Desde los primeros tiempos se hizo una distinción que hasta hoy subsiste. La *dispensatio* no se aplica sino á la ley humana; la cual comprende el *ius pontificium* ó *constitutio ecclesiastica*, esto es, la legislación formada ó aceptada por la Iglesia. En cuanto á la ley divina, la *dispensatio* no es aplicable; porque puede modificar ó restringir la ley sólo la autoridad que la ha establecido ú otra superior. Los canonistas asimilan, á este respecto, el Derecho natural al Derecho divino, considerándolo como establecido por Dios.

Pero si ese principio se ha admitido siempre, su aplicación presenta dificultades. En efecto, es necesario determinar ante todo lo que se entiende por Derecho natural. Ahora bien, esa noción nunca se ha establecido con absoluta exactitud, pues los términos *Derecho natural* y *naturalaleza* se han tomado en los sentidos más diversos. Graciano y otros canonistas antiguos, al determinar en qué consiste el Derecho natural, se han referido, por una parte, á las palabras del Evangelio sobre el espíritu de caridad, aceptándolas como la esencia de la ley nueva; y, por otra, al Derecho romano.

En cuanto al Derecho divino, los canonistas hallan su expresión en el texto del Antiguo y del Nuevo Testamento, la *Ley* y el *Evangelio*. Pero lo que en la *Ley* se considera como inmutable son los preceptos morales; pues lo ritual ó místico ha perdido su valor por la promulgación de la ley nueva. Todo cuanto en el Derecho canónico no se funda en el Derecho natural y en el Derecho divino, es legislación puramente humana, y por consiguiente susceptible de *dispensatio*.

Para determinar qué impedimentos de matrimonio pueden dispensarse, los canonistas se refieren á la distinción fundamental entre el *ius humanum*, por una parte, y, por otra, el Derecho natural y divino.

Pasemos pues á los diversos impedimentos del matrimonio, para clasificarlos en una ú otra categoría.

106. Hemos visto que el matrimonio contraído por un impúber es nulo, á menos que la aptitud para la generación se adelante á la pubertad legal. Suponiéndose la persona impúber de derecho y de hecho, pero capaz de comprender el matrimonio, ¿podría el papa, por una *dispensatio*, validar el matrimonio que el impúber contrajo ó quiere contraer? Este es un punto controvertido. Puede afirmarse, en efecto, que la incapacidad se funda en el Derecho natural, y se menciona una decisión de Gregorio XIII. Ha prevalecido empero la opinión contraria.

107. Los Doctores no están de acuerdo sobre si la impotencia anula el matrimonio *iure naturae* ó solamente *iure pontificio*. Prevalece la opinión de que la impotencia es un impedimento de Derecho natural, y que, por ende, la dispensa es imposible. Pero, á pesar de la nulidad radical é irreparable, el matrimonio del impotente puede subsistir por la voluntad de ambos cónyuges, resueltos á vivir como hermano y hermana.

108. Toda persona ya casada es incapaz de contraer nuevo matrimonio mientras viva el cónyuge. Para determinar si el impedimento proveniente del *ligamen* puede obviarse por la *dispensatio*, se distingue entre el matrimonio consumado y el que no lo ha sido.

En cuanto al primero, el impedimento de *ligamen* se considera como de Derecho divino, y el papa no podría conceder dispensas. Tal doctrina ha subsistido siempre, y

se funda en una Decretal de Honorio III expedida á causa de los desórdenes ó abusos originados en el nuevo imperio que fundaron los guerreros de la cuarta cruzada; donde griegos y latinos se trataban mutuamente y se comunicaban sus usos. El papa da á su legado instrucciones á este respecto : le permite relajar en ciertos puntos el rigor de las leyes, á fin de restablecer el orden y la paz; pero al mismo tiempo le indica que ciertas reglas no admiten dispensa, y una de ellas es la indisolubilidad del vínculo conyugal. En el Concilio de Trento se afirmó solemnemente que la Iglesia nunca había dispensado tal impedimento.

Si se trata, al contrario, del matrimonio *ratum, sed non consummatum*, es posible la *dispensatio* : el papa puede disolver el *ligamen*, y permitir que los dos esposos contraigan nuevo matrimonio. Esta doctrina fué aceptada desde antiguo.

109. ¿Admiten dispensas los impedimentos dirimientes que provienen del *votum solemne* y del *ordo sacer*? En cuanto al voto solemne de los religiosos, el problema se presenta en teoría como discutido y difícil. Una teoría antigua sostiene la imposibilidad de toda *dispensatio* : el impedimento se derivaba del Derecho divino y natural, y era imposible que la persona solemnemente consagrada á Dios perdiese esa calidad. Pero tal teoría tuvo contradictores, que, por otra parte, se dividían en cuanto á las razones sobre la no dispensa. Según unos, mientras el fraile fuese fraile, ni el papa podía dispensar el voto de castidad ó el de pobreza; pero el papa podía quitarle el carácter monacal, de *monacho facere non monachum*, y por lo mismo se extinguía la obligación del celibato así como los otros deberes del estado monástico. Lo cual equivalía á admitirse que el impedimento dirimente provenía, no del voto considerado como tal, sino del estado religioso, y era conforme al desarrollo histórico de este impedimento. Otros aceptaban que el papa podía conceder directamente la dispensa del impedimento; doctrina que se funda en la teoría general de los votos. Ha prevalecido la opinión que admite la dispensa directa del *impedimentum voto solemnis*.

110. Admítese también generalmente la dispensa pro-

veniente del *ordo sacer*, y ello se deduce de la teoría que deriva el impedimento de la *lex ecclesiastica*. Siempre ha ejercido el papa tal atribución en casos individuales; en los tiempos modernos sólo algunas veces, y eso para regularizar, como medida general, el estado de numerosos eclesiásticos que, en períodos de desórdenes, habían contraído matrimonio. Así es como, en 1554, el papa Julio III dio á su Legado Reginaldus Polus la facultad de dispensar á los sacerdotes ingleses que habían contraído matrimonio durante el reinado de Enrique VIII. Después del Concilio de Trento, el papa permitió que conservasen sus mujeres los sacerdotes católicos que se habían casado en las naciones alemanas invadidas por la Reforma. Pío VII concedió dispensa á los eclesiásticos casados durante la revolución francesa.

111. El *impedimentum consanguinitatis* es el que ha presentado más importancia práctica en cuanto á las dispensas. La *dispensatio* en esta materia no siempre es posible; los principios la prohíben en ciertos casos; pero la doctrina ha sido varia.

Los canonistas antiguos admitieron que, en cuanto á ciertos grados de parentesco, la prohibición del matrimonio se fundaba en la ley divina; que había *gradus lege divinae prohibiti* cuya dispensa no podía conceder el papa. Eran los designados en el Capítulo XVIII del Levítico; el cual comprende todos los parentescos en línea recta, y, en línea colateral, el primer grado y aun el segundo, á lo menos in *linea inequali*; pues señalábase la *filia fratris*. Pero esta opinión ofrecía graves dificultades. Ante todo se preguntaba si las prohibiciones de la ley mosaica no eran una reglamentación puramente civil, la cual había perdido toda su fuerza en tiempo de la ley nueva. Á la antigua distinción en que se fundaba esta teoría se sustituyó otra. Debía investigarse si la prohibición de matrimonio entre parientes era, en ciertos casos, de Derecho natural : á serlo, la *dispensatio* era imposible. Esta es la doctrina que ha prevalecido. Queda, pues, por determinarse qué grados de parentesco se consideran prohibidos por el Derecho natural.

Todos los teólogos y canonistas se acuerdan en reconocer ese carácter al primer grado en la línea recta; pero,

cosa singular, no todos la reconocen en los grados ulteriores de la misma línea; de manera que, según algunos, la dispensa sería posible en principio pero nunca se ha concedido. En cuanto al parentesco en la línea colateral, muchos sostienen que en ningún grado, ni aun en el primero, es prohibido por el Derecho natural, pero nunca se ha concedido la dispensa en ese grado.

Si bien el Concilio de Trento declaró como principio que la dispensa del segundo grado debe concederse difícilmente, esa disposición no ha tenido grande influencia.

112. En cuanto á la dispensa, el *impedimentum affinitatis* fue asimilado al impedimento de consanguinidad. Al principio se juzgó que la prohibición se fundaba en la ley divina, no solamente en la línea recta, sino también en la línea colateral, si se trataba del matrimonio entre cuñado y cuñada. Después, dejándose esa teoría, se investigó en qué casos se fundaba el impedimento en el Derecho natural. Pero juzgóse que no lo era, y declaró en ese sentido una Decretal del papa Urbano III. Quedaba por investigarse si la prohibición del matrimonio entre afines en la línea recta provenía del Derecho natural; pero esta dificultad se complicaba con otra. Admitiéndose que la prohibición procedía *ex iure naturali*, debió reconocerse el mismo carácter y el mismo efecto cuando provenía de la *affinitas ex copula illicita*, cuya construcción ficticia no podía negarse. En definitiva, hé aquí cómo se ha fijado la doctrina, que puede resumirse en estas tres disposiciones:

1°. Nunca se ha juzgado que la *affinitas ex copula illicita* forma un impedimento de Derecho natural; y la dispensa es siempre posible aun en la línea recta. Se ha concedido de hecho, pero por motivos muy graves y con especiales precauciones:

2°. Cuando la *affinitas* proviene de matrimonio y de cópula lícita, la dispensa no se ha concedido nunca en el primer grado de la línea recta: según unos porque el impedimento es entonces de Derecho natural, y, según otros, porque el poder pontificio así lo ha establecido:

3°. La dispensa de la afinidad en la línea colateral se ha concedido aun en el primer grado.

113. Como la *cognatio spiritualis* proviene de la participación en los sacramentos, no se establece impedimento

dirimente sino en virtud de la *constitutio ecclesiastica*; sin embargo, los papas han tenido muchos escrúpulos en conceder la dispensa. Pero ese rigor se ha mitigado con el tiempo.

114. El impedimento proveniente de la *cognatio legalis* pertenece, á no dudarlo, al *ius humanum*, y, por consiguiente, la dispensa es siempre posible.

115. El *impedimentum publicae honestatis* se ha establecido por la *constitutio ecclesiastica*; la dispensa se concede fácilmente cuando el impedimento proviene de los *sponsalia de futuro*.

116. Hemos visto que el matrimonio es prohibido entre cristianos é infieles. Parece que el *impedimentum disparis cultus* debía considerarse como de *ius divini*, y por consecuencia como no dispensable. Sin embargo la opinión dominante es en sentido contrario; afirmase que la prohibición misma es del *ius divini*, pero que la nulidad, esto es, el impedimento dirimente, no procede sino de la *lex ecclesiastica*. Por consecuencia, el papa puede dispensar ese impedimento, y lo ha dispensado algunas veces, sobre todo en los matrimonios entre judíos y católicos.

117. El crimen no es impedimento de Derecho natural; la dispensa puede concederse en los dos casos en que el adulterio calificado anula el matrimonio. Los canonistas contemporáneos manifiestan, empero, que nunca se concede cuando se trata de un cónyuge que ha maquinado la muerte del otro; concédese sí cuando el adulterio se complica con una promesa de matrimonio.

118. El impedimento dirimente *clandestinitas*, establecido por el Concilio de Trento, procede á no dudarlo de la *lex ecclesiastica*; por consecuencia, los principios permiten que el papa conceda la dispensa; pero no se ha concedido nunca aun tratándose de matrimonio ya contraído, y de la *sanatio in radice*.

119. La dispensa de los impedimentos dirimientes puede obtenerse en dos casos distintos :

Primeramente, antes que el matrimonio se haya contraído; es el curso normal de la dispensa, y entonces el que la ha obtenido lo contrae válidamente. Pero también puede alcanzarse después del matrimonio nulo de derecho. El Concilio de Trento no admite esta segunda *dispensatio*

sino con dos requisitos : es menester que el matrimonio se haya contraído de buena fe, y precedido las moniciones. Pero esta disposición se interpreta en el sentido de que encierra un mero consejo, y no una regla inflexible.

Cuando la dispensa se concede después de celebrado el matrimonio, ¿surte por sí misma el efecto de validarlo? De ninguna manera : sólo permite contraerlo de nuevo; y para ello es necesario nuevo consentimiento de los esposos, prestado *coram paroco et testibus*.

129. Lo cual es aplicable á las dispensas ordinarias. Pero el poder pontificio podría evitar la necesidad y aun la utilidad de un nuevo consentimiento, acompañando á la dispensa una especie de validación aplicada al matrimonio nulo; y eso es lo que se llama la *sanatio matrimonii in radice*. Es una institución definitivamente admitida en el Derecho canónico moderno. Valida el matrimonio mismo respecto de los cónyuges, sin que haya necesidad de nuevo consentimiento de su parte, sin que la ignorancia ó la resistencia de uno de ellos puede impedir la *sanatio in radice* obtenida por el otro. Tan plena potestad del papa sobre los matrimonios nulos corresponde á necesidades prácticas, á circunstancias extraordinarias en que se juzga necesario validarlo, y en que es imposible obtener un nuevo consentimiento de ambos cónyuges. Mas, para dar á la institución esos alcances, ha sido necesario explicarla por un nuevo principio. Parece que los autores modernos, tal vez instintivamente, han acudido al origen esencial según el Derecho canónico : el consentimiento de los esposos forma el matrimonio, y hé aquí cómo han razonado. Si el matrimonio no se anula por un impedimento de Derecho natural ó de Derecho divino, el consentimiento prestado por los esposos, cuando lo contrajeron, surtió todos sus efectos conforme á ese Derecho, y hubiera habido un matrimonio válido é indisoluble, á no obstar la ley eclesiástica que, estableciendo un impedimento, le quitaba toda su fuerza. Pero el legislador eclesiástico puede derogar la ley en este caso, y derogarla retroactivamente, extinguiendo todos los efectos que en el intervalo había ella surtido; cuando eso se efectúa, el consentimiento se retrotrae al día mismo del matrimonio; porque el obstáculo que lo anulaba desapareció como si nunca existiese, y el *consensus* recupera su fuerza

y eficacia. Al mismo tiempo los intérpretes modernos han cambiado el sentido de la terminología antigua: según ellos, la expresión *sanatio matrimonii in radice* proviene de que el consentimiento es la causa y la raíz misma del matrimonio. No podría determinarse con exactitud el momento preciso en que esa doctrina fué establecida definitivamente; pero entre sus principales promotores se cuenta el papa Benedicto XIV, que ha dado una fórmula muy clara (104).

Para que la *sanatio* sea posible, sólo dos requisitos se exigen definitivamente; lo cual resulta así de la tradición antigua como del nuevo sistema. Primero, es necesario que el impedimento que se trata de subsanar sea de puro derecho eclesiástico; y segundo, que haya habido un matrimonio que, aun cuando nulo, se hubiere contraído: el papa no podría transformar retroactivamente, por *dispensatio*, un concubinato en matrimonio legítimo. Eso se explicaba en otro tiempo, cuando no se trataba sino de la legitimación de los hijos, expresándose que el matrimonio era el medio que permitía al papa efectuar indirectamente la legitimación. Ahora se explica por el principio de que el *consensus matrimonialis* es el verdadero elemento que opera la *sanatio in radice*, y ese principio facilita la solución de la última dificultad. Si es necesario un matrimonio de hecho, aunque nulo, y si los esposos lo han celebrado clan-

(104) " In aliquibus circumstantiis conceduntur quaedam dispensationes quae dicuntur *in radice matrimonii*, per quas renovandi consensus necessitas tollitur..... Certum tamen est huiusmodi dispensationes.... concedi quidem aliquando, gravissimis urgentibus causis, et quatenus coniunctio coniugum extrinsecam speciem habeat iusti matrimonii, neque copula fuerit manifeste fornicaria; sed tunc solum cum impedimentum, propter quod matrimonium irritum fuit, nequaquam ortum habuit a iure divino vel naturali, sed a lege dumtaxat ecclesiastica, quam positivam vocant et cui summus pontifex derogare potest; non sane agendo ut matrimonium nulliter contractum non ita contractum fuerit, sed effectus illos de medio tollendo qui, ob huiusmodi matrimonii nullitatem, ante indulgam dispensationem, ac etiam in ipso contrahendi matrimonii actu producti fuerunt; iuxta Clementinam *Quoniam*, *De immunitate ecclesiarum*. " (De synodo dioecesis. I. XIII. C. XXI. nº 7.)

destinamente sin cumplir con las solemnidades del Concilio de Trento, en una nación donde ellas se han puesto en vigor, parece que esta unión anómala, inexistente en cuanto al Derecho canónico, no puede proveer la materia de una *sanatio in radice*. Pero según esta teoría, lo esencial, y que reproduce en parte los principios anteriores al Concilio de Trento, es el *consensus matrimonialis*; la forma no es sino un accesorio, y, si falta, no hay sino un impedimento dirimente de Derecho eclesiástico; la *radice* puede existir sin la forma. Tan cierto es eso, que el matrimonio clandestino es una de las hipótesis en que se pensó cuando se trataba de aplicar la *sanatio in radice*; y ciertos autores aun han sostenido que no podría aplicarse sino á los matrimonios nulos á causa de la clandestinidad ó del rapto. Efectuóse una aplicación célebre cuando el papa confirió la *sanatio in radice* á los matrimonios puramente civiles contraídos en Francia durante la revolución. En sentido inverso, se decide que si hubo la forma, mas no el *verus consensus*, la *sanatio* es imposible; lo cual se extiende aun al matrimonio nulo contraído de mala fe por ambos esposos.

Al terminar lo concerniente á las dispensas, expongamos que los impedimentos fundados en la falta ó los vicios del consentimiento, no pueden dispensarse porque son de Derecho natural : *iure naturali* el consentimiento verdadero y libre es lo que constituye la esencia misma del matrimonio. Por otra parte, mientras los dos cónyuges están vivos, pueden validar el matrimonio por un nuevo consentimiento. La dispensa no podría obtenerse sino bajo la forma de una *sanatio in radice*, concedida cuando la muerte ó la resistencia de uno de los dos cónyuges imposibilite la validación del matrimonio por un nuevo consentimiento.

Art. 104. El matrimonio entre personas que fueren afines en cualquier grado de la línea recta, no producirá efectos civiles; aunque el impedimento haya sido dispensado por autoridad eclesiástica. (*)

REFERENCIAS

Grado de la línea recta. 27.

Dispensado por autoridad eclesiástica. 103.

CONCORDANCIAS

P. de B. 119. El matrimonio entre personas, una de las cuales estuviere en segundo grado de consanguinidad con un ascendiente de la otra, o entre personas que fueren afines en cualquier grado de la línea recta, no producirá efectos civiles; aunque el impedimento haya sido dispensado por autoridad eclesiástica competente (a).

COMENTARIO.

121. En el caso que este artículo prevé, el matrimonio válido, como celebrado con todas las solemnidades prescritas por la Iglesia, no surtía efectos civiles; pues el legislador conceptuaba que tal matrimonio era incompatible con las buenas costumbres. Tan anómala disposición evidencia lo absurdo del sistema. Siendo válido el matrimonio, ¿cómo privarle de efectos civiles? Y si pugnaba con la moral, ¿cómo declararlo válido? ¿Por qué abdicar la atribución esencial, inherente á la soberanía, de prohibir todo cuanto se oponga al orden público y á las buenas costumbres?

Según ya lo hemos visto (112), la Iglesia no dispensa el impedimento que proviene de la afinidad en la línea recta. Pero entonces el artículo es nugatorio.

(a) El matrimonio entre personas que fueren afines en cualquier grado de la línea recta, no producirá efectos civiles; aunque el impedimento haya sido dispensado por autoridad eclesiástica competente (art. 117 del Proyecto Inédito).

El no tiene ya sino importancia histórica, pues fué derogado por la ley sobre matrimonio civil.

Tan incalificable disposición no se copió en el Código ecuatoriano ni en el de Colombia.

Art. 105. No podrá procederse a la celebracion del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario segun las reglas que van a expresarse, o sin que conste que el respectivo contrayente no ha menester para casarse el consentimiento de otra persona, o que ha obtenido el de la injusticia en subsidio. (*)

REFERENCIAS.

Matrimonio 102.

Según las reglas que van á expresarse. 107. 108. 111.

La justicia. 112.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 120. No podrá procederse a la celebracion del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona cuyo consentimiento sea necesario segun las reglas que van a expresarse, o sin que conste que el respectivo contrayente no ha menester para casarse el consentimiento de otra persona, o que ha obtenido el de la justicia en subsidio.

Los que contravengan a esta disposicion o se hicieren cómplices de la contravencion, serán castigados con las penas que en el Código criminal se les imponen; pero no será inválido por esta causa el matrimonio (a).

(*) Pothier. Mariage. 321-322. — Dalloz. Mariage. 110-114. — Demolombe. III. 53. 54. — Vazeille. I. 116. 117. — Laurent. III. 311-316. 320. 321. — Zachariae. (M. V.) I. § 112. — Zachariae (A. R.). V. § 462. — Delvincourt. I. p. 290. (4). — Duranton. II. 91-95. — Marcadé. I. 529. — Demante. I. 214. — Rolin. II. 554-557.

(a) No podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario según las reglas que van o expresarse, o sin que conste que el respectivo contrayente no ha menester para ca-

C. E. 101. No podrá procederse á la celebración del matrimonio sin el asenso ó licencia de la persona ó personas cuyo consentimiento sea necesario según las reglas que van á expresarse, ó sin que conste que el respectivo contrayente no ha menester, para casarse, el consentimiento de otra persona, ó que ha obtenido el de la justicia, en su caso.

C. Esp. 45. Está prohibido el matrimonio :

1º. Al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas á quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la ley.....

C. A. 78. No se procederá al matrimonio mientras los menores ó incapaces no obtengan el respectivo consentimiento, ó cuando, á ser evidente la mayor edad, los esposos no puedan presentar la prueba.....

D. XXIII. II. 2. (Véanse las *Concordancias* del art. 107.)

COMENTARIO

122. En extremo importantes son las reglas que da el art. 105 :

1º. No puede celebrarse el matrimonio sin el asenso ó licencia de las personas cuyo consentimiento sea necesario :

2º. Si no hubiere asenso ó licencia, debe constar que el respectivo contrayente no necesita el consentimiento de otra persona :

3º. Á falta de estas dos circunstancias, es necesario que la justicia autorice para el matrimonio.

Los arts. 107, 108 y 111 determinan qué personas necesitan, para casarse, el asenso ó licencia de otras.

El Código civil no expresa cómo ha de constar el asenso ó licencia.

Según la ley sobre matrimonio civil, á la manifestación deben agregarse instrumentos fehacientes del asenso ó licencia, esto es, escritura pública ó documento privado reconocido.

sarse el consentimiento de otra persona, o que ha obtenido el de la justicia en subsidio. Art. 118. — Proy. inéd.

Evidentísimo es que no bastaría el permiso en abstracto, por decirlo así, de la persona cuyo consentimiento es necesario (1); que debiendo coincidir con el matrimonio el

(1) " En el instrumento otorgado cuando el ascendiente concede la licencia, ¿debe expresarse el nombre de la persona con quien se contraerá el matrimonio? ¿Puédese autorizar al hijo para que se case con cualquiera persona, ó dejar el nombre en blanco? Sorprende que sobre esto se discuta, y que haya quién vacile al resolverlo negativamente. Para resolver así hay una razón decisiva. ¿En qué consiste el instrumento donde consta la licencia? Reemplaza el consentimiento oral que se prestara ante el funcionario del estado civil, y debe enunciar lo que el ascendiente expresaría si ante ese funcionario se presentase en persona. Ahora bien, cuando el matrimonio se efectúa, ¿dice el padre que consiente en que su hijo se case con cualquiera? Hablemos seriamente. Consentir, es aprobar el matrimonio después de madura deliberación. ¿Y á qué se refiere ella? Precisamente á las cualidades del esposo ó esposa. Dar un consentimiento en general, ó dejando el nombre en blanco, sería una amarga burla. " (Laurent. II. 320.)

" El consentimiento que el ascendiente preste, ¿se refiere á un matrimonio determinado con persona cierta é individualmente designada?

" ¿Qué se propone la ley? Que la experiencia del padre sea provechosa al hijo, que le ilustre, le dirija, y le impida oportunamente una desgracia irreparable. Y es evidentísimo que esto no puede obtenerse sino cuando el padre conoce á la persona con quien el hijo va á casarse. Por consecuencia, el padre se burla de la ley cuando dice al hijo : Cásate con quien quieras. Entonces, lejos de ejercer la patria potestad, la resigna, la abdica en grave detrimento del hijo, de la familia y aun de la sociedad. Los casos rarísimos en que el permiso expresado de antemano presentase algunas ventajas, no obstan á la aplicación de la regla. ¿Quién sabe, por otra parte, si esa libertad no fuera funesta al hijo, autorizado para casarse en nación extranjera sin consentimiento del padre!... Sí, sin su consentimiento, lo repito, porque esa es la verdad. " (Demolombe. III. 53.)

" El consentimiento de los padres debe ser especial para un matrimonio determinado y con una persona cierta; tal requisito es conforme al espíritu de nuestras leyes, que se proponen dar al hijo un guía experto para el acto más trascendental de la vida. Tal vez se objete que el padre puede confiar en la prudencia del hijo que va á establecerse en lugar distante, y prever que acontecimientos de fuerza mayor obsten á un matrimonio ventajoso, y que debe conferirsele el derecho de prestar al hijo un consentimiento anticipado. ¿Pero no renunciaría el padre la patria

asenso ó licencia, puede revocarse mientras el matrimonio no se contraiga, y que si muere ó pierde el juicio la persona que lo concedió, es necesaria la licencia del subrogante (2).

potestad? Y no es permitido renunciarla ni en las capitulaciones matrimoniales. " (Dalloz. Mariage. 110.)

" El consentimiento de los padres no se presta de una manera general é indefinida; debe ser especial para un matrimonio determinado y con una persona á quien se designa. Ciertó que este requisito no se ha expresado en ningún artículo del Código civil; pero él se deduce de la naturaleza misma de las cosas, de los principios del derecho común, y particularmente de los principios de la patria potestad concedida en beneficio de los hijos. La ley desconfía de la razón del hijo menor, á quien sujeta á la dirección de los padres, que deben precaverle de los lazos que se le tiendan y de sus propios extravíos; y para que le proteja de unos y otros es necesario que pueda ver y observar distintamente con quién va á casarse el hijo. Si el padre, que confía en el hijo, juzga conveniente que se establezca en otro lugar y le autoriza para casarse á su arbitrio con la mujer que le convenga, lejos de proteger al hijo, le abandona. Si hasta entonces el hijo se ha portado con juicio y prudencia, ¿será ello una prenda de que en lo sucesivo procederá de la misma manera? Si el hijo se ha engañado, si ha contraído un matrimonio que le acarree desgracias, el padre se inculpará á si mismo el permiso considerado y ciego..... " (Vazeille. I. 116.)

(2) " ¿Cuándo debe darse la licencia? En el momento mismo en que el matrimonio se celebra, el hijo, como incapaz, debe ser autorizado por el respectivo ascendiente. Si la autorización consta por escrito, es necesario que el ascendiente persevere hasta el momento de la celebración; pues mientras tanto puede revocarla, porque se trata de un acto de voluntad puramente unilateral. De ahí que si el ascendiente muriese ó perdiese el juicio, caducaría la licencia, y el hijo necesitaría el consentimiento de la persona llamada á manifestarlo á falta de la que está en absoluta imposibilidad. " (Laurent. II. 321.)

" ¿Cuándo deben conceder permiso los ascendientes? En el instante de la celebración del matrimonio. En efecto, la ley exige su permiso, no para un proyecto de matrimonio, sino para el matrimonio; y el matrimonio no se perfecciona sino en el acto de celebrarse y por la celebración misma. Luego, en ese instante es cuando deben consentir; luego, si el consentimiento se ha expresado de antemano, y por instrumento especial, es necesario que subsista y persevere hasta el instante de la celebración.

" De donde se deduce : 1º Que los ascendientes pueden hasta

La regla tercera enuncia el principio, inmoral y absurdo, de que á falta del consentimiento de los padres ú otros ascendientes, la justicia sea quien lo conceda. De este punto trataremos al comentar el art. 112.

Art. 106. Los que hayan cumplido veinte i cinco años no estarán obligados a obtener el consentimiento de persona alguna. (')

REFERENCIAS.

Veinticinco años. 26. 266. 1446.
Obligados. 1437.

entonces revocarlo; y 2º Que si el ascendiente cuyo consentimiento fuere necesario, y que en efecto ha consentido en el proyectado matrimonio, antes de la celebración muere ó se halla en la imposibilidad de manifestar su voluntad; el hijo debe obtener el consentimiento de aquellos á quienes la ley llama á subrogarle. Posible es, en verdad, que la revelación de circunstancias al principio ignoradas ó de circunstancias que después sobrevienen, altere la situación, manifieste la inconveniencia del matrimonio, é induzca por consecuencia al ascendiente á que deniegue hoy el consentimiento antes concedido." (Démolombe. III. 56.)

"Concedido el permiso, no es irrevocable, y puede retractarse mientras no haya surtido efecto por la celebración del matrimonio. La aprobación de los padres puede provenir de sorpresa ó pueden haberse engañado; y cuando las cosas se hallan íntegras, no cabe rehusarles el derecho á un nuevo examen y nueva resolución.

"Si el padre que ha consentido en el proyectado matrimonio muere ó se halla en interdicción antes de celebrarse, el consentimiento que ha prestado se extingue con él ó con sus derechos civiles. La madre sobreviviente ejerce la patria potestad, y el matrimonio no puede efectuarse sin su aprobación." (Vazeille. I. 121.)

(') Locré. I. 297. 71. — IV. 313. art. 10. — 216. art. 7. — 489. 17. — VII. 365. 2. — Dalloz. Mariage. 120. 125. 128. — Laurent. II. 311. 322. 325. — Laurent. (D. C. I.). IV. 315. 318. 319. — Démolombe. III. 59. 60. 66. 74. 78. — Toullier, I. 548-550. — Demante. I. 214-217. — Marcadé. I. 534. 535. — Accarias. I. 83. — Zachariae. (M. V.). 127. — Maynz. III. 305. — Berriat-Saint-Prix. I. 753. 754. — Montesquieu. XXIII. VII.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 121. Los mayores de veinticinco años no estarán obligados a obtener el consentimiento de persona alguna (a).

C. E. 102. Los que hayan cumplido veintiún años no estarán obligados á obtener el consentimiento de persona alguna.

C. de N. 148-153 (Véanse las *Concordancias* del artículo 107).

C. C. 116. El varón mayor de veintiún años y la mujer mayor de diez y ocho pueden contraer matrimonio libremente.

C. Esp. art. 47. 48. (Véanse las *Concordancias* del artículo 107).

COMENTARIO.

123. Este artículo divide las personas en dos grandes grupos : las que han cumplido veinticinco años, y las que no han llegado á cumplirlos (1).

Las primeras, sin consultar á nadie, sin solicitar ni la venia de los padres ú otros ascendientes, tienen la más amplia libertad para casarse.

Las segundas necesitan, respectivamente, el consenti-

(a) Los que hayan cumplido veinte i cinco años no estarán obligados a obtener el consentimiento de persona alguna. (Art. 119 del Proyecto Inédito.)

(1) "¿Por qué no los varones mayores de veinticuatro i las mujeres mayores de veintidos, segun la lei nacional de 9 de setiembre de 1820? Porque no veo motivo para hacer una diferencia en favor de las mujeres, cuando no se trata del desarrollo físico, sino de la prudencia y juicio, que en la mujer son de ordinario mas flacos, mas fáciles de engañar i sorprender. No tienen, pues, de qué quejarse las mujeres si se las iguala bajo este respecto a los varones. Por otra parte, no veo razon para rebajar un año a los veinte i cinco que generalmente constituyen la edad mayor.

"Por qué se omite la peticion respetuosa de que habla la citada lei. Porque esta es una cosa que debe dejarse á los sentimientos naturales, i porque donde no los hubiese, la tal peticion no seria mas que una fórmula vana, irrisoria." (Anotación de Bello.)

miento de los padres, legítimos ó naturales, abuelos ú otros ascendientes legítimos, ó, á falta de éstos, el de los curadores.

Nada más nocivo ni más escandaloso que el sistema en cuanto á las personas que ya hubieren cumplido veinticinco años. No procederían ellas con más libertad si fueran creación espontánea. La ley civil, llamada á estrechar y robustecer los vínculos de familia, debe constituir al padre en tribunal que decida de una manera absoluta en todo cuanto atañe al matrimonio de los hijos menores, ó que suspenda por cierto tiempo el de los mayores de edad. Mas ahora la ley civil autoriza á éstos para escarnecer y abofetear la autoridad paterna, y para ufanarse del libertinaje en cuanto al matrimonio. De ahí la infinidad de matrimonios infames que en Chile y en el Ecuador se contraen. Qué diferencia entre el libertinaje de matrimonio establecido en las naciones donde el Derecho canónico tiene influencia decisiva, y el matrimonio en Francia, donde el hijo, aunque sea mayor de veintidós años, hasta los veinticinco no puede casarse sin licencia del padre (2) y desde entonces, sin pedirle venia respetuosa (3). Lo cual consulta los miramientos á la au-

(2) " Cuando los hijos, naturales ó legítimos ", decía Portalis " han llegado á la edad mayor, deben ser los árbitros de su propia suerte; su voluntad basta: no tienen necesidad de que concurre otra voluntad. Pero es cierto que durante la vida de los padres los hijos mayores están todavía obligados á obtener su consentimiento, aunque la ley hubiese declarado que no es necesario. Las buenas costumbres exigían restablecer esa especie de culto que rinde el amor filial á la dignidad y, me atrevo á decirlo, á la majestad que la naturaleza misma parece ha impreso en los que son para nosotros, en la tierra, la imagen y aun los ministros del Criador. " (Locré. IV. 189. 17.)

(3) " La ley debe proponerse que los padres reflexionen sobre sus preocupaciones, y los hijos, sobre la pasión que les puede extrañar. Reunirlos algunas veces, dejar en ambos á la razón y los afectos el tiempo de ejercer su influencia, es un medio que la naturaleza misma enseña. Cuando están los padres en presencia de los hijos y entran en explicaciones, casi siempre se disipan los resentimientos y se restablece la armonía.

" Se conseguirá el objeto de dar á los padres y á los hijos ocasión y tiempo de explicarse, ordenando que si la respuesta á la

toridad paterna, y da al hijo tiempo suficiente para reflexionar sobre las consecuencias del matrimonio que trata de contraer sin el consentimiento de los padres.

Cuando el legislador da reglas sobre las convenciones muy trascendentales, aun relativas sólo á los bienes, como, por ejemplo, la venta de inmuebles, toma muchas precauciones conducentes al acierto, y sin embargo queda á las partes el derecho de pedir que el contrato se rescinda por lesión enorme. Mas, en cuanto al matrimonio, en que muchas veces no se consulta sino á las pasiones, garantiza la más absoluta libertad, y, contraído, dice á los esposos : *perded toda esperanza*.

primera venia respetuosa no es conforme á los deseos del hijo, la petición se renueve otras dos veces de mes en mes, y que el matrimonio no pueda celebrarse sino transcurrido un mes desde la tercera petición.

“La suspensión del matrimonio no debe ser de largo tiempo; la ley fuera contradictoria si, declarando que cumplida cierta edad, el consentimiento de los padres no es necesario, y que sólo debe pedirseles consejo; prescribiese una suspensión que, demasiado larga, podría convertirse en impedimento al matrimonio, ú ocasionar el escándalo más peligroso para las buenas costumbres. Debe reflexionarse en que durante el tiempo de las venias respetuosas en una de las familias, la otra se halla en un penoso estado de incertidumbre, y debe tomarse un término medio no excediéndose del plazo necesario para que los hijos de familia no se decidan por el primer arrebató de las pasiones, y que la voz de los padres pueda penetrar hasta el fondo del corazón.

“También debía observarse que fundándose casi siempre el disentimiento de los padres en la fogosidad de las pasiones que arrebatan á los hijos, y en la inexperiencia que impide á éstos comprender sus verdaderos intereses; no debía presumir la ley tales motivos cuando una joven ha cumplido veinticinco años, y el hijo varón ha cumplido treinta. Debe subsistir siempre el respeto que al padre deben los hijos; pero entonces no es necesario que el tiempo de la suspensión del matrimonio sea tan largo : exigese una sola venia respetuosa, y, transcurrido un mes, puede celebrarse el matrimonio.” (Id. 588. 4.)

Art. 107. Los que no hubieren cumplido veinte i cinco años, aunque hayan obtenido habilitacion de edad para la administracion de sus bienes, no podrán casarse sin el consentimiento espreso de su padre lejítimo, o a falta de padre lejítimo, el de la madre lejítima, o a falta de ambos, el del ascendiente o ascendientes lejítimos de grado mas próximo.

En igualdad de votos contrarios preferirá el favorable al matrimonio. (*)

REFERENCIAS

Veinticinco años. 26. 1447.

No podrán casarse. 114. 115. 1208.

Padre lejítimo. 35. 40. 43. 240.

Ascendiente ó ascendientes lejítimos de grado más próximo. 27. 28.

CONCORDANCIAS

P. de B. 122. Los menores de veinticinco años, aunque hayan obtenido habilitación de edad para la administración de sus bienes, no podrán casarse sin el consentimiento expreso de su padre lejítimo, o a falta de padre lejítimo, sin el de la madre lejítima, o a falta de ambos, sin el de un ascendiente lejítimo, prefiriéndose el de grado mas próximo, i entre los ascendientes de un mismo grado el varon a la hembra, i entre los de un mismo grado i sexo, el de la línea masculina (a).

(*) Locré. IV. 313. art. 6.—9-327. 20-22-329. 25-355. art. 7-375. 10-407. art. 5-118. 14-451. 3-461. art. 7-484. 12-14-534. 10-12-553. 8-617. XXI.—(E). II. p. 63-66.—art. 148. p. 17-70.—art. 149. p. 70.—Pothier. Mariage. 321-325. 337. 338.—Merlin. Empêchements, § V. art. II. n. II.—Dalloz. Mariage. 12. 13. 95-100. 108-115. 125-190.—Laurent. II. 311. 312. 316. 317. 319-338.—(D. C. I.) IV. 310-316.—Toullier. I. 540-542. 545.—Vazeille. I. 12. 13. 58. 115-121. 126. 127.—Demolombe. III. 35-39. 46-58.—Zachariae (M. V.). I. § 127.—Zachariae (A. R.) V. § 462.—Duranton II. 72-79. 91-99.—Marcadé. I. 523. 524.—Huc. II. 30-38.—D'Aguesseau. Trentième plaidoyer. (II. p. 547-576).—Gutiérrez (B) I. p. 263 arts. 2º-3º.—Ortolan (I). 105.—Maynz. III. 305.—Montesquieu. XXIII. VII.—Grotio. II. V. 10.—Kelly. Chap. I. sec. II. p. 5.—Foelix. II. p. 413-430.—Rolin. II. 554.—Kent. II. XXVI. 5.—Stephen. II. b. III. chap. II. 4.

(a) Los que no hayan cumplido veinte i cinco años, aunque hayan obtenido habilitación de edad para la administración de sus bie-

C. E. 103. Los que no hubieren cumplido veintiún años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de su padre legítimo, ó á falta de padre legítimo, el de la madre legítima, ó á falta de ambos, el del ascendiente ó ascendientes legítimos, de grado más próximo.

En igualdad de votos contrarios, preferirá el favorable al matrimonio.

C. de N. 148. Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

149. Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

150. Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et les aïeules les remplacent : s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul.

S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement.

151. Les enfants de famille

148. El hijo que no ha cumplido veinticinco años, y la hija que no ha cumplido veintiuno, no pueden casarse sin el consentimiento de su padre y madre : en caso de discordia, el consentimiento del padre basta.

149. Si uno de los dos ha muerto, ó está en imposibilidad de manifestar su voluntad, el consentimiento del otro basta.

150. Si el padre y la madre han muerto, ó están en imposibilidad de manifestar su voluntad, los abuelos y abuelas los reemplazan : si hay discordia entre el abuelo y abuela de una misma línea, basta el consentimiento del abuelo.

Si hay discordia entre las dos líneas, equivale á consentimiento.

151. Los hijos de familia

nes, no podrán casarse sin el consentimiento expreso de su padre legítimo, o a falta de padre legítimo, el de la madre legítima, o a falta de ambos, el del ascendiente o ascendientes de grado mas próximo.

Si discordaren éstos, prevalecerá el voto favorable al matrimonio, aunque sea mayor el número de los votos contrarios (Art. 120 del Proyecto Inédito).

ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

152. Depuis la majorité fixée par l'article 148, jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils, et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent, et sans lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage, sera renouvelé deux autres fois, de mois en mois; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage.

153. Après l'âge de trente ans, il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage.

que han cumplido la edad señalada en el artículo 148, están obligados, antes de contraer matrimonio, á pedir respetuosa y expresamente la venia de su padre y madre, ó la de sus abuelos y abuelas, quando el padre y la madre han muerto, ó están en imposibilidad de manifestar su voluntad.

152. Desde la edad señalada en el artículo 148 hasta que los varones cumplan treinta años, y las mujeres cumplan veinticinco, la petición respetuosa de la venia prescrita en el artículo precedente, y que no ha surtido el efecto de obtener el consentimiento, se renovará dos veces, de mes en mes; y transcurrido un mes, desde la tercera petición, podrá procederse á la celebración del matrimonio.

153. Cumplida la edad de treinta años, si en virtud de una petición respetuosa no se obtuviere el consentimiento, podrá, transcurrido un mes, procederse á la celebración del matrimonio.

C. Arg. 169. El hijo legítimo de familia y el natural reconocido que no hubiesen cumplido veinte y dos años, necesitan para contraer cualquier clase de matrimonio autorizado por este Código, el consentimiento paterno. Si falta el padre ó se halla impedido para darlo, corresponde á la madre prestar su consentimiento.

176. El párroco, pastor ó sacerdote que casare á personas que debían antes obtener el asentimiento de sus

padres, tutores ó curadores, sin que le presenten la respectiva licencia, podrá ser acusado por el Ministerio Público.

177. Casándose los menores de uno y otro sexo sin las autorizaciones necesarias, les será negada la posesión y administración de sus bienes, hasta que sean mayores de edad. No habrá medio alguno de cubrir la falta de tales autorizaciones.

P. de G. 51. El hijo de familia que no ha cumplido veintitrés, y la hija que no ha cumplido veinte, necesitan para casarse del consentimiento paterno.

52. En el caso del artículo anterior, si falta el padre, ó se halla impedido, para prestar su consentimiento, corresponde la misma facultad á la madre; y en su defecto al tutor, con acuerdo del consejo de familia; pero entendiéndose que en este último caso á los veinte años de edad cesa en el pupilo la obligación de obtener el consentimiento.

En el caso de disenso entre el tutor y el consejo de familia, prevalecerá el voto favorable á la celebración del matrimonio.

C. P. 146. Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del consentimiento expreso de su padre y madre, ó al menos del padre.

147. Si el padre ha muerto ó ha caído en incapacidad mental, bastará el consentimiento de la madre que ejerza la patria potestad.

148. Si el padre y madre hubieren fallecido ó fueren incapaces, se obtendrá el consentimiento de los ascendientes paternos ó maternos más próximos, y á falta de ellos, el del consejo de familia.

C. de la L. 99. Todo menor que se halla en estado de casarse, está obligado á obtener el consentimiento de su padre ó madre, y si ambos han muerto, el de su curador.

Debe presentar prueba del consentimiento al funcionario á quien se dirija para que permita el matrimonio.

C. A. 49. Los menores ú otros incapaces necesitan, para contraer matrimonio, el consentimiento de su padre legítimo. Si el padre ha muerto ó se halla en incapacidad de ejercer la patria potestad, es preciso, además de la autorización del tutor, la licencia del tribunal.

N. R. X. II. 18... ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á cualquiera clase del Estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien, en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la

razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas que hayan cumplido 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre : en defecto de éste tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes, esto es, los varones á los 24 y las hembras á los 22, todos cumplidos : á falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de éste; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre, esto es, los varones á los 23 y las hembras á los 21, todos cumplidos : á falta de los padres y abuelos paterno y materno sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los tutores el juez del domicilio, todos sin obligación de explicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio, los varones á los 22 años, y las hembras á los 20, todos cumplidos... Los Vicarios eclesiásticos que autorizaren matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes segun los requisitos que van expresados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriación y en la de confiscación de bienes incurrirán los contrayentes.

Inst. X. I. Iustas nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias; dum tamen, si filii familias sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut iussus parentis praecedere debeat.

D. XXIII. II. 18. Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur.

X. Son justas nupcias las que contraen los ciudadanos según las leyes, si los varones son púberes, y núbiles las mujeres, ya sean padres de familia, ya hijos de familia; siempre que, en este último caso, obtengan el consentimiento de los padres en cuya potestad se hallan; porque la razón natural y la ley civil lo exigen, de manera que el consentimiento del padre debe preceder.

18. Los matrimonios renovados entre las mismas personas, no se juzgan legítimos, si no son con el consentimiento de los padres.

COMENTARIO.

124. En cuanto al asenso ó licencia que, para contraer matrimonio, necesita el hijo legítimo menor, el art. 107 fija las siguientes reglas :

- 1°. Debe obtener licencia expresa del padre :
- 2°. Á falta de padre, la de la madre :
- 3°. Si no hubiere padre ni madre, la conceden el ascendiente ó ascendientes legítimos de grado más próximo ; y
- 4°. Cuando sean dos ó más los ascendientes llamados á conceder la licencia, y hay igualdad de votos en pro y en contra, prevalece el voto favorable al matrimonio.

125. Cuando hay padre y madre legítimos, ni se consulta á la madre. Semejante regla es tanto más anómala, cuanto Don Andrés Bello tuvo á la vista el art. 148 del Código de Napoleón ; según el cual se pide el permiso al padre y madre, y, en caso de discordia, prevalece el voto del padre.

Entre los romanos era necesario el consentimiento paterno, atendiéndose á la patria potestad, que, ajena á la madre, confería al padre una especie de dominio sobre el hijo de familia. El no consultar á la madre es, por lo mismo, mera reminiscencia de las leyes romanas, que, en cuanto á la organización de la familia, no pueden servir de modelo. Si el amor á los hijos y el deseo innato de que sean felices son hoy el fundamento del permiso que el padre les concede (1), ¿cómo negar que debe consul-

(1) " Las fuerzas físicas ", decía Portalis, " se desarrollan con más rapidez que las facultades intelectuales. La persona existe mucho tiempo sin vivir, y cuando comienza á vivir no puede gobernarse. Exigimos, pues, el consentimiento del padre y madre para el matrimonio de los hijos que no han cumplido veinticinco años, y para el de las hijas que no han cumplido veintiuno.

" La necesidad de tal consentimiento, reconocida por todas las leyes antiguas, se funda en el amor de los padres, en su razón, y en que ésta no es completa en los hijos.

" Así como hay una edad adecuada para el estudio de las ciencias, hay otra para conocer el mundo. Este conocimiento es ajeno á la juventud, que puede ser tan fácilmente engañada ó por la ilusión ó por extrañas sugerencias.

tarse siempre á la madre? ¿Por qué no interviene ella en un acto que le toca tan de cerca como al padre?

“ No se lastima la libertad de los esposos, protegiéndolos contra la violencias de las pasiones.

“ De todos los actos humanos el matrimonio es el que ejerce mayor influencia en la suerte de los hombres, y es necesario emplear en cuanto á él precauciones eficaces. Deben conocerse las obligaciones que se contraen, para ejercer el derecho de contraerlas. Un conyuge virtuoso, aunque desgraciado por su ligereza ó error, no faltará nunca á la fe prometida; pero se arrepentirá de la promesa. Es menester que oportunamente se busquen medios de ilustrar la razón, previniendo los más amargos pesares.

“ En algunas legislaciones antiguas, los magistrados tenían, en cuanto al matrimonio de los ciudadanos, la inspección que razonablemente no se concede sino á los padres. Pero nunca se ha permitido que en la primera edad de las pasiones, los hijos procedan á su discreción en el acto más importante de la vida.

“ Acaso se diga que los padres pueden abusar de su potestad. ¿Pero no se ilustra ella por la ternura? Muy juiciosamente se ha notado que los padres aman á los hijos más que los hijos á los padres.

“ Ciertamente que en algunos hombres los caprichos y la avaricia usurpan los derechos de la potestad paterna. ¡Pero si hay un padre opresor, cuántos hijos ingratos y rebeldes! La naturaleza ha dado á los padres mayor interés por la prosperidad de los hijos que por la suya propia, y la ley debe deferir á la naturaleza.

“ Previsto el caso en que el padre y la madre estén discordes, hemos comprendido que, en una sociedad de dos, toda deliberación, todo resultado serían imposibles, si no prevaleciese el parecer de uno de los asociados. La preeminencia del sexo fuerte ha concedido siempre ese derecho al padre.

“ La diferencia, en cuanto á la edad mayor, entre las mujeres y los varones, apenas si necesita explicación. Todos los legisladores la establecen, porque todos comprenden los motivos en que se funda. La naturaleza se desarrolla con más rapidez en un sexo que en otro. Una joven que languideciera mucho tiempo, perdería parte de los atractivos que contribuyen á establecerla, y aun estuviera expuesta á peligros que comprometerían su virtud; porque una joven no ve en el matrimonio sino la conquista de su libertad. No puede haber los mismos inconvenientes en cuanto á los varones, tan inclinados al celibato, y á quienes puede inculparse que huyen del matrimonio como de la esclavitud.

“ En los asuntos diarios de la vida civil, la época de la edad mayor es menos tardía que en el matrimonio; porque de todos los actos de la vida el matrimonio es aquel de que depende la

126. Cuando falta el padre, el voto de la madre es decisivo, y sin su consentimiento expreso, ó, en su caso, sin el judicial, no puede procederse al matrimonio.

127. Si faltan el padre y madre, deben consentir el ascendiente ó ascendientes legítimos del grado más próximo.

Nótese que el hijo legítimo puede tener abuelos naturales, y que éstos no son oídos, porque no pertenecen á la familia de los hijos legítimos.

128. Cuando faltan el padre y madre legítimos, el Código de Napoleón atiende, en cuanto al permiso para el matrimonio, no sólo á la proximidad de los ascendientes sino también á la línea; de manera que en cada una se consulta á los ascendientes más próximos. En cada línea

felicidad ó desgracia de los esposos, y que tiene mayor influencia en la suerte de las familias, en las costumbres sociales y en el orden público.

“ Hablando de la necesidad del consentimiento de los padres, hemos supuesto que ambos viven. Si uno de ellos ha fallecido ó está en imposibilidad de manifestar su voluntad, juzgamos que el consentimiento del otro basta.

“ Si el padre y madre han muerto, los reemplazan los abuelos ó abuelas.

“ Si concurriendo los abuelos y abuelas de la línea paterna y materna, hay discordia entre las dos líneas, ésta equivale á consentimiento; pues, en caso de duda, debe decidirse por la libertad y por la celebración del matrimonio. No debo omitir una aclaración. Aunque exigimos, como antes se exigía, el consentimiento del padre y madre para el matrimonio de los hijos, no fundamos la necesidad de ese consentimiento en los mismos principios.

“ Según la antigua jurisprudencia, tal necesidad provenía de la patria potestad, y los autores la derivaban de una especie de derecho de dominio, que originariamente ejercía el padre sobre las personas á quienes había dado el ser; derecho que no correspondía á la madre durante la vida del jefe de la familia, ni á los ascendientes paternos. Las ideas de potestad se han reemplazado hoy por otras. Atiéndese más al amor de los padres y á su prudencia que á su autoridad. De ahí el concurso simultáneo de los parientes de un mismo grado, para cumplir unos mismos deberes y ejercer una misma vigilancia. Tal sistema mitiga y extiende la magistratura doméstica sin enervarla. Concede iguales derechos á todos los que pueden tener un mismo interés, y sin relajar los vínculos de la familia, los multiplica y ennoblece”. (Locré, IV. 484. 12-14).

dan éstos el voto; si entre los dos hay disenso, prevalece el voto del varón; y si en las dos líneas hay tantos votos en pro como en contra del matrimonio, el voto favorable prevalece.

La regla prescrita en el Código de Napoleón es, á nuestro ver, más acertada que la del Código chileno; porque forman la *familia* así los ascendientes paternos como los maternos; y habiendo muchas veces en las dos líneas intereses contrapuestos, conviene oír á los ascendientes de ambas, y que la *familia* delibere sobre el futuro matrimonio.

129. Conforme á las disposiciones del Código chileno, y, lo que es en extremo admirable, según las reglas puntualizadas en la ley sobre matrimonio civil, la falta de permiso de los padres ú otros ascendientes no es sino impedimento impediendo; pues subsiste el matrimonio de los menores de edad sin tal consentimiento. Un muchacho de catorce años, en un intervalo de locura, se casa con una mujer perdida, consiguiendo que un funcionario venal y corrompido prescinda de aquel permiso. Tal matrimonio es válido. El muchacho inexperto, aturdido, incapaz de ningún acto de la vida civil, que no conoce el mundo ni menos las consecuencias del matrimonio, se ha dejado seducir por una mujer cuyo nombre es sinónimo de infamia, cuyo oficio transcende á muladar, cuyas costumbres son más perversas que la perversidad. Pasan uno ó dos meses, el adolescente conoce el abismo en que ha caído, y quiere salir de él; pero de toda imposibilidad imposible, porque las leyes civiles y canónicas declaran válido un matrimonio que las leyes naturales, la moral, la decencia, el simple buen sentido, declaran absolutamente nulo. Aun considerándose el matrimonio como mero contrato, para que éste, perfeccionándose, produzca obligaciones permanentes, es necesario el consentimiento deliberado, hijo de la serena meditación. ¿Por qué se exige en todo contrato, para su validez, que los menores sean representados ó autorizados por el padre ó por un guardador? Porque las leyes de todos los pueblos cultos, fundadas en la observación y en la experiencia, reconocen de consuno que el menor es falta de juicio; que, como lo decía Portalis, el desarrollo físico es siempre más precoz que el desarrollo intelectual...

¿Cómo se exceptúa de esa regla el matrimonio, para cuya celebración se requiere que los menores escuchen y obedezcan el parecer de personas que pueden pesar todas las circunstancias que han de influir en la suerte futura de los esposos?

La Iglesia es quien declaró el principio, inmoral y absurdo, de que el matrimonio de los menores, contraído sin el consentimiento de los padres, no adolece de nulidad (2).

(2) “ Según el Derecho romano de la época clásica, en que los esponsales habían perdido enteramente su valor jurídico, sobre el matrimonio se ejercía la autoridad de la familia. Tal autoridad se manifestaba por la patria potestad. El consentimiento del *paterfamilias* era necesario para el matrimonio de los hijos *in potestate*, y lo era siempre cualquiera que fuese su edad. Al principio la Iglesia aceptó estas reglas sin dificultades ni resistencia, en el imperio romano.

“ Pero muy pronto entró ella en relaciones con pueblos que tenían Derecho diferente, y cuya principal rama se representaba por la raza germánica. En ésta, la *desponsatio* era requisito esencial para la validez del matrimonio; formaba su principal elemento jurídico, y cuando ella se efectuaba intervenía la autoridad de la familia. Distinguiáanse entonces entre las jóvenes y los varones. El varón salía de la patria potestad al llegar á la pubertad; en Derecho no tenía, pues, necesidad del consentimiento del padre para casarse. La hija, al contrario, estuvo indefinidamente sometida, en cuanto al matrimonio, á la autoridad de los padres, que tenían sobre ella el *mundium*, y no solamente no podía tomar *sponsus* sin la voluntad paterna, sino que los padres podían válidamente la *desponsare* sin que el consentimiento de ella fuese necesario.

“ La Iglesia aceptó de buena voluntad ese derecho en cuanto al matrimonio de los varones; como él favorecía el matrimonio, no quiso restringir la libertad que se les había dejado. Al contrario, procedió contra la esclavitud de las jóvenes en doble sentido. Por una parte declaró como principio que la joven de cierta edad no podría ser *desponsata* sin su consentimiento; y, por otra, que ella, aun desposada válidamente por los padres sin su consentimiento, podía denegarse á cumplir la promesa. Esta emancipación de la mujer no se estableció sino lenta y difícilmente...

“ Graciano expone y discute, en cuanto á la *desponsatio* de las jóvenes, los dos problemas que acabemos de enunciar. Pregunta si una joven puede ser desposada por su padre sin que ella consienta; y si, desposada válidamente por su padre, puede después desposarse con otro hombre. En cuanto á lo primero, afirma que una joven no puede ser compelida á desposarse con-

Y ha llegado ya el tiempo de que los pueblos sudamericanos, reivindicando sus derechos, legislen sobre el ma-

tra su voluntad; y, á lo segundo, que los esponsales obligan á la hija y á los padres, si aquéllos hubieren sido libremente consentidos por la desposada.

“ Pero si sostiene que el padre no puede *desponsare* á sus hijos ó hijas, ni aun impúberes, contra la voluntad de ellas, también enseña que los esponsales y el matrimonio de los hijos varones no son válidos sin el consentimiento del padre. Su teoría es una combinación de los principios romanos y de las costumbres populares eclesiásticas. Ve en eso un privilegio de la patria potestad según el Derecho romano; pero, al mismo tiempo, no distingue el matrimonio de los esponsales; lo cual se comprende fácilmente, porque, según sus doctrinas, la *desponsatio* forma parte del matrimonio, el *coniugium iniciatum*.

“ Pero esta doctrina no estaba destinada á triunfar. El matrimonio *iure canonico* debía libertarse completamente de la potestad de la familia, y en éste, como en otros puntos, Pedro Lombardo prevaleció sobre Graciano. Lombardo es, en efecto, el primero que enseña categóricamente que el consentimiento de los padres no es un requisito esencial del matrimonio válido. Por toda demostración asienta estas dos proposiciones: 1ª. El consentimiento de los esposos por sí solo forma el matrimonio; esta es la base esencial de todo su sistema: 2ª. En este sacramento, como en los otros, hay requisitos que se exigen, no para la existencia misma del sacramento, sino para darle la decencia y dignidad convenientes, y uno de ellos es el consentimiento de los padres. Pero seguramente esa consecuencia se había facilitado por un hecho, que si bien no designa Pedro Lombardo, nosotros ya lo conocemos, á saber, que hacía mucho tiempo que, según la costumbre popular eclesiástica, el consentimiento de los padres intervenía cuando la *desponsatio*, mas no cuando se cumplía la promesa de matrimonio. La *desponsatio* consentida por los padres obligaba tanto á éstos como á los hijos; aquéllos no podían dejar de consentir en su cumplimiento, y, consintiendo, no manifestaban en realidad un nuevo consentimiento; ejecutaban un contrato para el cual estaban ya obligados. Por la distinción entre los *sponsalia de presente* y *sponsalia de futuro*, esta armonía quedaba rota. El contrato de matrimonio, con el nombre de *sponsalia de presente*, tenía valor propio: según el Derecho el matrimonio era ya independiente de los *sponsalia per verba de futuro*; aunque, éstos de ordinario lo precedían, no eran el preliminar indispensable. Como, tradicionalmente, en los esponsales intervenía el consentimiento para el matrimonio, se dedujo la conclusión de que el matrimonio podía celebrarse sin que precediesen esponsales y aun sin el consentimiento de

rimonio como institución civil y social, y prescriban que el contraído por los menores sin el consentimiento de los

los padres. Por última y natural consecuencia se decidió que ese consentimiento no era necesario para la validez de los esponsales mismos.

“ Pero tal atentado á la patria potestad y á la autoridad de la familia se justificó por otras razones, y fundóse en analogías que prepararon el resultado definitivo. La primera consideración consistió en que el matrimonio era cosa espiritual, y que, en cuanto á las cosas espirituales, *iure canonico*, el hijo, desde la pubertad, salía de la potestad del padre. El Derecho canónico suministraba algunas decisiones en ese sentido. El hijo púber podía obligarse con juramento sin la autorización del padre, y desde antiguo la Iglesia había establecido que los hijos púberes podían entrar en religión sin el consentimiento paterno. Extendióse esta regla al matrimonio, y, por analogía, á los esponsales. Alegáronse textos que comparaban el matrimonio á una *servitus*, pues cada cónyuge ponía su cuerpo á disposición del otro. La Iglesia procedía, además, contra la barbarie y contra los rigores de la patria potestad, y había antiguamente proclamado el principio de que hasta la pubertad el padre podía vender al hijo sin el consentimiento de éste, mas no después : el hijo púber podía, al contrario, constituirse en esclavitud sin el consentimiento del padre, facultad á veces preciosa en una sociedad desolada por la miseria y la anarquía. En fin, añadiase que el matrimonio era un sacramento cuyo acceso debía dejarse á todos.

“ Una vez establecida en Derecho canónico la emancipación de los hijos y de los menores en cuanto al matrimonio, ésta formó una de las piedras angulares; pero acabamos de ver que ello se había recibido tardía y penosamente en la iglesia occidental; la iglesia oriental, conformándose al Derecho bizantino proveniente del Derecho romano, exigió siempre el consentimiento del *paterfamilias* para el matrimonio de los hijos varones *alieni iuris*; y, algunas veces, para el matrimonio de las hijas *sui iuris*, el consentimiento de la madre ó de los parientes. El rigor de este régimen fue mitigado en ciertos puntos por la práctica ó la legislación : principalmente se introdujo el principio de que no sólo el hijo emancipado sino también el que había recibido, previo consentimiento paterno, un establecimiento separado, podía casarse sin necesidad de ninguna autorización, y el hijo, varón ó mujer, á cuyo matrimonio rehusaba el padre su consentimiento sin justo motivo, podía presentarse á la justicia y proceder al matrimonio con su autorización.....

“ El Concilio de Trento se propuso legislar no sólo sobre los matrimonios clandestinos; añadiase á este problema otro que

respectivos ascendientes ó guardadores, se declare nulo á

con él se conexonaba : la validez de los matrimonios contraidos por los hijos de familia *sine consensu parentum*.

El primer proyecto, presentado á los Padres del Concilio el 20 de julio de 1563, encerraba tres proposiciones sobre esta materia.....

“ La segunda proposición declaraba nulos los matrimonios contraidos sin el consentimiento de los padres por los hijos varones antes de cumplir diez y ocho años y por las hijas antes de los diez y seis.....

“ Estas proposiciones parecían perfectamente razonables, y correspondían al deseo general de los pueblos y de los príncipes (a). Y, á lo menos en cuanto al matrimonio de los hijos de familia, la Iglesia había seguido antiguamente esa doctrina durante muchos siglos : los Padres del Concilio estaban perfectamente instruidos en este punto de historia eclesiástica. Pero estas proposiciones presentaron grave oposición, y no porque los Padres desconocían los inconvenientes de la teoría clásica del Derecho canónico.....

Si bien se consiguió el objeto en cuanto á los matrimonios clandestinos, no así en lo tocante á los matrimonios celebrados por los hijos de familia *sine consensu parentum*. El primer proyecto que los anulaba tenía partidarios decididos, los cuales observaban que era conforme al estado antiguo del Derecho canónico. Pero aun algunos de éstos pidieron que el decreto se modificase. Proponían que la edad en que los jóvenes contrajesen libremente matrimonio, fuese la de veintidós años á lo menos para las mujeres y veinticuatro para los varones.....

Pero, en otro sentido, se manifestó temor á oposición contra el principio mismo del proyecto. Se alegaban contra él tres especies de argumentos :

1°. Los textos de la escritura y el principio superior, que había triunfado en la Iglesia, según el cual en cuanto á las cosas espirituales era absoluta la libertad de las almas, y no debía res-

(a) Hoc etiam petit christianissimus rex ut antiquissima nuptiarum solemnia hoc tempore restituantur, palamque et publice in ecclesia matrimonia celebrantur. Quod si aliquando propter magnam causam aliter fieri posse videtur, non prius tamen legitima esse censeantur, quam si huic sacro mysterio praesuerit parochus vel presbyter tresque aut plures testes praesentes. Filiorum autem et filiarum familias matrimonia sine parentum consensu nullo modo iusta et legitima sint, nisi placeat synodo, quorundam patrum pravitati et nimiae in collocandis liberis negligentiae occurrendo, tempus aliquod praescribere, quo transacto, liberum sit filiis et filiabus sine patris consensu matrimonia contrahere. " (Theiner, *Acta genuina*, II. p. 316.)

solicitud de los mismos menores ó de las personas cuyo permiso les fué necesario.

Art. 108. El hijo natural que no haya cumplido veinte i cinco años estará obligado a obtener el consentimiento del padre o madre que le haya reconocido con las formalidades legales, i si ambos le han reconocido i viven, el del padre. (*)

REFERENCIAS

Hijo natural. 36. 270.

No haya cumplido veinticinco años. 26. 102. 1447.

tringirse por las relaciones de potestad establecidas por el Derecho civil :

2. El principio de Derecho natural de que toda persona hábil para el matrimonio tenia derecho á contraerlo :

3. Los inconvenientes graves que producía esta reforma; los peligros para las almas : los jóvenes que no pudiesen casarse libremente caerían en la incontinencia.

El tercer proyecto encerraba todavía, en una de sus redacciones, un capítulo que declaraba nulos los matrimonios y esponsales, contraídos por los hijos de familia sin el consentimiento del padre ó del *avus*, salvo el derecho de apelar de la negativa paterna para ante el obispo. El obispo podía también autorizar el matrimonio en caso de ausencia prolongada de los padres.....

El cuarto y último proyecto contenía una sola redacción del decreto sobre los matrimonios clandestinos..... Desistióse de la nulidad del matrimonio contraído por los hijos de familia sin el consentimiento de los padres, y se afirmó su validez. El Concilio se limitó á decir, en el preámbulo del *Decretum de Reformatione*, que la Iglesia siempre había detestado y prohibido tales matrimonios. Es evidente que se había sacrificado esta segunda reforma para obtener con más seguridad la primera. En cuanto á los matrimonios de los hijos y de los menores subsistió el antiguo Derecho, y permaneció absolutamente libre y válido. " (Esmein. I. P. II. Chap. II. N. II.-II. P. III. Chap. III. Sect. II. N. I.)

(*) Toullier. I. 551.—Locré. IV. 314. art. 11-127. art. 8-452. 5-461. art. 9-187. 16-555. 9.—Dallos. Mariage. 122.—Laurent. II. 341-342.—Vazeille. I. 131.—Demolombe. III. 88. 89.—Zachariae (M. V.) I. § 127.—Zachariae (A. R.). V. § 162.—Duranton. II. 114. 115.—Huc. I. 56.—Marcadé. I. 544.—Demante. I. 220. Berriat-Saint-Prix. I. 779-780.

Estará obligado, 1437. 114. 1208.

Padre ó madre que le haya reconocido con las formalidades legales 270-272.

Si ambos le han reconocido y viven, el del padre. 276.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 123. El hijo natural menor de veinticinco años estará obligado a obtener el consentimiento del padre o madre que le haya reconocido con las formalidades legales; i si ambos le han reconocido i viven, el del padre (a).

C. E. 104. El hijo natural que no haya cumplido veintitún años, estará obligado á obtener el consentimiento del padre ó madre que le haya reconocido con las formalidades legales; y si ambos le han reconocido y viven, el del padre.

C. de N. 158. Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus.

158. Las disposiciones de los artículos 148 y 149 y las de los arts. 151, 152, 153, 154 y 155, relativas á la venia que debe pedirse al padre y madre en los casos previstos por estos artículos, son aplicables á los hijos naturales legalmente reconocidos.

C. Arg. 169. El hijo legítimo de familia y el natural reconocido que no hubiesen cumplido veinte y dos años, necesitan para contraer cualquier clase de matrimonio autorizado por este Código, el consentimiento paterno. Si falta el padre ó se halla impedido para darlo, corresponde á la madre prestar su consentimiento.

P. de G. 54. Lo dispuesto en el artículo 51 es aplicable á los hijos naturales reconocidos. Si lo hubiesen sido

(a) El hijo natural que no haya cumplido veinte i cinco años, estará obligado a obtener el consentimiento del padre o madre que le haya reconocido con las formalidades legales, i si ambos le han reconocido i viven, el del padre (art. 121 del Proyecto Inédito).

por padre y madre corresponde primero al padre y en su defecto á la madre; si por uno solo, corresponde al que lo reconoció...

C. C. 117. Los menores de la edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos ó naturales. Si alguno de ellos hubiere muerto, ó se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro; y estando discordes, prevalecerá en todo caso la voluntad del padre...

C. P. 152. Los hijos ilegítimos están comprendidos en las disposiciones de este título; pero no estarán obligados á acreditar el consentimiento que corresponda á la línea paterna, cuando su padre natural no los haya reconocido.

COMENTARIO.

130. Este artículo encierra dos reglas :

1ª. El hijo natural menor está obligado á obtener el consentimiento del padre ó madre que le ha reconocido; y (1)

2ª. Si ambos padres le han reconocido y viven, el consentimiento del padre.

Efectuado el reconocimiento, nacen mutuos derechos y obligaciones entre los padres y los hijos naturales; y es absolutamente necesario que aquéllos velen por el proceder

(1) " Aquí me he atrevido a separarme del art. 4º de la ley de 9 de setiembre. Quiere esta lei que el hijo natural pida el consentimiento de la persona a quien reconozca por padre o madre; pero ¿cómo se califica este reconocimiento? ¿Bastará el mero dicho del hijo natural? Y si el padre o madre no le reconoce a él, ¿qué se hará. I si él dice que no reconoce por tal padre o madre al que verdaderamente lo sea, o que no sabe quiénes son sus padres, ¿qué hará el eclesiástico para evitar la terrible responsabilidad a que le sujeta el art. 20 de esa lei? Las mismas o mayores dificultades relativamente a los abuelos. Para salvar estos inconvenientes, sería necesario recurrir a informaciones judiciales, que pararian muchas veces en litigios escandalosos. En este Proyecto, el padre o madre natural es siempre conocido; i el hijo natural, en el concepto de la lei, no tiene abuelos." (Nota de Dn. Andrés Bello al art. 123 de su Proyecto.)

de éstos, tratándose del acto que más directamente influye en su futura suerte (2).

Si ambos padres le han reconocido, la madre ni siquiera es oída acerca del matrimonio del hijo. Referímonos á lo expuesto (125) al hablar del matrimonio de los hijos legítimos.

(2) "La protección que la ley concede á los hijos," decía Portalis, "obligándolos á obtener el consentimiento de los padres, se limitaba á los hijos legítimos, esto es, á los hijos nacidos de matrimonio contraído en la forma legal. Los hijos naturales no tenían ninguna protección: estaban abandonados á su libre albedrío en una edad en que es tan difícil defenderse de los otros y de sí mismo. Deduciase esto de los principios que ya hemos mencionado, á saber, que el consentimiento de los padres no era sino efecto de la patria potestad, y que no se derivaba originariamente de la solicitud por los hijos, sino de un exorbitante derecho de propiedad concedido á los que les habían dado el ser.

"Y como la patria potestad no provenía sino de un matrimonio legítimo, los hijos naturales no gozaban de esa protección.

"El proyecto de la ley se funda en principios más equitativos. La razón indica que la necesidad del consentimiento paterno no es una mera atribución concedida al padre, sino que se funda en el interés por los hijos. Hemos juzgado, pues, que la suerte de los hijos naturales, cuando son reconocidos, merecía la atención del legislador.

"Opondriase á las buenas costumbres, á no dudarlo, que los hijos provenientes de un comercio ilícito tuviesen las mismas prerrogativas que los hijos habidos en legítimo matrimonio; pero el abandono absoluto de los hijos naturales sería contrario á la humanidad. Si bien estos hijos no pertenecen á ninguna familia, pertenecen al Estado, y el Estado debe protegerlos.

"Por otra parte, es indudable que los padres naturales están obligados á criar á sus hijos, mantenerlos y educarlos: la ley positiva misma cuenta este deber entre las obligaciones primeras que la naturaleza, independientemente de toda ley, impone á todos los padres. Ahora bien, el consentimiento paterno, para el matrimonio de los hijos, ¿no forma parte de la tierna solicitud que se debe emplear en su crianza, educación y establecimiento? La necesidad de tal permiso, que se funda en las leyes de la naturaleza, no puede ser extraña á los hijos naturales ni á los legítimos: de ahí que aplicamos á unos y otros las disposiciones relativas á la necesidad del asenso....." (Locré. IV. 187. 16.)

Art. 109. Se entenderá faltar el padre o madre u otro ascendiente, no solo por haber fallecido, sino por estar demente o fatuo; o por hallarse ausente del territorio de la República, i no esperarse su pronto regreso; o por ignorarse el lugar de su residencia. (*)

REFERENCIAS.

El padre ó madre ú otro ascendiente. 107. 108.
Fallecido. 78. 80. 95. 953.
Demente ó fatuo. 456. 1447.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 124.
C. E. 105.

C. C. 118. Se entenderá faltar el padre ó la madre ú otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente ó fatuo; ó por hallarse ausente del territorio nacional, y no esperarse su pronto regreso; ó por ignorarse el lugar de su residencia.

D. XXIII. II. 10. Si ita pater absit, ut ignoretur, ubi sit, et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur, et si triennium effluerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit, et an superstes sit, non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere.

10. En caso que el padre esté ausente de modo que se ignore si existe, y dónde, se duda con razón qué se deberá hacer; y si han pasado tres años después que se haya ignorado absolutamente si existe, ó dónde está, no se prohíbe á sus hijos de cualquier sexo contraer matrimonio.

COMENTARIO.

131. Tratándose del consentimiento que para el matrimonio de los menores deben prestar los padres ú otros

(*) Pothier. Mariage. 328. 329.—Dalloz. Mariage. 101-105.—Toullier. I. 543. 544.—Vazeille. I. 14. 122-125.—Demolombe. III. 40-44. 85.—Duranton. II. 83-90.—Demante. I. 218.—Huc. II. 36-38.—Maynz. III. 305.—Accarias. I. 84.

ascendientes legítimos, supone la ley que faltan aquéllos ó éstos no sólo cuando han fallecido, sino también en los siguientes casos :

1º. Si están dementes ó fatuos :

2º. Si se han ausentado del territorio de la República, y no se espera su pronto regreso :

3º. Si se ignora dónde residen.

Estas disposiciones deberían reglamentarse en el Código de enjuiciamientos, determinándose cómo se sustancia el juicio de jurisdicción voluntaria (ó en su caso contenciosa), conducente á la prueba de que faltan los padres ú otros ascendientes.

132. No habiendo esas reglas, como en efecto no las hay, ¿cuáles se observarían al probar que el padre está demente? Si hubiere sentencia sobre interdicción, no se presentará ninguna dificultad. Si no la hay, evidentísimo que no es necesario seguir un juicio para declararle demente; pues no tratándose sino de un sólo acto que concierne á las meras relaciones de familia, los miramientos y respeto que se deben al padre obstan á que entonces se siga un juicio de interdicción. Por lo cual bastaría, á nuestro ver, que mediante información sumaria sobre la demencia del padre, el juez declare que éste se halla en imposibilidad de prestar el consentimiento (1).

(1) "Si se presentase la sentencia sobre interdicción del padre ó madre demente, probaría, á no dudarlo, la imposibilidad de obtener su consentimiento.

"Juzgo que seria lo mismo un certificado de que se halla en un manicomio.

"Pero, ¿cómo se decidiría si el padre ó madre, que no estando interdicto ni en una casa de locos, se hallase, sin embargo, á causa de la alteración de sus facultades mentales, en imposibilidad de manifestar su voluntad? Tal caso es difícil y delicado. En efecto, ni el otro ascendiente, ni ningún miembro de familia, ni el funcionario del estado civil puede constituirse juez á este respecto; y, por otra parte, serían muy posibles los abusos, pues fuera de temerse que se pretendiese que está falto de razón el ascendiente más sensato que se opusiera al matrimonio. ¿Qué hacer? ¿Acudir á la interdicción ó colocarle en un manicomio? ¿Pero quién no ve los inconvenientes de tales providencias? Las mejores familias, las más unidas, ¿no ocultan con esmero esas dolencias en el secreto del hogar doméstico? ¿Sería necesario re-

Sin resolución judicial no pudiera conceder licencia la persona llamada á subrogar al padre, ni procederse á la celebración del matrimonio.

133. La voz *fatuo*, empleada en el artículo, suscita otra dificultad. Según el Diccionario de la Academia Española, *fatuo* tiene dos acepciones: *falto de razón ó entendimiento; persona llena de presunción ó vanidad infundada ó ridícula*. Como el vocablo se ha empleado, á no dudarlo, en la primera acepción, y en ella es sinónimo de *demente*, no columbramos por qué sólo en este caso se use en el Código esa palabra en vez de la genérica *demente*, que significa la persona destituida de razón.

134. Si bien es muy fácil probar la ausencia del territorio de la República, no así el no esperarse el pronto regreso del respectivo ascendiente, ó que se ignora su residencia. No hay razón alguna para que al ausente, cuyo regreso se difiera por algunos meses, ó cuyo paradero actual se ignore, no se le consulte sobre un asunto tan trascendental. ¿Por qué no se exigiría la prueba de que al padre ausente se le ha pedido permiso y que, recibida la correspondencia ó la notificación judicial en su caso, ha guardado silencio? Tratándose de otros derechos menos importantes, como la administración de los bienes ó el pago de deudas, se procede contra el ausente empleándose mil y mil precauciones; mas si va á casarse un hijo

velarlas precisamente cuando se trata del matrimonio de un hijo, y emplear contra el padre ó madre medios que fueran en extremo duros, si la falta de facultades intelectuales, provenientes sólo de la edad, como sucede muchas veces, no le induce á ningún acto perjudicial? ¿Y es seguro que el retardo, la publicidad y el escándalo no impedirían que el matrimonio se celebre? Además, sería muy posible que la dolencia del ascendiente no fuese habitual, ó que, por cualquier otro motivo, no fuera suficiente á motivar la interdicción. ¿Presentaríase entonces su licencia? Pero este medio, que carecería de dignidad y de buena fe, no correspondería á los designios del legislador, que exige verdadero consentimiento, voluntad inteligente é ilustrada; y el matrimonio, así contraído, estaría expuesto á nulidad. Pero, lo repetimos, ¿cómo se procederá? Debe acudirse al juez, el cual, sin declarar la interdicción, podría disponer la celebración del matrimonio con el consentimiento del otro ascendiente." (Demolombe. III. 43.)

legítimo menor, basta la prueba de que no se espera el pronto regreso del ausente, para que se proceda en el acto al matrimonio. La ley trasciende á ligereza y precipitación. Es preciso confesar que en todo cuanto atañe al matrimonio, el eclecticismo abandonó á Don Andrés Bello.

Art. 110. Se entenderán faltar asimismo el padre que ha sido privado de la patria potestad por decreto, i la madre que por su mala conducta ha sido inhabilitada para intervenir en la educacion de sus hijos. (*)

REFERENCIAS.

Decreto. 267.

Patria potestad. 240.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 125.

C. E. 106. Asimismo se entenderá que faltan el padre o madre que, por sentencia, han sido privados de la patria potestad.

C. C. 119.

COMENTARIO.

155. El consentimiento de los padres se funda, como ya lo observamos, en que ellos procuran á todo trance que los hijos procedan con juicio y madurez cuando se trata del matrimonio.

Si al padre se le ha privado de la patria potestad por las causas gravísimas que la ley determina, ó si la madre, despojándose del carácter de tal, observa conducta depravada, no inspiran ya confianza; y lejos de que su consentimiento pudiera contribuir á un matrimonio acertado, lo contrario sería de presumirse.

En tales casos se prescinde, pues, del consentimiento de los padres.

(*) Pothier. Mariage. 331. — Dalloz. Mariage. 106. 107. — Duranton. II. 80-82. — Marcadé. I. 528. — Zachariae. (A. R.). V. § 462. — Accarias. I. 184.

Art. 141. A falta de los dichos padre, madre o ascendientes, será necesario al que no haya cumplido veinte i cinco años el consentimiento de su curador jeneral, o, en su defecto, el de un curador especial. (*)

REFERENCIAS.

Los dichos padres, madres ó ascendientes. 107. 108.
No haya cumplido veintiún años. 266. 1417.
Curador general. 338. 339.
Curador especial. 345. 494.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 126. A falta de los dichos padre, madre o ascendientes, será necesario al menor el consentimiento de su curador jenerla o de un curador *ad hoc* (a).

C. E. 107. Á falta de los dichos padre, madre ó ascendientes será necesario al que no haya cumplido veintiún años, el consentimiento de su curador general, ó, en su defecto, el de un curador especial.

C. de N. 159. L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé.

159. El hijo natural que no haya sido reconocido, y el que, reconocido, carece de padre y madre, ó cuyos padres no pueden manifestar su voluntad, no podrá, antes de cumplir veintiún años, casarse sin el consentimiento de un tutor *ad hoc* que le será nombrado.

(*) Locré. IV. 314. art. 12-330. 27-30.—335. art. 8-127. arts. 9-10.—Pothier. Mariage. 333-331. 312.—Dalloz. Mariage, 119-121.—Laurent. II. 343-344.—Vazeille. I. 128-130.—Zachariae (A. R.). V. § 462.—Duranton. II. 116.—Marcadé. I. 545-546.—Huc. III. 56-57.—Demolombe. III. 81-85.

(a) A falta de los dichos padre, madre o ascendientes, será necesario al que no haya cumplido veinte i cinco años el consentimiento de su curador jeneral, o, en su defecto, de un curador especial (Art. 124 del Proyecto Inédito).

160. S'il n'y a père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille.

160. Si no hay padre ni madre, ni abuelos, ni abuelas, ó si se hallan en imposibilidad de manifestar su voluntad, los hijos ó hijas menores de veintiún años no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del consejo de familia.

C. Arg. 175. Los menores de edad, ciudadanos ó extranjeros que no tengan tutores, deben pedir su asentimiento al juez de primera instancia del territorio, quien podrá exigir las informaciones necesarias para prestarlo.

P. de G. 52. En el caso del artículo anterior, si falta el padre, ó se halla impedido, para prestar su consentimiento, corresponde la misma facultad á la madre; y en su defecto al tutor, con acuerdo del consejo de familia; pero entendiéndose que en este último caso á los 20 años de edad cesa en el pupilo la obligacion de obtener el consentimiento.

En el caso de disenso entre el tutor y el consejo de familia, prevalecerá el voto favorable á la celebracion del matrimonio.

C. C. 120. A falta de los dichos padre, madre ó ascendientes, sera necesario al que no haya cumplido la edad, el consentimiento de su curador general, ó en su defecto, el de un curador especial.

C. M. 163. Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores.

164. Á falta de tutores, el juez de primera instancia del lugar suplirá el consentimiento.

168. Ni los tutores ni los jueces podrán revocar el consentimiento que hayan otorgado.

COMENTARIO.

136. Inconcuso es el principio de que los menores de edad no tienen el suficiente juicio ni para los actos no trascendentales; y de ahí se deduce que en ningún caso puede permitírseles que sin consultar á nadie contraigan matrimonio (1).

(1) Discutido el art. 11 del proyecto sobre matrimonio, M. Real propuso se añadiese el artículo siguiente :

Los medios que en este caso se determinan por el Código no parecen adecuados.

Muchas veces el guardador es persona extraña á la familia, y por lo mismo no le interesa el establecimiento del pupilo. Un guardador que por su honradez y diligencia puede administrar bien el patrimonio del pupilo, no siempre es persona idónea para juzgar con acierto cuando éste trata de casarse. Aun en asuntos de poca importancia muchas veces se oye á los parientes del pupilo, y ¿por qué no pudiera reunirse una especie de consejo de familia para que determine acerca del matrimonio del pupilo, y para que, á opinar ella de otra manera que el guardador, el parecer de la familia prevalezca?

Si interviene un curador *ad hoc*, ¿qué garantía de acierto ofrece éste, á quien en la mayor parte de los casos importa poco que el pupilo se case bien ó mal? Diariamente se ve que los curadores, lejos de escuchar la voz de la honra y la conciencia, no obedecen sino al interés, ó que por lo menos sus facultades intelectuales se hallan entumecidas por el frío egoísmo. ¿Qué probabilidades hay, lo repetimos, de que ese curador coopere á la celebración de un matrimonio conveniente, ó se oponga á uno perju-

“El hijo natural, no reconocido, y el que, reconocido, ha perdido los padres, ó cuyos padres no pueden manifestar su voluntad, no podrán, antes de cumplir veintiún años, casarse sin consentimiento de un tutor *ad hoc*...”

“La comisión”, añadió M. Real, “juzga necesario nombrar tutor al menor que, nacido fuera de matrimonio, quiere casarse, y cuyo padre es desconocido. De esa manera oculta las huellas de la ilegitimidad de su nacimiento, y llama á sus amigos á deliberar sobre su matrimonio.

M. Defermon. “Como el interés de la sociedad no exige que se preocupe ella del matrimonio del hijo ilegítimo, debe dejarle usar libremente de los derechos que le da su condición, pues él no pertenece á nadie.

M. Tronchet. “El interés del menor mismo exige que se le nombre un tutor. Si no puede contratar ni disponer sin autorización, ¿cómo sería hábil para casarse libremente?”

M. Boulay. “El consentimiento de los padres y de los tutores se exigen así por interés del menor como por el de las familias; y la sociedad debe proteger especialmente al hijo ilegítimo, porque él carece de otro apoyo.” (Locré. IV. 27. 28.)

dicial? Como dura trece años el tiempo en que una joven puede casarse sin más autorización que la de un curador general ó la de uno *ad hoc*, nos estremecemos contemplando que la suerte de esa joven no depende sino de los caprichos de la loca fortuna. Según ya lo observamos (123), cuando se enajenan los inmuebles de un pupilo, por mínimo que sea su precio, cuántas precauciones emplea la ley para que la venta consulte los intereses del dueño. Mas, á procederse al matrimonio de una mujer de trece años, cuya vanidad se engaña tan fácilmente, cuyas pasiones son desordenadas á causa de la pésima educación que ha recibido, puede ella disponer de su persona y de todos sus bienes, y no escucha otro parecer que el del guardador, las más veces indiferente, muchas culpado y algunas en extremo criminal.

Art. 112. Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de veinte i un años; pero los mayores de esta edad tendrán derecho a que se espresé la causa del disenso, i se califique ante el juzgado competente.

El curador que niega su consentimiento, estará siempre obligado a expresar la causa. (*)

REFERENCIAS.

Si la persona que debe prestar este consentimiento. 107. 108. 111.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 127. Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna,

(*) Locré. IV, 590. 5.—Pothier. Mariage. 323.—Merlin. Empêchemens. § V. art. 11 n. XIV.—Toullier. I. 546. 547.—Laurent. II. 322.—Laurent. (D. C. I.). IV. 314.—Duranton. II. 75. 102. 103.—Vazeille. I. 129.—Demolombe. III. 86.—Huc. I. 57.—Delvincourt. I. p. 293 (6).—Marcadé. I. 546.

no podrá procederse al matrimonio de los menores de veinte años; pero los mayores de esta edad tendrán derecho a que se exprese la causa del disenso, i se califique ante un juzgado especial.

El curador que niega su consentimiento, estará siempre obligado a expresar la causa.

129. El Código de procedimientos civiles designará el juzgado especial a que compete fallar sobre las razones que se alegaren para justificar el disenso.

C. E. 108. Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de diez y ocho años. Pero los mayores de esta edad tendrán derecho á que se exprese la causa del disenso, y se califique ante el juzgado competente.

C. Arg. 170. Los padres no necesitan espresar la razón en que se funden para rehusar su consentimiento, y contra su disenso no se admite recurso alguno.

171. Esceptuáse el caso en que los padres se hallen gozando del usufructo de los bienes particulares de su hijo, y entonces deben manifestar los motivos de su disenso.

173. Los menores que están bajo tutela, y los sordomudos que no saben darse á entender por escrito, necesitan para casarse, el consentimiento de sus tutores y curadores. Si estos no lo prestasen, la causa de su disenso, como la del de los padres en el caso del artículo 171, será calificada por el juez competente sin forma de proceso, en juicio privado y meramente informativo.

P. de G. 53. Las personas autorizadas para prestar el consentimiento no necesitan espresar la razón en que se fundan para rehusarlo; y contra su disenso no se admitirá recurso alguno.

C. C. 121. De las personas á quienes según este Código debe pedirse permiso para contraer matrimonio, sólo el curador que niega su consentimiento está obligado á expresar la causa.

C. P. 151. En caso de negativa infundada pueden los menores solicitar licencia judicial, conforme al Código de enjuiciamientos.

C. M. 169. Cuando los ascendientes, tutores ó jueces nieguen su consentimiento ó lo revoquen después de concedido, y su disenso no parezca racional, podrá ocurrir el interesado á la primera autoridad política del lugar, la cual, con audiencia de aquéllos, le habilitará ó no de la

edad. Sin la previa habilitación no puede celebrarse el matrimonio.

C. Esp. 49. Ninguno de los llamados á prestar su consentimiento ó consejo está obligado á manifestar las razones en que se funda para concederlo ó negarlo, ni contra su disenso se da recurso alguno.

C. A. 52. Cuando se deniega el consentimiento, el menor ú otro incapaz puede acudir al juez competente.

N. R. X. II. 18 (Véanse las *Concordancias* del art. 107).

COMENTARIO.

137. Este artículo nos da las siguientes reglas :

1°. Si la persona que debe prestar el consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de veintiún años :

2°. Los mayores de esta edad tendrán derecho á que se exprese la causa del disenso, y se califique ante el juzgado competente :

3°. El curador que niegue el consentimiento deberá siempre expresar la causa.

138. La regla primera es consecuencia lógica del principio en que se funda el permiso para el matrimonio de los menores.

139. La segunda completa las disposiciones inmorales y absurdas concernientes al matrimonio. Concédese á los hijos menores el derecho (si tal arbitrio puede llamarse derecho) de suscitar pleitos contra los padres para que éstos expongan los motivos en que se fundan al denegarse á consentir en el matrimonio. Los menores son incapaces de consentir aun en asuntos de poca importancia, ¿y por qué tratándose del matrimonio se confía á ciegas en el juicio de los hijos, y se juzga que los padres han de proceder siempre por egoísmo ó por capricho? La magistratura doméstica, que el padre ejerce en la familia, no debe sujetarse á las reglamentaciones de un legislador que se halla en la más absoluta imposibilidad de saber á ciencia cierta si el padre tiene razón al denegarse á conceder permiso para el matrimonio del hijo (1). El padre es el único que conoce la edu-

(1) El consentimiento de los padres se funda en su potestad, y

cación, índole, inclinaciones de los hijos, y de ahí deduce si el matrimonio que éstos desean contraer los llevaría á

además en su amor, en su razón, en la incertidumbre de la de los hijos, á quienes la edad tiene en ignorancia, y las pasiones, en estado de embriaguez.

“En las repúblicas pequeñas puede haber leyes que en cuanto á los matrimonios de los hijos de los ciudadanos, confieran á los magistrados una inspección que la naturaleza confiere sólo á los padres. En ellos el amor del bien público puede ser tal que iguale ó sobrepuje á cualquier otro amor. Así, Platón quería que los magistrados reglasen los matrimonios, y los dirigian los magistrados de Esparta.

“Pero en las instituciones ordinarias, á los padres corresponde de casar á los hijos : su prudencia á este respecto será siempre superior á cualquiera otra prudencia.....” (Montesquieu. XXIII.VII.).

Al hablar Bigot-Préameneu de la venia respetuosa, decía : “Esta no tendrá denominación ni solemnidades judiciales; no constará sino de una acta, en que se exprese si se ha concedido la licencia. Pero al ordenar que se mencione la respuesta, no se exige que los padres, cuyo parecer sea contrario al matrimonio, expongan las razones. El expresar que no responden basta para manifestar su voluntad. Si en el caso mismo en que la falta de permiso es un impedimento para el matrimonio, la confianza que los padres inspiran, el respeto por su calidad, el temor de comprometerlos, ó de obligarlos al silencio, los exonera de revelar, motivando la negativa, la vergüenza de sus hijos, ó denunciar á lo menos á la opinión pública la persona cuya afinidad rehusan; con mayor razón no deben los padres exponer los motivos de su respuesta, cuando ésta no surte otro efecto que suspender durante un tiempo limitado la celebración del matrimonio.” (Locré. IV. 590. 5.)

“La necesidad del consentimiento de los padres ó ascendientes, para el matrimonio de sus hijos ó nietos, que no han cumplido veinticinco ó veintiún años, se funda en el amor de los padres, en su razón, en la debilidad de la de los hijos, y sobre todo en la magistratura doméstica que la ley confiere á los padres, y que se extiende á los abuelos.

“No se atenta á la libertad de los hijos protegiéndolos de la violencia de sus pasiones. No pueden, aun apoyados por toda la familia, exigir se exprese la razón en que se funden los ascendientes al denegarse á consentir en el matrimonio, ni someter á los tribunales los motivos de la negativa : el amor de los padres los hace presumir razonables. Compelerlos á exponer esos motivos ante la justicia, sería conceder al magistrado civil la inspección que la ley no da sino al magistrado doméstico y que es tan razonable concedérsela.” (Toullier. I. 5 (G.)

ese abismo que se llama desgracia. ¿Por qué se presume que jóvenes de veintiún años, cuyas violentas pasiones les impiden proceder con serena calma, conocen mejor que el padre lo que les conviene para su futura felicidad? Y la ley misma es quien falla á favor de los hijos; pues son tan raros los casos en que puede denegarse la licencia, que cuantas veces el hijo acuda á los tribunales, él triunfará en el litigio. Evitaríase que á lo inmoral del matrimonio se añada lo infame del proceso, declarándose que los jóvenes, cumplidos veintiún años en Chile y diez y ocho en el Ecuador, tienen la más amplia libertad para casarse.

140. Si se establece el sistema inmoral de que los hijos acudan al juez cuando el padre les deniegue el permiso para el matrimonio, lógico es que el curador, sea cual fuere la edad del pupilo, exprese en que funda la falta de consentimiento, y que el juez la califique.

141. La absurda disposición del Código ecuatoriano, concerniente á los matrimonios de los adolescentes, termina en un ridículo sainete. Los congresos de esta República (y nadie ignora lo que son tales congresos) han dispuesto que el juez parroquial sea quien conozca en los litigios que suscitan los hijos contra los padres solicitando que se declare ilegal el disenso. Según semejante ley, los juicios en que se trata del consentimiento para el matrimonio son tan baladís, que se comprenden entre los de *menor cuantía*, esto es, aquellos en que se controvierte un objeto cuyo valor no pasa de doscientos pesos!

“El consejo de la familia se reúne, no para dar un parecer, sino para expresar, en lugar de los ascendientes que faltan, el consentimiento necesario para el matrimonio de un menor. Siguese de ahí que á la deliberación del consejo de familia no se aplica el art. 883 del Código de enjuiciamientos, que se refiere á otro orden de ideas. Por consecuencia, la negativa del consejo de familia nunca debe ser motivada ni puede haber contra ella ningún recurso. Algunas veces, empero, se ha resuelto lo contrario; lo cual no es un mero error; es desconocer absolutamente que según nuestro Derecho moderno la autoridad pública no interviene, como en otro tiempo, supliendo el consentimiento que, necesario para el matrimonio, deben prestar los padres ó la familia; es manifestar esa tendencia insoportable de ciertos escritores, que pretenden se invada el dominio privado por la autoridad pública.” (Huc. II. 57.)

Art. 113. Las razones que justifican el disenso no podrán ser otras que estas;

1°. La existencia de cualquier impedimento legal, incluso los señalados en los art. 104 i 116 :

2°. El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título de las segundas nupcias, en su caso;

3°. Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole;

4°. Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual, de la persona con quien el menor desea casarse;

5°. Haber sido condenada esa persona a cualquiera de las penas indicadas en el art. 267, núm. 4°;

6°. No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio (*).

REFERENCIAS.

En su caso. 124.

Menor. 26.

Esposos. 98.

Matrimonio. 102.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 128. Las razones que justifican el disenso no podrán ser otras que estas :

1°. La existencia de cualquier impedimento, incluso los señalados en los artículos 119 i 134;

2°. El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título De las segundas nupcias;

3°. Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole;

4°. Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual, de la persona con quien el menor desea casarse;

5°. Haber sido condenada esa persona a pena infamante;

6°. No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio (a).

(a) Las razones que justifican el disenso, no podrán ser otras que estas :

C. E. 109. Las razones que justifiquen el disenso no podrán ser otras que éstas :

1ª. La existencia del impedimento legal señalado en el artículo 112 :

2ª. El no haberse practicado algunas de las diligencias prescritas en el título de las Segundas nupcias, en su caso :

3ª. Grave peligro para la salud del menor á quien se niega la licencia, ó de la prole :

4ª. Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse :

5ª. Haber sido condenada esa persona á cualquiera de las penas indicadas en el artículo 264, número 4ª :

6ª. No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

C. Arg. 174. En caso de negar su consentimiento, los padres, tutores y curadores, sólo serán atendibles las causas siguientes :

1ª. La existencia de cualquier impedimento legal ;

2ª. Enfermedad contagiosa de la persona que pretenda casarse con el menor ó con la menor ;

3ª. Conducta desarreglada ó inmoral de dicha persona ;

4ª. Haber sido ésta condenada por algun crimen ;

5ª. Falta de medios de subsistencia, y de aptitud para adquirirlos.

C. C. 122. Las razones que justifican el disenso del curador no podrán ser otras que éstas :

1ª. La existencia de cualquier impedimento legal ;

1ª. La existencia de cualquier impedimento legal, incluso los señalados en los artículos 117 i 129 ;

2ª. El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título De las segundas nupcias ;

3ª. Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole ;

4ª. Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual, de la persona con quien el menor desea casarse ;

5ª. Haber sido condenada esa persona a pena infamante ;

6ª. No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio (Art. 126 del Proyecto Inédito).

2ª. El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el Título 8º De las segundas nupcias, en su caso;

3ª. Grave peligro para la salud del menor á quien se niega la licencia, o de la prole;

4ª. Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse;

5ª. Estar sufriendo esa persona la pena de reclusión;

6ª. No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

C. P. 150. Solo podrá negarse el consentimiento por motivos graves, tales como :

1º. La existencia de alguna prohibición legal que impide el matrimonio :

2º. Enfermedad contagiosa :

3º. La conducta desarreglada é inmoral :

4º. Algún vicio habitual :

5º. Injurias graves inferidas á los padres por la persona que trata de casarse con el menor :

6º. La falta de medios para subsistir :

7º. Una gran diferencia de clase y condicion social :

8º. Haber sido condenado á pena infamante :

9º. Cualquier otro motivo que dé lugar á creer fundadamente que el matrimonio será desgraciado.

C. A. 53. Las causas que autorizan el disenso son :

1ª. La falta de medios de subsistencia :

2ª. La mala conducta :

3ª. Enfermedad contagiosa :

4ª. Impotencia.

COMENTARIO.

142. El legislador enumera las *únicas* razones en que puede fundarse el padre de familias al denegar su consentimiento para el matrimonio :

1ª. La existencia de cualquier impedimento legal, incluso los señalados en los arts. 104 y 116 :

2ª. El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título *De las segundas nupcias*, en su caso :

3ª. Grave peligro para la salud del menor á quien se niega la licencia, ó de la prole :

4°. Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse :

5°. Haber sido condenada esa persona á cualquiera de las penas puntualizadas en el art. 267 número 4° :

6°. No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

143. En cuanto á la primera, si hay impedimentos legales, ellos son los que obstan al matrimonio, mas no la falta de licencia del padre. Entonces el juez se limita á declarar un impedimento establecido ya por la ley, y, por ende, no se funda en ninguna causal que el padre pueda oponer.

144. Lo mismo es aplicable á la segunda causal, esto es, la de no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título *De las segundas nupcias*.

145. Gravísimas son, á no dudarlo, las demás causales; pero ¿por qué son las *únicas*? ¿Por qué no puede haber otros motivos asimismo poderosos que en cada caso sean un obstáculo insuperable al matrimonio que trata de contraerse?

Por otra parte, ¿cómo no se ha reflexionado en las consecuencias de los litigios conducentes á que el juez califique las causales del disenso? ¿Cómo se pone en tela de juicio la conducta privada de los esposos? ¿Cómo no se ve que cada juicio abre un insondable abismo entre las dos familias que la ley procura unir por los vínculos de la afinidad? Supóngase que abierto el juicio sobre la conducta del futuro consorte de la hija rebelde, si bien no hay prueba plena de vida licenciosa, embriaguez habitual, pasión inmoderada al juego; consta del proceso que la conducta del esposo es irregular : algunas veces se embriaga; otras juega, y expone considerables capitales. El juez autorizaría el matrimonio, y el futuro consorte quedaría deshonorado. Tales procesos, lo repetimos, son inmorales é infamantes.

146. Hé aquí las causales enumeradas por la ley taxativamente, sin admitirse ninguna otra aunque en ciertos casos pudiera ser más grave; esto es, constituido el legislador en árbitro supremo para decidir en un asunto que nunca jamás pudiera decidir bien. El padre se opone al matrimonio por-

que conoce las perversas inclinaciones del futuro yerno; porque éste, si bien no es loco, tiene manías que, atentos los precedentes de familia, se convertirán en demencia; porque es de carácter detestable, que le acarrea el odio de todas cuantas personas le tratan. ¿No debería en todos los casos obedecerse al padre, que no procura sino la felicidad de los hijos?

Fijar la edad en que los hijos, como menores, exigen el consentimiento paterno para el matrimonio, y al mismo tiempo autorizar al hijo para que acuda al juez exigiendo que califique las razones en que se funda el padre; nos parece tan absurdo, que apenas si podemos creer que en tales despropósitos haya incurrido un Don Andrés Bello. Cuando este eminentísimo filólogo demuestra la verdadera teoría de la lengua española, combatiendo las añejas prácticas de los latinizantes, á cada paso censura á los que obedecen á la *venerable rutina*; y en el Código chileno pagó mil veces tributo á esa anciana tan llena de caprichos y necedades. Dígalo el haber declarado que en Chile pueden casarse las niñas de doce años, el haber aceptado los inmorales litigios sobre impotencia, ¡y dígalo, en fin, el art. 113 que faculta á los menores de edad para acudir al juez cuando el padre no consiente en el matrimonio!

No se alegue que según las leyes romanas también podían calificarse las razones en que se fundaba el disenso del padre. Las circunstancias en que se expidió la ley Julia, origen de la intervención del juez en los asuntos domésticos de la familia romana, son del todo diversas de las nuestras. La ciudad eterna se había corrompido tanto, que hombres y mujeres huían del matrimonio como de la peste, y de ahí las leyes contra el celibato.

Por otra parte, según la constitución de la familia romana, el padre ejercía durante toda su vida la patria potestad sobre los hijos, y entonces sí que la prohibición absoluta del matrimonio era una insoportable tiranía. Pero si las leyes modernas exigen el permiso del padre sólo á causa de que los menores, como faltos de juicio, no pueden juzgar con acierto si les conviene ó no un matrimonio determinado, ¿cómo conceder al juez la facultad de decidir entre el padre y el hijo? ¿Cómo determinar con toda exactitud las únicas causales en que se funde el padre para denegar al hijo el

consentimiento ? ¿ No puede haber mil casos, que, no previstos por la ley, evidencien que el matrimonio es ruinoso al hijo ?

Art. 114. El que no habiendo cumplido veinte i cinco años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, o sin que el competente juzgado haya declarado irracional el disenso, podrá ser desheredado, no solo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente mas que la mitad de la porcion de bienes que le hubiera correspondido en la sucesion del difunto (*).

REFERENCIAS.

Veinticinco años. 26. 106. 107. 1447.

Ascendiente. 107. 108.

El Juez competente haya declarado. 112.

Desheredados. 1207. 1208.

La tercera parte de la legitima. 1181. 1208. 127. 13.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 130. El menor de veinte i cinco años que se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, o sin que el competente juzgado haya declarado irracional el disenso, perderá los derechos de legitimario, i de heredero ab intestato, no solo de aquel ascendiente cuyo consentimiento le fue necesario, sino de todos los otros ascendientes; aunque no sea expresamente desheredado.

131. Tampoco tendrá derecho para suceder a ninguno de sus ascendientes por testamento que haya sido otorgado antes de contraer el matrimonio; pero, si el testamento ha sido posterior al matrimonio, se presumirá que el testador ha querido por su parte condonar la ofensa; a ménos

(*) Locré IV. 452. 4.-VII. 17. 5. 6.—Toullier. I. 550.

de probarse que falleció sin haber tenido conocimiento del matrimonio (a).

C. E. 110. El que no habiendo cumplido veintiún años se casare sin consentimiento de un ascendiente, estando obligado á obtenerlo, ó sin que el juez competente haya declarado infundado el disenso, podrá ser desheredado, hasta en la tercera parte de la legítima, por aquel ó aquellos cuyo consentimiento le fué necesario.

C. Arg. 172. El hijo menor que se casase sin el consentimiento de los padres, cuando éstos no están obligados á manifestar los motivos de su disenso, ó cuando tales motivos se hubiesen juzgado legales, puede ser privado por éstos, hasta de una cuarta parte de la legítima que le corresponda por muerte de ellos.

177. Casándose los menores de uno y otro sexo sin las autorizaciones necesarias, les será negada la posesión y administración de sus bienes, hasta que sean mayores de edad. No habrá medio alguno de cubrir la falta de tales autorizaciones.

C. C. 124. El que no habiendo cumplido la edad, se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado á obtenerlo, podrá ser desheredado no sólo por aquel ó aquellos cuyo consentimiento le fué necesario, sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto.

C. P. 154. No tendrán derecho á ser dotadas por sus padres las hijas menores que se casen sin consentimiento de ellos.

155. Los menores que contraigan matrimonio sin los requisitos que prescribe este título, y los sacerdotes que lo autoricen, incurrirán en las penas señaladas en el código penal.

(a) El que no habiendo cumplido veinte i cinco años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado á obtenerlo, o sin que el competente juzgado haya declarado irracional el disenso, podrá ser desheredado, no solo por aquél o aquéllos cuyo consentimiento le fué necesario, sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, se limitará la exheredacion a la mitad de la porcion de bienes que corresponda al descendiente en la sucesion del difunto (Art. 127 del Proyecto Inédito).

C. Esp. 50. Si, á pesar de la prohibición del art. 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal, quedarán sometidos á las siguientes reglas:

1° Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

2° Ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ni testamento:

Lo dispuesto en las dos reglas anteriores no se aplicará en los casos del núm. 2° del art. 45, si se hubiere obtenido dispensa:

3° Si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue á la mayor edad. Entretanto sólo tendrá derecho á alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes.

4° En los casos del núm. 3° del art. 45, el tutor perderá además la administración de los bienes de la pupila durante la menor edad de ésta.

COMENTARIO.

147. La sanción puntualizada en este artículo es absolutamente nugatoria (1). Cuando el hijo, arrebatado por la

(1) “ La facultad de desheredar”, decía Bigot Préameneu, “no se ha conferido á los padres en el nuevo Código. En otra parte he expuesto ya las razones; pero si se debe examinar esta pena cuando se quiere aplicarla al caso de haberse infringido la ley que exige la venia respetuosa, la experiencia de lo pasado y la confesión de los antiguos legisladores de Francia enseñan que este medio es ineficaz; que confiriendo á los padres una facultad ilimitada, se les suministra la ocasión de hacer uso de la indulgencia, y que no debe conferirseles el cargo de conservar el orden público por penas contra los hijos.

“ Cuando los hijos de familia han llegado á la edad en que el consentimiento de los padres no es necesario para el matrimonio, la ley que interviene entre ellos debe limitarse á seguir y dirigir

más impetuosa de todas las pasiones, trata de celebrar á todo trance el matrimonio; cuando su fogosa imaginación le presenta sólo ideas novelescas, ¿ puede temer que el padre le desherede? Al contrario, casi siempre esa pena sirve de nuevo incentivo para que el hijo indócil proceda á casarse. Y si en vez de esperar el hijo la herencia paterna, cuenta con recursos propios; si uno de los objetos que se propone al casarse es entrar en la administración de sus bienes, ¿ qué significaría la desheredación? ¡El legislador se burla del padre cuando deja subsistente el matrimonio de los hijos, y le faculta para desheredarlos!

Los hijos conocen bien el carácter de los padres, saben que aun cuando sean gravísimas las injurias que les irroguen, el perdón ha de venir tarde ó temprano, que el amor paternal es fecundísima fuente de indulgencia y ternura. El mismo matrimonio contraído contra la voluntad del padre casi siempre conduce al hijo al abismo de la desgracia, y obliga al padre á extenderle mano generosa. Pasan los arrebatos de la pasión, el hijo se ve perdido para siempre, vuelve al padre, y éste está siempre pronto á recibirle, consolarle, protegerle.

Luego, la única sanción eficaz de los matrimonios celebrados sin el consentimiento del padre es la nulidad. De todo punto necesario que en cuanto al matrimonio la potestad civil se emancipe de la potestad eclesiástica. La validez del matrimonio de un imberbe que se casa en una noche de orgía, es uno de los más inconcebibles absurdos de las instituciones de los pueblos que aceptan á ciegas el Derecho canónico.

los afectos del corazón. Si se consigue que éstos obren, las penas serán inútiles; y si no se alcanza este objeto, en vano se impondrán penas; las cuales serian causa de una eterna disensión, y agravarian el mal antes que repararlo. " (Locré. IV. 588. 4.)

" La comisión encargada de redactar el proyecto del Código civil no ha juzgado conveniente admitir la desheredación. Efectuábase ésta en las provincias donde dominaban, ya el Derecho romano, ya los fueros, y absolutamente por unas mismas causas. Una de ellas consistia en haber omitido el hijo mayor de edad exigir el consentimiento del padre ó madre para el matrimonio. Suprimídose ha esa causal, porque para eludirla basta pedir la venia respetuosa. " (Locré. VII. 17.)

Art. 115. El ascendiente sin cuyo necesario consentimiento, o de la justicia en subsidio, se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que ántes del matrimonio le haya hecho.

El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de otra persona no priva del derecho de alimentos. (*)

REFERENCIAS.

Ascendiente. 107. 108.

Revocar las donaciones. 1386. 1428.

Derecho de alimentos. 321. 323. 324.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 132. El ascendiente sin cuyo necesario consentimiento o de la justicia en subsidio se hubiere casado el menor, podrá revocar por esta causa las donaciones que ántes del matrimonio le haya hecho; i el padre en el mismo caso podrá además retener el usufructo que sobre los bienes adventicios del menor le conceden las leyes; i no cesará este usufructo sino por la condonación del padre, o por su muerte o la del hijo.

Pero las herencias i legados que ántes del matrimonio se hayan deferido al menor, no se invalidarán por el matrimonio; ni se le negarán los precisos alimentos (a).

C. E. 111. También podrá el ascendiente revocar las donaciones que hubiese hecho, antes del matrimonio, al menor que se casare sin su consentimiento, ó sin la respectiva licencia judicial.

El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de otra persona no priva del derecho de alimentos.

(*) Merlin, *Aliments*. § I. art. I. n. V. — Dalloz. *Mariage*. 665. — Toullier. II. 614. — Duranton. II. 348. — Zachariae (M. V.) I. § 131. — Zachariae (A. R.) VI. § 553. 3°. — Vazeille. II. 482. — Demolombe. IV. 49.

(a) El ascendiente sin cuyo necesario consentimiento, o de la justicia en subsidio, se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que ántes del matrimonio le haya hecho; pero siempre estará obligado a suministrarle los precisos alimentos. (Art. 128 del Proyecto Inédito.)

COMENTARIO.

148. Dos reglas del todo heterogéneas encierra el art. 115 :

1.º Cuando falta el consentimiento del respectivo ascendiente ó la autorización de la justicia, el ascendiente puede revocar al menor las donaciones que le hubiere hecho; y

2.º El matrimonio contraído sin la respectiva licencia, no priva del derecho de alimentos.

Si bien es natural que la falta del respectivo consentimiento se considere como acto de ingratitud, la donación casi nunca puede revocarse; pues la ley abre las puertas para que el juez entre al hogar doméstico y califique los motivos del disenso. Luego, la facultad de revocar las donaciones es una amarga burla; el hijo que ha obtenido el consentimiento judicial las conserva, y añade á la injuria la ironía.

En cuanto á los alimentos, la equidad exige que el hijo casado contra la voluntad de los padres tenga derecho á demandárselos (1), ya porque si bien la falta cometida es gravísima, no es de las que manifiestan perversidad; ya porque la ley misma franquea á los hijos medios expeditos para que se burlen de la autoridad paterna.

(1) " Atendiendo á los principios del Derecho romano, algunos autores antiguos opinaban que la obligación de suministrar alimentos á los hijos se extinguía cuando los padres podían desheredarlos; otros juzgaban que era necesario distinguir entre las causas de desheredación.

" Hoy los padres no pueden desheredar á los hijos. Pero en la antigua jurisprudencia el padre, aunque autorizado por las leyes para desheredar al hijo por haberse casado sin su consentimiento, estaba obligado á suministrarle alimentos. Lo cual debe observarse, á no dudarlo, bajo el imperio del Código; y la Corte de Casación, en sentencia de 7 de diciembre de 1808, ha decidido que el padre no estaba exonerado de suministrar alimentos á la hija que se había casado sin su consentimiento. Pero en este caso los alimentos deben reducirse á lo estrictamente necesario. " (Toullier. II. 614.)

Oportunamente examinaremos si los hijos casados contra la voluntad de los padres tienen derecho á los alimentos congruos ó á los necesarios.

Art. 116. Mientras que una mujer, aun habilitada de edad, no hubiere cumplido veinte i cinco años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administracion haya sido aprobada por el juez, con audiencia del defensor de menores.

Igual inhabilidad se estiende a los descendientes del tutor o curador para el matrimonio con el pupilo o pupila; aunque el pupilo o pupila haya obtenido habilitacion de edad.

El matrimonio celebrado en contravencion a esta disposicion, sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneracion que por su cargo le corresponda; sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.

No habrá lugar a las disposiciones de este artículo, si el matrimonio es autorizado por el ascendiente o ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo (*).

REFERENCIAS.

Habilitación de edad. 297.

No hubiere cumplido veinticinco años. 26. 106. 107. 1447.

Tutor ó curador. 338. 340. 342.

Que haya administrado ó administre sus bienes. 391.

Cuenta. 415.

Pupilo ó pupila. 346.

Matrimonio. 102.

Permitido. 111.

Remuneración. 515.

Ascendiente ó ascendientes. 103. 104.

(*) Savigny. III App. 8°. XXI p. 384.—Dalloz. Mariage. 22.—Vazeille. I. 23.—Accarias. I. 91.—Ortolan. II. 116.—Maynz. III. § 305.—Despagnet. 253.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 134. Mientras que una mujer no hubiere cumplido veinte i cinco años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administracion haya sido aprobada por el juez, con audiencia del defensor de menores. Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador para el matrimonio con el pupilo o pupila; aunque el pupilo haya obtenido habilitacion de edad.

El matrimonio celebrado en contravencion a esta disposicion, no se invalidará por eso; pero sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a las penas que en el Código Criminal se expresan (a).

C. E. 112. Mientras que una mujer no hubiere cumplido veintiún años, no será lícito al tutor ó curador que hayan administrado ó administren sus bienes casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del defensor de menores.

Igual inhabilidad se extiende á los descendientes del tutor ó curador, para el matrimonio con el pupilo ó pupila.

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

(a) Mientras que una mujer, aun habilitada de edad, no hubiere cumplido veinte i cinco años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administracion haya sido aprobada por el juez, con audiencia del defensor de menores.

Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador para el matrimonio con el pupilo o pupila; aunque el pupilo o pupila haya obtenido habilitacion de edad.

El matrimonio celebrado en contravencion a esta disposicion, sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneracion que por su cargo le corresponda; sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.

No habrá lugar a las disposiciones de este artículo, si el matrimonio es autorizado por el ascendiente o ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo (Art. 129 del Proyecto Inédito).

No habrá lugar á las disposiciones de este artículo si el matrimonio es autorizado por el ascendiente ó ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo.

C. Arg. 178. Los tutores y sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad, no podrán contraer matrimonio con el menor ó la menor que han tenido ó tuviesen en guarda, hasta que, fenecida la tutela, no se hayan aprobado las cuentas de la administración. Si lo hicieren, el tutor pierde la asignación que tiene sobre las rentas del menor; y á mas podrá ser acusado criminalmente, por abuso de su cargo.

P. de G. 55. Se prohíbe el matrimonio entre el tutor ó curador y sus hijos ó descendientes con la persona que tiene ó ha tenido en guarda, mientras que fenecida la tutela no haya recaído la aprobacion de las cuentas de su cargo.

C. P. 145. No se admitirán promesas ni solicitudes para contraer matrimonio entre el guardador ó sus hijos con el menor ó la pupila, durante el ejercicio del cargo, ni ántes de que estén aprobadas las cuentas de su administracion, y entregados los papeles correspondientes.

C. M. 170. El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado ó está bajo su guarda, á no ser que obtenga dispensa. Esta no se concederá, sino cuando hayan sido aprobadas legalmente las cuentas de la tutela.

171. La prohibición contenida en el artículo que precede, también comprende al curador y á los descendientes de éste y del tutor.

172. Si el matrimonio se celebra en contravención á lo dispuesto en los dos artículos anteriores, el juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre, mientras se obtiene la dispensa.

173. Las dispensas de que trata este capítulo, serán concedidas por la autoridad política superior respectiva.

C. Esp. 45. Está prohibido el matrimonio... :

3º. Al tutor y sus descendientes con las personas que tenga ó haya tenido en guarda hasta que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo; salvo el caso de que el padre de la persona sujeta á tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento ó escritura pública.

50. (Véanse las *Concordancias* del art. 114).

P. VII. XVII. 6. Con la huerfana que alguno tuuviere en guarda non puede el casar, nin darla por mujer a su fijo, nin a su nielo; fueras ende, si el padre la ouiesse desposada en su vida con alguno dellos, o lo mandasse fazer en su testamento. E si el guardador contra esto fiziere, deue por-

ende recibir pena de adulterio... Pero dezimos, que si alguno tuiesse en guarda huerfano varon, maguer el casasse su fija con el, non caeria en pena de adulterio el guardador, nin la fija que casasse con el...

D. XXIII. II. 36. Tutor, vel curator adultam uxorem ducere non potest, nisi a patre desponsa destinatave testamentove nominata conditione nuptiis secuta fuerit.

59. Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur.

60. Si quis tutor quidem non sit, periculum tamen tutelae ad eum pertineat, an sententia Orationis contineatur, veluti si pupilla ab hostibus capta fuerit, aut falsis allegationibus a tutela se excusaverit, ut ex sacris Constitutionibus periculum ad eum pertineat? Et dicendum est, hos quoque ad Senatusconsultum pertinere; nam et huiusmodi periculum in numerum trium tutelarum computari comprobatur.

62. § 2. Tutor, qui rationes curatoris reddidit, puellam suam ante constitutum tempus aetatis eius uxorem ducere, nec matrem ex alio matrimonio factam potest.

64. Libertum eundemque tutorem pupillae eo, quod in matrimonium collocata

36. El tutor ó curador no puede casarse con su pupila adulta, á no ser que se efectúe este matrimonio por haberla desposado el padre, ó dicho que case con él, ó dejado en el testamento por heredera, con la condición de que se casase con alguno de ellos.

59. Por la constitución del Senado, que prohíbe que el tutor y su hijo casen con la pupila, esta prohibición se extiende también al nieto.

60. Se duda si se comprende en esta constitución el que no es tutor; pero no es responsable á la tutela, como si la pupila fuese cogida por los enemigos, ó se excusase de la tutela con falsos pretextos. ¿ En este caso por las constituciones del Senado será responsable?. Y debe decirse que la constitución del Senado le comprende; porque esta responsabilidad se cuenta en el número de tres tutelas.

§ 62. El tutor que dió cuentas al curador, no puede casarse con la pupila antes del tiempo determinado, ni con la madre de otro matrimonio.

64. Juzgó el Senado, que se debía condenar á destierro al liberto y tutor de

ipsi tutori suo vel filio eius est, Senatus relegandum censuit.

66. Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre, nec testamento destinatam ducat uxorem, vel eam filio suo iungat; quo facto uterque infamatur, et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur; nec interest, filius sui iuris, an in patris potestate sit.

67. Non solum vivo tutore, sed et post mortem eius filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, extiterit ei heres filius, an abstinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit forte exheredatus, aut praeteritus emancipatus; nam et fieri potest, ut per fraudem in eum collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat.

la pupila por haber casado con ella él ó su hijo.

66. No es válido el matrimonio si el tutor ó curador casase con la pupila á quien no había prometido el padre dentro de los veintiséis años de su edad, ni destinándola en su testamento, ó si la casase con su hijo; por cuyo pacto incurren los dos en infamia; y por la dignidad de la pupila, es castigado fuera del orden regular: ni hace al caso el que el hijo esté en la potestad de su padre, ó sea padre de familias.

67. No sólo viviendo el tutor se prohíbe á su hijo contraer matrimonio con aquella á quien estuvo obligado su padre por razón de la tutela, sino también después de su muerte; y juzgo que nada hace al caso el que el hijo hubiese sido heredero, ó se hubiese abstenido de la herencia paterna, ni el que no fué heredero, como v. g. si fuese exheredado; y puede acaecer el que por fraude que se le impute convenga revocar los bienes de su padre por razón de la tutela.

COMENTARIO.

149. Véamos las reglas que este artículo encierra:

1.ª. Mientras una mujer no hubiere cumplido veinticinco años, el tutor ó curador que haya administrado sus bienes

no puede casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez con audiencia del defensor de menores :

2°. En el mismo caso tampoco pueden los descendientes del tutor ó curador casarse con el pupilo ó pupila :

3°. Si el matrimonio se celebra contraviniéndose á estos preceptos, sujeta al tutor ó curador que lo haya contraído ó permitido á la pérdida de toda renumeración que le corresponda y al castigo puntualizado en el Código penal :

4°. No se aplican estas disposiciones, si el matrimonio es autorizado por el ascendiente ó ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo.

Procede el legislador sobre el supuesto de que si los bienes pupilares se hubieren administrado mal, el guardador, para exonerarse de responsabilidad, puede contraer matrimonio con la pupila, ó inducir á sus descendientes á casarse con el pupilo ó pupila; y por eso prescribe que al matrimonio preceda la rendición de la cuenta y la aprobación judicial con audiencia del defensor de menores (1). Pero tal disposición no es en realidad eficaz. Si se teme que el guardador seduzca á la pupila, lo más conveniente y lo más moral sería prohibirle en absoluto que con ella se case mientras la misma no hubiere cum-

(1) " Mientras el tutor ó el curador no habia rendido la cuenta, no podian casarse con la pupila, y, rendida, era necesario que la pupila hubiese cumplido veintiséis años. El matrimonio se prohibia también entre los hijos y nietos del tutor y los pupilos; en cuanto al curador, la prohibición se limitaba á sus hijos. Pero ésta cesaba cuando el padre del pupilo ó del menor habia convenido en el matrimonio por esponsales ú ordenado en testamento. " (Daloz. *Marriage*. 22.)

" Prohibiase también el matrimonio entre el tutor, el curador ó sus hijos y la pupila adulta, á menos que el padre hubiese convenido en los esponsales con ella, ó dispuesto el matrimonio por testamento. Temían que el tutor ó curador aprovechase del matrimonio para no rendir cuentas ó para rendirlas inexactas. Rendida la cuenta, no podía él casarse con la pupila sino cuando ésta habia cumplido veintiséis años, porque hasta entonces podía pedir la restitución. " (Ortolan. I. 116.)

plido veinticinco años. No hay razón alguna para que la prohibición se subordine á la rendición de la cuenta; pues, aprobada ésta, el guardador puede casarse con la pupila aun cuando contra él resulte un saldo.

Como lo observa Montesquieu, una de las razones para prohibir el matrimonio entre próximos parientes es el evitar la seducción con la esperanza de matrimonio; y el guardador se halla en mayor aptitud que cualquiera otra persona para seducir á la pupila y casarse con ella. Por lo mismo, ó bien la regla, cual subsiste, es del todo nugatoria, ó bien sería necesario prohibir en lo absoluto el matrimonio entre el guardador y la pupila mientras no cumpla ésta veinticinco años.

Las reglas cuyo examen nos ocupa son meras reminiscencias de las leyes romanas y españolas (*).

Art. 117. El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia, i compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas.

REFERENCIAS.

Matrimonio. 102.
El artículo. 103.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 135. El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por el Santo Concilio de Trento; y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre la observancia de ellas (a).

C. E. 113.

C. Arg. 167. El matrimonio entre personas católicas

(*) Véanse las *Concordancias*.

(a) El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre la observancia de ellas. (Artículo 130 del Proyecto Inédito.)

debe celebrarse según los Cánones y solemnidades prescritas por la Iglesia Católica.

P. de G. 48. El matrimonio ha de celebrarse según disponen los Cánones de la Iglesia Católica admitidos en España.

Art. 118. Los que profesando una religion diferente de la católica quisieren contraer matrimonio en territorio chileno, podrán hacerlo, con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles i canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores, i demas requisitos; i que declaren ante el competente sacerdote católico i dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido i mujer, i haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito (*).

REFERENCIAS.

Leyes civiles y canónicas. 1º. 103.

Permiso de ascendientes ó curadores. 107. 108. 111.

Demás requisitos. 121. 125. 129. 130.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 136.

C. E. 114. Los que sin ser católicos quisieren contraer matrimonio en el Ecuador, deben sujetarse á las prescripciones de las leyes civiles y canónicas.

C. Arg. 180. El matrimonio entre católico y cristiano no católico, autorizado por la Iglesia Católica, será celebrado como fuese de práctica en la Iglesia de la comunión á que perteneciere el esposo no católico.

181. Es nulo el matrimonio celebrado por sacerdotes disidentes, cuando uno de los esposos es católico, si no fuese inmediatamente celebrado por el párroco católico.

182. Corresponde á las autoridades de la Iglesia Católica conocer en los impedimentos de estos matrimonios, del mismo modo que en los de los matrimonios entre católicos, y conceder dispensas de ellos.

183. El matrimonio celebrado sin autorización de la

Iglesia Católica es el que se contrae entre cristianos no católicos, ó entre personas que no profesan el cristianismo. Produce en la República todos los efectos civiles del matrimonio válido, si fuese celebrado en conformidad á las leyes de este Código, y según las leyes y ritos de la Iglesia á que los contrayentes pertenecieren.

C. Esp. 42. La ley reconoce dos formas de matrimonio : el canónico, que deben contraer todos los que profesen la Religión Católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.

COMENTARIO

150. Si bien el art. 103 había declarado el principio de Derecho público, en cuanto al matrimonio, que toca á la autoridad eclesiástica juzgar sobre la validez del que se trata de contraer ó se ha contraído; que la ley civil reconoce como impedimentos del matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica, y que á la misma corresponde declarar su existencia y conceder dispensa de ellos; no pudo desconocerse que hubiera sido de todo punto anómalo sujetar á unas mismas reglas tanto el matrimonio de los católicos como el de los no católicos, y de ahí que en los arts. 117 y 118 se traza el límite entre las dos especies de matrimonios.

Don Andrés Bello no pudo emanciparse de las preocupaciones que entonces dominaban en Chile, ó desconoció la esencia de la institución civil y social llamada matrimonio.

151. El Estado reconoce, crea y garantiza los derechos sociales y civiles, y debe establecer reglas uniformes para el matrimonio de todos los habitantes de la nación, prescindiendo absolutamente de las creencias religiosas. Sólo al Estado incumbe determinar los elementos constitutivos del matrimonio, y los importantísimos efectos civiles que surte, como los derechos y obligaciones entre los cónyuges, la legitimidad de los hijos, el parentesco, la sociedad conyugal, el derecho de herencia...

152. De estas verdades, claras como los axiomas, se ha deducido en casi todas las naciones de Europa la nece-

sidad de secularizar el matrimonio (1); y el matrimonio puramente religioso, verdadero anacronismo, no subsiste

(1) " Con la revolución francesa comienza una nueva era : el establecimiento del matrimonio civil; el cual, á decir verdad, no fué una innovación sin precedentes. Establecido por el Derecho romano, los romanistas sinceros y sabios, aleccionados por el renacimiento francés del siglo XVI, y comentando en su verdadero sentido las leyes sobre aquella institución, contribuyeron á difundir la doctrina y á conciliarla los hombres ilustrados. En efecto, el edicto de 1787 había organizado, en Francia, el matrimonio civil para los protestantes, y la legislación austriaca se había aproximado á él en 1783. En Inglaterra, cuando Cromwel, tuvo el matrimonio civil una duración efímera. El año 1580 los Estados de la provincia de Holanda y de la Flandes occidental también lo organizaron y en 1536 los Estados federales de los Países Bajos extendieron la institución á todo su territorio; pero ella era facultativa; no se había establecido sino para evitar las dificultades originadas de la existencia simultánea de las sectas protestantes y de las poblaciones católicas en la iglesia reformada de los Países Bajos.

" Según las leyes de la revolución el matrimonio civil forma nuevo sistema, como la aplicación de una idea sencilla y fundamental. La sociedad civil, representada por el Estado, se considera absolutamente distinta de las sociedades religiosas. Por consiguiente, el matrimonio, institución de aquella sociedad, se sujeta exclusivamente á la legislación y jurisdicción civiles, emanadas del Estado. Las sociedades religiosas, por su parte, y la Iglesia católica una de ellas, pueden reglamentar libre y plenamente el matrimonio en su punto de vista especial, y exigir responsabilidad á los fieles por la observancia de las leyes que les ha prescrito; pero tal reglamentación no ejerce ninguna influencia en el Derecho civil, y la jurisdicción de la iglesia sólo es religiosa ó disciplinaria. El matrimonio civil se manifiesta entonces, no como un arbitrio, sino como un principio; y así las leyes de 1792 como el Código civil aplicaron el principio exactamente. Los términos de la solución fueron algún tanto modificados por una previsión práctica, pues el legislador prohibió celebrar el matrimonio religioso antes de celebrarse el matrimonio civil.

" Pero no se juzgue que el legislador francés, aceptando estos principios, ha formulado, sobre el matrimonio, un sistema enteramente nuevo y del todo ajeno al Derecho canónico; lo cual pugnaría con las leyes generales del desarrollo histórico. La legislación matrimonial de la revolución y del Código civil difiere del Derecho canónico en puntos esenciales; muchos impedimentos canónicos se han suprimido; admitióse el divorcio sin

ya sino en España y Portugal, y en algunas repúblicas sudamericanas, donde ha ejercido tanta influencia el Derecho canónico.

restricción por la ley de 1792, y el Código civil lo acepta reglamentándolo prudentemente. Sin embargo, la mayor parte de sus disposiciones de fondo, y aun de forma, se limitan á reproducir, secularizadas y levemente modificadas, las reglas del Derecho canónico completado por la jurisprudencia de la antigua Francia. Nuestra ley civil ha aceptado, pues, con beneficio de inventario, parte de la herencia canónica, y la interpretación doctrinal de las disposiciones en materia de matrimonio conserva claramente, por una tradición fiel, el sello de la enseñanza de los canonistas.

“ Durante el siglo XIX hubo tendencias á propagarse en Europa el matrimonio civil, y la difusión partió de Francia. En Bélgica, en el cantón de Ginebra y en la Prusia del Rhin, el matrimonio civil quedó vigente con el Código de Napoleón introducido por la dominación francesa. En Holanda también lo estableció Francia el año 1795 como obligatorio á todos, y el Código civil holandés de 1833 lo ha reglamentado según el sistema de la ley francesa. Italia, en su Código civil de 1866, Suiza, según la ley federal de 24 de setiembre de 1844, toda Alemania, en virtud de la ley federal de 1875, lo han organizado conforme á los mismos principios.

“ Pero á pesar de haberse difundido el matrimonio civil en casi toda la Europa occidental, el Derecho canónico, protestante ó católico, ha continuado imperando sobre el matrimonio.

“ Inglaterra, por una evolución especial y muy interesante, ha establecido un sistema, aunque ingenioso, muy complejo. Sujétanse todos los matrimonios á publicidad previa y preventiva ante la autoridad civil; pero su celebración puede efectuarse, bien ante ciertos ministros del culto, bien ante un funcionario civil; los contrayentes tienen plena libertad en cuanto á la elección, y el matrimonio surte siempre unos mismos efectos. Hasta 1877 subsistió la competencia de la jurisdicción eclesiástica para conocer en las causas matrimoniales, y desde entonces se atribuye á los jueces seculares.

“ Las naciones escandinavas tienen un régimen especial, en que el elemento civil y el religioso se combinan en proporciones varias. El matrimonio puramente civil se estableció en Noruega, en 1845, sólo para los que no profesan el culto luterano, y el año 1873 en Suecia para los que no profesan la religión oficial ni ninguno de los cultos autorizados.

“ En las naciones católicas el Derecho canónico ha obtenido á veces el triunfo. El Código civil de 1811 había reproducido, en Austria, moderándolos algún tanto, los principios y las reglas de la Patente de José II; pero esta legislación fue nueva-

153. "Las personas católicas," dice Vélez-Sarsfield (2), "como los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, desconocería la misión de las leyes, que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres, y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar á las personas católicas á desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable á los pueblos y á las familias... El resultado que ha producido en Francia la ley del matrimonio civil, nos demuestra que el Código de Napoleón no ha hecho sino obligar á católicos y protestantes á contraer dos matrimonios, el civil y el religioso. Sólo á los que no profesan religión alguna, puede satisfacer el matrimonio civil."

Hemos copiado las doctrinas, sobre el matrimonio, del célebre autor del Código argentino, para que se vea la lastimosa confusión en que han incurrido los juriconsultos de Sud-América al determinar así la esencia de tan necesaria institución como las atribuciones que competen al Estado y á la Iglesia. El matrimonio, fundamento de la familia, muy anterior á todos los sacramentos, no depende sino del Estado en cuanto á lo social y civil; la Iglesia bendice á los esposos. ¿Dónde está la pugna entre los preceptos de las dos potestades? ¿Dónde el inconveniente de que todos se casen ante el funcionario creado al intento por la ley civil, y que después acudan al respectivo sacerdote para recibir el sacramento é implorar la protección del Cielo? Por qué establecer odiosas distinciones al celebrarse el matrimonio? El investigar las

mente combatida por el clero en los reinados de Francisco I y Fernando I, y, después de muchas vacilaciones en la opinión del Gobierno, fue abolida por el Concordato celebrado en 1855 con la Corte de Roma. El art. 10 del Concordato restablece jurisdicciones eclesiásticas para las causas matrimoniales, y declara vigentes para el matrimonio de los católicos las disposiciones del Concilio de Trento. La ley de 8 de octubre de 1856 aplicó estos principios é instituyó nuevas jurisdicciones eclesiásticas. Pero la ley de 25 de mayo de 1868 declara vigentes las reglas del Código de 1811." (Esmein. I. p. I. chap. I. n. V.)

(2) Anotaciones al artículo 167 del Código argentino.

creencias de cada individuo para permitirle casarse, es una intolerable y absurda indagación inquisitorial, que pugna con la libertad de conciencia, la más importante de las conquistas de la época moderna.

154. Poco tiempo há se expidió en el Perú una ley sobre el matrimonio de los no católicos (3); y el Presidente

(3) EL CONGRESO DE LA REPUBLICA PERUANA ha dado la siguiente ley :

Art. 1°. El matrimonio de las personas que no profesan la religión católica, se celebrará en la República, ante el Alcalde del Consejo Provincial de la Provincia en que tenga su domicilio cualquiera de los contrayentes, y dos testigos varones, mayores de edad y vecinos del lugar, previa comprobación de tener la capacidad legal para contraer matrimonio. Igualmente podrán contraer matrimonio, conforme á esta ley, las personas á quienes la Iglesia niegue la licencia para casarse fundada en el impedimento de disparidad de cultos.

Art. 2°. Las formalidades legales que deben seguirse ante el alcalde y los dos testigos á que se refiere el artículo anterior, se practicarán en el orden siguiente :

Declararán primero el varón y la mujer, que quieren contraer matrimonio. El Alcalde les leerá los artículos 132, 134, 173, 174, 175, 176 y 177 del Código civil, pronunciando, después, estas palabras : " En nombre de la ley, declaro que habéis contraído matrimonio. " Inmediatamente, se extenderá el acta en que conste la celebración del matrimonio, que firmarán los contrayentes, el Alcalde y los testigos.

Todo lo dispuesto en este artículo se realizará en un solo acto.

Art. 3°. Los matrimonios á que se refiere esta ley, están sujetos á las disposiciones del Código civil, excepto á las contenidas en los artículos 138, 143, 156 y 157.

Art. 4°. Los juzgados civiles conocerán de los juicios sobre separación de cuerpos y nulidad de los matrimonios celebrados conforme á esta ley, y los sustanciarán por la vía ordinaria, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Art. 5°. Las personas que no profesan la religión católica y aquellas á quienes se refiere la segunda parte del artículo 1°, antes de contraer matrimonio, comprobarán su capacidad legal para contraerlo, con documentos ó declaraciones testimoniales, ante los jueces indicados en el artículo anterior.

Art. 6°. Se declararán válidas las inscripciones hechas hasta la fecha en los Registros del Estado Civil, de los matrimonios de los no católicos.

Art. 7°. Los matrimonios de los no católicos que se hayan ce-

Señor Piérola, en un decreto reglamentario, dispuso que no se procediese á tal matrimonio sino probándose, por medio de información, que los contrayentes no son católicos. En una República ilustrada se procedía de esa manera al expirar el siglo XIX! ¿No nos avergonzamos de que las monarquías de Europa nos den lecciones de tolerancia religiosa? Abogamos por la verdadera libertad de conciencia, no por esa libertad que consiste en perseguir á los sacerdotes católicos, y en la difusión de principios opuestos á los que profesa la mayoría de los nacionales. La propaganda anticatólica, por parte de un gobierno, es acto del más refinado despotismo.

155. Para establecer la diferencia entre el matrimonio de los católicos y el de los no católicos, los arts. 117 y 118 fijan las siguientes reglas :

1°. El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prescritas por la Iglesia, y compete á la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas :

2°. Los que profesan religión diferente se sujetarán á las leyes civiles y canónicas sobre los impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes ó curadores y demás requisitos :

3°. Declararán ante el competente sacerdote católico y dos testigos que su ánimo es contraer matrimonio, ó que se reconocen el uno al otro como marido y mujer; y

4°. Observándose las dos últimas reglas, los contrayentes no están obligados á ninguna otra solemnidad ó rito.

La regla primera, que no atañe sino al matrimonio de los católicos, se refiere sólo á las solemnidades externas; pues, en cuanto á los requisitos intrínsecos, el art. 103 confiere á la Iglesia la atribución de declarar sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer ó se ha contraído; esto es, incorpora en las leyes civiles todas las disposiciones del Derecho canónico sobre el matrimonio.

lebrado ante los Agentes Diplomáticos ó Consulares ó ante los Ministros de Cultos disidentes, podrán inscribirse directamente en el Registro de Matrimonios dentro del plazo de dos años de promulgada la presente ley.

Al determinar la forma se repitió la regla, ya comprendida en el art. 103, sólo para establecer, insistimos en ello, la diferencia entre las dos especies de matrimonios que la ley civil reconocía, aun aceptándose entonces el anómalo sistema de renunciar, por parte del Estado, el derecho inalienable de legislar sobre el matrimonio mismo y los efectos que surte.

En las reglas segunda y tercera también se repiten los principios sancionados en el art. 103; pero la repetición acaso no era innecesaria, porque, tratándose especialmente del matrimonio de los no católicos, convenía, para evitar dudas en materia tan trascendental, expresar con suma claridad que los contrayentes se sujetaban á las leyes civiles y canónicas relativas á los requisitos esenciales del matrimonio, y que sólo observándolas podían casarse en Chile.

Según la regla cuarta, la forma del matrimonio de los no católicos era la sustancial determinada por el Concilio de Trento, á saber, que los contrayentes debían casarse ante el respectivo párroco y dos testigos. El exigir más solemnidades hubiera sido acto de la más estúpida tiranía.

Pero en el Ecuador no se juzgó suficiente la última parte del art. 118 del Código chileno, y se dispuso (art. 114) que los que sin ser católicos quisiesen contraer matrimonio, debían sujetarse á las prescripciones de las leyes civiles y canónicas. Nada más absurdo, por no decir salvaje, que esta disposición; la cual manifiesta que los congresos del Ecuador eran más católicos que todos los papas. Los pontífices romanos han declarado siempre que el Derecho canónico no obliga á los infieles sino en cuanto sea conforme al Derecho natural; mas en el Ecuador los mahometanos tienen de casarse sujetándose á las leyes canónicas; *Risum teneatis, amici!*

156. Los arts. 117 y 118 eran obligatorios así á los nacionales como á los extranjeros; y si bien ello es consecuencia lógica de los principios aceptados en Chile en cuanto á los efectos de la ley, no es conforme á la práctica de la mayor parte de los pueblos civilizados; los cuales distinguen, en cuanto al matrimonio, dos especies de leyes :

1°. Las concernientes á la forma del matrimonio, esto

es, á las solemnidades externas que han de observarse al celebrarlo; y

2.ª. Las que se refieren á los requisitos intrínsecos, esto es, las que miran á la esencia misma del matrimonio.

Para evitar enojosas repeticiones, trataremos de estos importantísimos puntos al comentar el art. 119.

Art. 119. El matrimonio celebrado en pais extranjero en conformidad a las leyes del mismo pais, o á las leyes chilenas, producirá en Chile los mismos efectos civiles, que si se hubiese celebrado en territorio chileno.

Sin embargo, si un chileno o chilena contrajere matrimonio en pais extranjero, contraviniendo de algun modo á las leyes chilenas, la contravencion producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiese cometido en Chile. (*).

REFERENCIAS.

Chileno ó chilena. 15, 25, 55, 56.

Contravenido á las leyes chilenas. 103, 107, 108, 111.

(*) Savigny. VIII. § 365. 379-381. 382. 396.—Merlin. État civil § II. n. III.—Locré. IV. 311. art. 8. 9.—349. 17-20.—429. art. 18.—462. art. 22.—499. 32.—Locré (E). II. art. 170. 171.—Dalloz. Mariage. 386-402.—Laurent. III. 20-33.—(D. C. I.) IV. 205-210. 216-218. 228-236. 266-268. 270-287. 293-310. 322-324.—Démolombe III. 216-230.—Zachariae (M. V.) I. § 111.—Zachariae (A. R.) V. § 468. 2.ª.—Demante. I. 217-217 bis II.—Vazeille. I. 185-190.—Duranton. II. 232-240.—Huc. II. 95-101.—Berriat Saint-Prix. 816-821.—Gutiérrez (Benito). I. p. 319 § VIII.—Calvo. II. § 750. 752-757. 765. 767-769. 776. 777. 781-783. 792-796.—Phillimore. IV. 394-401. 408-410. 433-439. II. 259.—Westlake. 17-26.—Fiore. I. 67-71—II. 514-516. 522-539. 541-548.—Asser. 47.—Wharton. 127. 130-142. 147. 150. 153. 160-165.—Despagnet. 247-250. 252-255.—Brocher. I. 88-89.—Rolin. II. 548-553. 558-559. 561-565.—Foelix. II. p. 367-382. 394-405. 483-504.—Story §. 79-81-84-87. 89-92. 113-124.—Vincent et Pénaud. Mariage. 4-11. 24-38.—Kent. II. XXVI. 7.—Stephen. II. chap. II. n. II. 4.—Kelly. Chap. II. sec. I. p. 30. sec. IV. p. 51.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 137.

C. E. 115. El matrimonio celebrado en nación extranjera, en conformidad á las leyes de la misma nación ó á las leyes ecuatorianas, surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio ecuatoriano. Pero si la autoridad eclesiástica ha declarado la insubsistencia ó nulidad de un matrimonio celebrado en nación extranjera, se respetarán los efectos de esa declaración.

Sin embargo, si un ecuatoriano ó ecuatoriana contrajere matrimonio en nación extranjera, contraviniendo de algún modo á las leyes ecuatorianas, la contravención surtirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en el Ecuador.

C. de N. 170. Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au *Titre des actes de l'état civil*, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.

170. El matrimonio contraído en nación extranjera entre franceses, y entre franceses y extranjeros, será válido si se hubiere celebrado en la forma usada en esa nación, siempre que hubieren precedido las publicaciones prescritas por el art. 63, en el título de las partidas del estado civil, y que el francés no haya contravenido á las disposiciones que encierra el capítulo precedente.

C. Arg. 159. La validez del matrimonio, no habiendo poligamia ó incesto, es regida por la ley del lugar en que se ha celebrado, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio por no sujetarse á las formas y leyes que en él rigen.

164. Es válido en la República, y produce los efectos civiles, el matrimonio celebrado en país extranjero que no produzca allí efectos civiles, si lo ha sido según las leyes de la Iglesia Católica.

P. de G. 49. El matrimonio celebrado entre extranjeros,

que sea válido con arreglo á las leyes de su país, surtirá todos los efectos civiles en España.

50. El matrimonio contraído en el extranjero, siendo los dos contrayentes ó uno de ellos español, se regirá por las leyes de España en cuanto á la capacidad é impedimentos dirimientes del español; salvo que si no se hubiese celebrado en presencia del párroco y dos testigos, y los contrayentes vinieren al reino, lo ratifiquen á los dos meses de su venida, debiendo extenderse la correspondiente partida en el libro de matrimonios.

Lo dispuesto en este artículo queda sujeto á lo estipulado ó que se estipulare en los tratados internacionales.

C. P. 158. El matrimonio contraído fuera del territorio de la República, con arreglo á las leyes del país en que se celebró, se reputa válido para los efectos civiles, con tal que no sea de personas que este código declara incapaces de casarse.

159. El peruano ó peruana, que se casaren en país extranjero, harán que, dentro de tres meses de su regreso á la República, se tome razón de la partida de su matrimonio en el registro del estado civil correspondiente al lugar de su domicilio : pasado este término, se suspenden los efectos civiles del matrimonio hasta que se verifique la inscripción.

C. M. 174. El matrimonio celebrado entre extranjeros fuera del territorio nacional, y que sea válido con arreglo á las leyes del país en que se celebró, surtirá todos los efectos civiles en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California.

175. El matrimonio celebrado en el extranjero entre mexicanos ó entre mexicano y extranjera ó entre extranjero y mexicana, también producirá efectos civiles en el territorio nacional, si se hace constar que se celebró con las formas y requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, y que el mexicano no ha contravenido ó las disposiciones de este Código relativas á impedimentos, aptitud para contraer matrimonio y consentimiento de los ascendientes.

176. En caso de urgencia, que no permita recurrir á las autoridades de la República, suplirán el consentimiento de los ascendientes y dispensarán los impedimentos que sean susceptibles de dispensa, el ministro ó cónsul residente en el lugar donde haya de celebrarse el matrimonio, ó el más inmediato si no le hubiere en dicho lugar; prefiriendo en todo caso el ministro al cónsul.

177. En caso de peligro de muerte próxima, y no habiendo en el lugar ministro ni cónsul, el matrimonio será válido siempre que se justifique con prueba plena que concurrieron esas dos circunstancias, y además que el impedimento era susceptible de dispensa y que se dió á conocer al funcionario que autorizó el contrato.

178. Si el caso previsto en el artículo anterior ocurriere en el mar, á bordo de un buque nacional, regirá lo dispuesto en él, autorizando el acto el capitán ó patrón del buque.

179. Dentro de tres meses después de haber regresado á la República el que haya contraído en el extranjero un matrimonio con las circunstancias que especifican los artículos anteriores, se trasladará el acta de la celebración al registro civil del domicilio del consorte mexicano.

180. La falta de esta transcripción no invalida el matrimonio; pero mientras no se haga, el contrato no producirá efectos civiles.

COMENTARIO.

157. Puntualizadas, en los arts. 117 y 118, las reglas sobre el matrimonio en Chile; el art. 119 da las concernientes al matrimonio que en otra nación se contrae :

1°. El matrimonio celebrado en nación extranjera conforme á las leyes de la propia nación, surte en Chile los mismos efectos civiles que si en territorio chileno se hubiere celebrado;

2°. También surten en Chile efectos civiles los matrimonios celebrados en nación extranjera conforme á las leyes chilenas;

3°. Si un chileno ó chilena se casare en nación extranjera contraviniendo de algun modo á las leyes chilenas, la contravención surtirá en Chile los mismos efectos que si allí se hubiere celebrado el matrimonio.

158. I. Absolutamente necesario prever el caso frecuentísimo de que los chilenos contraigan matrimonio en otro Estado (1), ó que los cónyuges extranjeros pasen á morar en Chile.

(1) " La tierra, " decía Portalis, " se ha destinado á los hijos

Al comentar los arts. 117 y 118 observamos que tratándose del matrimonio deben distinguirse dos cosas del todo distintas :

- 1°. Las solemnidades concernientes á la forma; y
- 2°. Los requisitos intrínsecos que miran á la esencia misma del matrimonio, prescindiéndose de la forma.

La forma se determina por las leyes del Estado donde el matrimonio se celebra; pues siendo ella de derecho público, el extranjero no puede en ningún caso ni pretender que se altere en su beneficio. Luego, si se reconoce á los nacionales el derecho de casarse en Estado extranjero, se les reconoce también el de observar la forma prescrita por la ley del lugar donde el matrimonio se efectúa.

Muchos intérpretes del Derecho internacional privado se acuerdan en que la doctrina sobre la forma es mera consecuencia del principio *locus regit actum* (2). Pero no

de los hombres. El ciudadano puede trasladarse á dondequiera, y ejercer ahí los derechos inherentes á su calidad de hombre. De todos estos derechos el más natural es, á no dudarlo, el de contraer matrimonio; derecho que, lejos de estar circunscrito por el territorio, es, por decirlo así, universal como la naturaleza, que, de ninguna parte se ausenta. No negamos, pues, á los franceses el derecho de contraer matrimonio en nación extranjera. La forma del contrato se determina entonces por las leyes del lugar donde se ha celebrado. Pero en todo lo concerniente á la esencia misma del contrato, á las calidades y requisitos que determinan la capacidad de los contrayentes, continúan sujetos á la ley francesa; y es necesario que á los tres meses de su regreso, el francés casado en territorio extranjero presente, como homenaje á su patria, el título según el cual es marido ó padre, y que naturalice ese título, haciéndolo inscribir en un registro nacional." (Locré. IV. 490. 32.)

(2) " El matrimonio puede celebrarse en la forma determinada por la ley extranjera según la regla *locus regit actum*. Poco importa que las solemnidades prescritas por las leyes extranjeras sean del todo diversas de las que prescribe la ley francesa. La regla *locus regit actum* es absoluta, y la ley extranjera es la que debe observarse en todo cuanto concierne á las solemnidades del matrimonio, por ejemplo los documentos que han de presentarse, las moniciones, la competencia del funcionario público, el domicilio necesario para que el matrimonio se efectúe en cierto lugar, &c. &c. Así, puede celebrarse en la forma meramente religiosa en Portugal, donde esa forma se determina para

debemos olvidar que él no atañe sino á los instrumentos públicos extendidos para constancia de un acto ó contrato;

los católicos, al paso que las personas de otra religión tienen el matrimonio civil; ó bien en Noruega, donde el matrimonio religioso se prescribe sólo para los luteranos. Los franceses no estarían obligados á observar la forma civil, cuando pueden elegir entre esa forma y la religiosa como en España, ni á preferir la forma solemne á la privada cuando la ley local les permite cualquiera de ellas." (Despagnet. 247.)

"La grande importancia del matrimonio, y la diversidad de su forma en cada Estado, compelen á fijar reglas idénticas en cuanto á la ley que rige el matrimonio tratándose de la forma. Así, ciertas legislaciones prescriben explícitamente la aplicación de la antigua máxima *locus regit actum*, aunque hayan omitido declararla en términos generales tratándose de los actos jurídicos. Hay algunas legislaciones, como las de Chile, California y Kentucky, que aplican la ley del lugar donde el matrimonio se celebra, aun en cuanto á los requisitos esenciales para la validez del matrimonio, y con mayor razón en cuanto á la forma; y sabido es que tal derecho rige en los Estados Unidos, mientras que en Inglaterra se aplica la máxima *locus regit actum* en lo que concierne á la forma del matrimonio, comprendiéndose en ella el consentimiento de los ascendentes. Podemos, pues, decir que el Derecho internacional consuetudinario acepta la regla de que basta observar la ley del lugar donde se efectúa el matrimonio, para que éste sea válido en cuanto á la forma." (Rolin. II. 576.)

"Admitese generalmente que para celebrarse el matrimonio se debe observar la forma prescrita por la *lex loci actum*, que se comprende en la regla *locus regit actum*. En lo cual están de acuerdo los juriscónsultos y los canonistas. El mismo Sánchez dice: *peregrini teneantur legibus et consuetudinibus loci, per quem transeunt, quoad solemnitatem*..... Los juriscónsultos y los canonistas están, pues, acordes en considerar la doctrina como una *communis opinio*." (Fiore. II. 541.)

"En cuanto á las solemnidades externas del matrimonio, consideraciones de grande importancia sobre la validez del contrato, que es el fundamento del Estado y el seminario de la República, han inducido á todas las naciones civilizadas á reconocer el principio *locus regit actum*.

"Que la ley del lugar donde el matrimonio se ha celebrado es la que determina las solemnidades externas, es *recepta sententia* del Derecho internacional privado." (Phillimore. IV. CCCXC.)

"El principio enunciado por la mayor parte de los juriscónsultos, en cuanto á la forma del matrimonio, consiste en *locus*

y que á la forma del matrimonio se refieren, además, varios requisitos no concernientes al instrumento mismo (3), como las moniciones, las pruebas para atestiguar la capacidad de las partes &.&.

Tal doctrina se funda sí en los mismos principios que la regla *locus regit actum*. Al estudiar el art. 17 (1.267) observamos que á causa de las frecuentes relaciones entre los Estados, en cualquiera de ellos se ejecutan ó celebran diariamente actos ó contratos que en otro van á surtir efecto; que si los actos ó contratos constan de instrumentos públicos, éstos fueran del todo nugatorios si no hiciesen fe en otra nación, y que, por lo mismo, la necesidad ha establecido la regla *locus regit actum*. Los propios principios son aplicables al matrimonio; pues si todo individuo tiene el derecho indisputable de contraerlo donde le convenga, es necesario aceptar la consecuencia de que, en cuanto á la forma, han de observarse las reglas prescritas por las leyes de la nación donde él se efectúe.

159. II. La regla de que el matrimonio ha de celebrarse en otro Estado en la forma prescrita por las leyes del mismo, era, según el artículo 119, meramente facultativa; por cuanto autorizaba él á los chilenos para casarse en nación extranjera observando las leyes de Chile. Tal regla se deducía del sistema que no aceptaba sino el matrimonio canónico. Permitíase pues á los chilenos casarse en nación extranjera observando lo dispuesto por el Concilio de Trento. No se tuvieron á la vista los gravísimos inconvenientes que ello acarreaba; ya porque en muchas naciones no es permitido celebrar el matrimonio canónico sino después del matrimonio civil; ya porque en los Estados donde

regit actum, y de ahí viene que la ley del lugar de la celebración es la que prevalece. " (Wharton. § 169.)

(3) " Extiéndese á las relaciones personales y de familia la máxima *locus regit actum*, la cual se ha establecido para determinar las solemnidades de los instrumentos en que las partes hacen constar sus convenciones. Ampliase el adagio tradicional aplicándolo al matrimonio, que no es un instrumento, sino una solemnidad en que interviene la autoridad pública para validar un contrato que es el fundamento del orden civil y moral. " (Laurent. D. C. I. IV. 205.)

el matrimonio canónico es desconocido, carece él de validez aun respecto de los extranjeros (4). Así, por ejemplo, si dos chilenos se hubiesen casado en Italia ante párroco

(1) " Para resolver la controversia que puede suscitarse en caso que dos extranjeros nacionales de una misma patria contrajeran matrimonio, según los ritos religiosos, en una nación cuyas leyes excluyesen la competencia de la potestad eclesiástica respecto al matrimonio, y admitiese sólo la de la potestad civil; observemos que si bien los requisitos necesarios para la existencia jurídica del matrimonio no se sujetan á la regla sobre la forma de los contratos, no puede alegarse ello cuando el matrimonio deba reputarse válido atendiéndose á la regla de que los ciudadanos de una misma patria puedan observar, en cuanto á las formas del contrato, sus leyes nacionales.

" Es cierto que el legislador italiano ha sancionado, en el art. 9 de las disposiciones generales, el principio, admitido por la doctrina y por la jurisprudencia, de que los contratantes, cuando ejecutan un acto en nación extranjera, pueden observar su ley nacional si ésta es común á todas las partes.

¿Pero puede admitirse que las solemnidades civiles ó los ritos religiosos, respecto al matrimonio, conciernan sólo á la forma, sujeta á la regla *locus regit actum*? ¿Puede admitirse que la facultad concedida á los contratantes de observar en los actos ejecutados en nación extranjera la forma prescrita por su ley nacional, se ejerza para que sea válido en Italia un matrimonio celebrado en la forma religiosa, sólo porque tal forma se reconozca según la ley nacional de los esposos extranjeros? Es evidente que no; pues el admitirlo conduciría á confundir lo concerniente á los requisitos jurídicos para la validez de un acto con la forma y solemnidades extrínsecas del mismo. El matrimonio no puede subsistir en Italia como acto del estado civil, sino cuando se ha celebrado ante el funcionario del estado civil, que es el único competente. El matrimonio celebrado sólo ante el sacerdote es acto nulo como acto del estado civil, porque la ley italiana declara incompetente al sacerdote. Ahora bien, siendo incontestable que el determinar la competencia y atribuir la á los funcionarios públicos incumbe exclusivamente á la soberanía territorial; que la ley á ello concerniente forma parte del Derecho público interno; que éste debe tener autoridad territorial absoluta; que no se puede derogarla en virtud de la ley extranjera, siguese evidentemente que los extranjeros que se casan en Italia no pueden acudir á sus leyes que atribuyen competencia á la potestad eclesiástica respecto al matrimonio como acto del estado civil, y que esto contravendría al Derecho público italiano según el cual esa potestad es incompetente. " (Fiore. II. 530.)

y dos testigos, tal matrimonio, válido en Chile, hubiera sido nulo en cualquier otro Estado.

Tan cierto es que la facultad de casarse en nación extranjera conforme á las leyes de Chile, no provenía sino de la regla de derecho público que incorporaba en las leyes civiles todas las disposiciones canónicas sobre el matrimonio; que el reglamento consular no concedía á los cónsules la atribución de intervenir en el matrimonio de los nacionales, y que el art. 15, inciso 1º, de la ley sobre matrimonio civil (5), no faculta á los chilenos para casarse en nación extranjera conforme á las leyes de su nación. De suerte que según las actuales instituciones de Chile, para juzgar sobre la validez del matrimonio en nación extranjera se atiende, en cuanto á la forma, sólo á las leyes del Estado donde se efectuó la celebración.

Pero estas reglas absolutas tampoco son conformes al Derecho internacional privado; el cual acepta el principio de que el matrimonio de los nacionales puede celebrarse en nación extranjera conforme á las leyes de su patria, cuando lo autoriza el respectivo agente diplomático ó consular (6).

(5) " El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno. "

(6) " Aun cuando la ley de un Estado extranjero atribuyese competencia á los agentes diplomáticos ó consulares para celebrar el matrimonio en nación extranjera, sólo puede admitirse que tal disposición surte efecto cuando ambos esposos sean nacionales de aquel Estado, y cuando en la convención estipulada con el otro Estado se confiere tal atribución al respectivo agente diplomático ó consular, ó se le reconoce por práctica constante. No debe, pues, en ningún caso admitirse que la ley extranjera pueda atribuir competencia á los agentes diplomáticos ó consulares aun cuando ambos esposos fueren extranjeros, ó lo fuere sólo uno de ellos.....

Debíamos determinar aquí como regla que los agentes diplomáticos extranjeros son incompetentes para recibir el consentimiento del matrimonio entre nacionales de diversos Estados, y que esta regla se aplica en la más reciente jurisprudencia." (Fiore. II. 525.)

La competencia de los agentes diplomáticos y de los cónsules para redactar y autorizar instrumentos que interesan á los naciona-

160. III. La regla tercera restringía en extremo las dos precedentes en cuanto al matrimonio de los chilenos en

les no puede explicarse por la ficción de la extraterritorialidad que algunos alegan en tal caso. Esa ficción no conduce sino á la independencia de los agentes diplomáticos y funcionarios de las legaciones, y no podría influir sino en los actos de estas personas á quienes se exonera de la obligación de acudir á las autoridades locales. Por otra parte, no explicaría la competencia de los cónsules, á quienes no se reconoce extraterritorialidad en los Estados cristianos. De ahí que según otros autores las atribuciones de los agentes diplomáticos y cónsules á este respecto constituyen un verdadero atentado á la soberanía territorial, que privativamente debía intervenir en los actos que atañen á los particulares extranjeros en general. Algunos aun aseveran que esa atribución no podría ejercerse sino por concesiones del soberano territorial que, en virtud de un tratado, tolerase la competencia de los agentes diplomáticos ó cónsules de los otros Estados. Nosotros creemos que tal competencia se explica por los principios en que se funda la regla *locus regit actum*. Si cada legislador puede estrictamente no admitir sino la validez de los instrumentos que se han otorgado en la forma que él prescribe, siguese que por una consideración de necesidad práctica y de justicia acepta los que se han otorgado en nación extranjera en la forma determinada por la ley local. Pero, cuando esa razón no se presenta, es natural que los interesados observen las leyes de su país; lo cual se funda en el carácter facultativo de la regla *locus regit actum*. Ahora bien, el medio más seguro y más expedito de permitir á las partes que sigan su ley nacional en Estado extranjero, consiste en ofrecerles la cooperación de funcionarios públicos nacionales, que puedan autorizar los instrumentos auténticos, en la forma prescrita por la ley de su patria. Lo cual explica asimismo que los agentes diplomáticos ó consulares no tienen competencia sino para los actos en que son interesados sus nacionales, pues el carácter facultativo de la regla *locus regit actum* ó el observar la ley nacional no pueden comprenderse sino cuando las partes tienen una misma nacionalidad. Además, en la práctica la competencia de estos funcionarios tiene la gran ventaja de apreciar con conocimiento de causa la capacidad de las partes cuando ésta debe examinarse antes del instrumento, por ejemplo en caso de matrimonio. Permite igualmente ejecutar actos que serían imposibles según la ley local, por ejemplo, si dos franceses de religión diferente quieren casarse en un Estado donde tal matrimonio es prohibido, pues los nacionales no tienen otro recurso que acudir al agente diplomático ó consular." (Despagnet. 222.)

"Según los estatutos 12 y 13 (Vict. cap. 68) amplias atribuciones

nación extranjera; pues surtía efecto en Chile no sólo la

se conceden á los cónsules para facilitar el matrimonio de los súbditos británicos en naciones extranjeras.

"Insertemos la circular que con este objeto dirigió el Ministro de Relaciones Exteriores :

"Señor.-Sabe el Gobierno de S. M. que, expedido el estatuto para facilitar el matrimonio en naciones extranjeras, se han suscitado algunas dudas en cuanto á las personas que deben intervenir en el matrimonio de los súbditos británicos y al lugar donde debe celebrarse. Por lo cual juzgo conveniente informar á U. que en cumplimiento de esa ley, los cónsules generales británicos, cónsules (ó cualquiera persona debidamente autorizada para intervenir en ausencia del cónsul), vicecónsules y agentes consulares, pueden, según las reglas siguientes, autorizar dichos matrimonios, siempre que hubieren recibido previamente autorización del Secretario de Estado para intervenir en tales matrimonios, ó para que éstos se celebren en su propia presencia. Ninguna otra persona es hábil para celebrar matrimonio ó para permitir que en su presencia lo celebre otra persona.

"Puede efectuarse con cualesquiera ceremonias según los ritos de las partes contratantes, y los ritos religiosos ó ceremonias pueden autorizarse por un sacerdote de cualquiera denominación; pero la presencia de la autoridad consular debidamente autorizada es necesaria para que tal matrimonio sea válido; y si el ceremonial no es el de la iglesia de Inglaterra é Irlanda, el cual puede efectuar sólo un sacerdote de aquella iglesia, las partes contratantes deben declarar ante el cónsul, conforme á las palabras prescritas en el acta, que no hay ningún impedimento que obste á que se celebre el matrimonio, y pueden intervenir las personas presentes como testigos de que los esposos se reciben mutuamente como marido y mujer, y tal declaración, á falta de cualquiera ceremonia religiosa, es suficiente."

"El único lugar donde el matrimonio, según esa ley, puede celebrarse, es el consulado británico, esto es, el despacho público del cónsul, vice-cónsul, ó agente consular, según los casos; y el matrimonio debe celebrarse con las puertas abiertas, de ocho á nueve de la noche, en presencia de dos ó más testigos.

"De lo cual se deduce que los matrimonios no celebrados en dichos lugares ó en otras circunstancias no serán válidos según la ley; y que el matrimonio no puede celebrarse en iglesias ó capillas aun las destinadas á las misiones británicas ó conexonadas con los consulados británicos, ni pueden celebrarse ante un embajador, ministro ú otro agente diplomático de la Corona.

"Conviene añadir que todos los matrimonios debidamente celebrados según la ley local vigente, son tan válidos en la nación donde se celebren como en Inglaterra." (Phillimore. II. CCLIX.)

contravención á las leyes sobre los requisitos intrínsecos esenciales para la validez del matrimonio, sino aun la concerniente á las solemnidades prescritas por el Concilio de Trento.

Pero es preciso confesar que si bien esa regla obedecía á un sistema de intolerancia, no pugnaba con los principios del Derecho Internacional privado (7); porque según

(7) "Los requisitos para la validez del matrimonio, ó, al contrario, sus impedimentos, se fundan, ya en las calidades personales de los esposos, ya en las relaciones entre los mismos. Según los principios generales pudiera suponerse que la capacidad general de la mujer se determina por el derecho de su domicilio.

"Pero en esta materia las leyes tienen su origen en consideraciones morales, y son rigurosamente obligatorias. Así, los impedimentos del matrimonio, establecidos por la ley del domicilio del marido, subsisten absolutamente sea cual fuere, por otra parte, la ley del domicilio de la mujer ó el lugar donde el matrimonio se celebre. Esta regla se aplica principalmente á los impedimentos fundados en el parentesco ó en votos religiosos.....

"Admitese generalmente que la regla *locus regit actum* se aplica á la celebración del matrimonio. Sin embargo ello presenta dificultades. Si los habitantes de una nación cuyas leyes no reconocen sino el matrimonio civil se casan en nación extranjera, no se suscitan dudas. Pero no sucede lo mismo en cuanto á los habitantes de un Estado cuyas leyes exigen la celebración del matrimonio *in facie Ecclesiae*; pues aquellas leyes se fundan en la moral religiosa, y, por ende, tienen un carácter rigurosamente obligatorio. Luego, los cónyuges deberían renovar el matrimonio en su patria ante la Iglesia, aunque no se hubieren casado, en nación extranjera, *in fraudem legis*, y aunque ese ánimo no pueda probarse. Renovado, según los principios del derecho común el matrimonio se valida *ab initio*.

"Esta regla rigurosa no se extiende á los extranjeros casados que vienen á establecerse en la nación; porque si bien tales leyes son absolutamente obligatorias, sólo se aplican á la celebración de los matrimonios, mas no á la subsistencia de los ya contraidos." (Savigny. VIII. § 379. 381.)

"En cuanto al funcionario ante quien debe prestarse el consentimiento para el matrimonio, pueden originar dudas las leyes de un Estado que exige el rito religioso para la existencia jurídica del matrimonio.

"Según estas leyes el consentimiento de recibirse mutuamente por marido y mujer, debe manifestarse ante el sacerdote á quien corresponde santificar la unión con el sacramento.

"De consiguiente, la unión de los esposos no puede conside-

el Derecho público chileno se juzgaba que la moral y las buenas costumbres exigían, en asunto de tanta trascen-

rarse matrimonio sino cuando hay consentimiento en la forma prescrita por la Iglesia ante el respectivo sacerdote.

“ Las leyes de la mayor parte de las naciones civilizadas distinguen entre el carácter religioso del matrimonio como sacramento del que tiene como acto del estado civil, y lo consideran sujeto á las leyes eclesiásticas en cuanto al primer aspecto, y, en cuanto al otro, á la ley civil.

“ Tal diversidad de leyes origina graves controversias en casos de matrimonios celebrados en nación extranjera. Puede suceder que el nacional de un Estado cuyas leyes consideran los ritos religiosos como esenciales para la existencia jurídica del matrimonio, lo hubiesen celebrado en país extranjero sólo ante el funcionario del estado civil, y en la forma prescrita por la ley civil ahí vigente. En esta hipótesis se dudaría si tal unión tiene el carácter de matrimonio en cuanto á las leyes de la patria, que prescriben el rito religioso como esencial para la existencia jurídica del matrimonio.

“ Observemos que cuando las leyes personales prescriben que el consentimiento para el matrimonio no puede prestarse válidamente sino ante el sacerdote y dos testigos, el nacional sujeto á esta ley no puede contraer matrimonio válido en su patria observando sólo las solemnidades civiles. En vano alegaría la regla *locus regit actum*; porque no se tratara de la mera forma externa del acto, sino de los requisitos necesarios para la manifestación del consentimiento de casarse; faltando ellos, faltaría uno de los elementos indispensables para el valor jurídico del matrimonio; y según el principio de que los ciudadanos se hallan en todas partes sujetos á las leyes de su patria, debe admitirse que no han podido sustraerse á su autoridad casándose en nación extranjera.

“ Pero de ahí no puede deducirse que el matrimonio deba reputarse nulo según la ley nacional donde fueron observadas las solemnidades civiles prescritas por la ley vigente, y sin observarse el rito religioso.

“ Exponemos además que el matrimonio debe reputarse ahí válido, y lo sostenemos, no porque admitamos que la ley del lugar de la celebración del matrimonio debe regular los requisitos esenciales á su existencia jurídica, sino fundándonos en principios muy diversos.

“ Para aclarar nuestras ideas, supongamos que el matrimonio sea celebrado en Italia ante el funcionario del estado civil, en la forma prescrita por el Código italiano, y sin observarse las ceremonias religiosas impuestas por la ley extranjera. Indudablemente tal matrimonio debe considerarse válido por los tribunales

dencia, que sólo el matrimonio canónico fuese válido, y que el meramente civil, aun celebrado en nación extranjera, no surtiese en Chile ningún efecto.

161. Los requisitos intrínsecos miran á la esencia misma del matrimonio, como el consentimiento de las partes, su capacidad, ya absoluta, ya relativa, el permiso de los padres, guardadores &. &. Esos requisitos se sujetan, según el art. 119, no á la ley de la nación donde el matrimonio se celebra, sino á las leyes de Chile.

Tan importante regla es consecuencia necesaria de los principios sancionados en el art. 15: las leyes concernientes al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos, obligan á los chilenos aunque residan en nación extranjera. Regla más necesaria todavía tratándose del matrimonio (8); el cual, según las instituciones de todos

italianos. Es verdad, como principio, que el matrimonio, acto constitutivo de la familia, debe depender de la ley nacional de cada individuo, y que según ésta deben determinarse los requisitos esenciales para su existencia jurídica. Pero así como el legislador italiano, aceptando la práctica de la mayor parte de los pueblos civilizados, ha declarado el matrimonio institución civil distinta de la que puede ser como sacramento; el aplicar una ley extranjera que haga depender los efectos civiles del matrimonio de los ritos religiosos, contravendría á nuestro derecho público territorial, confundiendo la competencia de la potestad civil con la de la potestad eclesiástica respecto al matrimonio como acto del estado civil. Por consecuencia, no pudiéndose en este caso reconocer la autoridad de la ley extranjera, debe considerarse válido, para todos los efectos civiles, el matrimonio celebrado en conformidad con nuestras leyes." (Fiore. II. 527. 528.)

(8) "Según la interpretación que generalmente se da al art. 3, inciso 3°, del Código civil, la capacidad del extranjero se determina por su ley nacional, así como la del francés en nación extranjera. No se excluye la aplicación de la ley extranjera para observar la ley francesa sino cuando se trata de una regla de orden público. Claro es, asimismo, que si los esposos son de nacionalidad distinta, la capacidad de cada uno, en cuanto al matrimonio, debe apreciarse según las disposiciones especiales de su ley nacional.

"Aceptado ese principio, se seguirá la ley nacional del extranjero en cuanto á las disposiciones relativas al consentimiento de los ascendientes, á los vicios del consentimiento y á la edad necesaria para el matrimonio" (Despagnet. 255.)

"En cuanto á la edad, la jurisprudencia de todos los Estados

los pueblos civilizados, se contrae con el ánimo de que no lo disuelva sino la muerte de uno de los cónyuges. Si el chi-

de la Europa continental admite que es necesario conformarse a la ley de origen de una de las partes, y, según la opinión, cada día más dominante, esa ley, en cuanto a cada uno de los esposos, no es la del domicilio, sino la ley nacional. Es el principio admitido en Bélgica, en Francia, en las naciones de raza latina y en Austria-Hungría...

"La capacidad proveniente sólo de la edad se determina según la raza, clima, desarrollo físico é intelectual más ó menos precoz; según la latitud, el grado de cultura y de civilización. Es un absurdo aun suponer que una persona sea capaz ó incapaz respecto a la edad por el mero hecho de trasladarse momentáneamente a país extranjero para celebrar matrimonio. ¿Bastará pasar la línea imaginaria que se llama frontera para que el estado y la capacidad de la persona se modifiquen inmediatamente? En vano se alega que se obvian los inconvenientes concediéndose la facultad de anular un matrimonio contraído en nación extranjera con el ánimo de eludir la ley nacional; pues ese ánimo es difícil de probarse." (Rolin. II. 518. 550.)

"Los autores del Código italiano se han inspirado en los derechos del hombre; los hallan impresos en su nacionalidad, que se confunde con todos los elementos personales de la naturaleza humana. ¿Cuáles son los requisitos de la capacidad de la mujer extranjera para casarse con un italiano? Los angloamericanos no comprenderían la pregunta; no quieren oír hablar de estatutos personales. La ley del lugar donde el matrimonio se celebra es la que determina esos requisitos. De ahí la anomalía de que la capacidad es diversa según que los matrimonios se celebren en Italia, en el domicilio del marido ó en la nación donde la mujer está domiciliada... El legislador italiano da otra respuesta a la pregunta: la capacidad del italiano se determina por su ley nacional. Hé aquí el principio razonable fundado en la esencia del matrimonio. Es necesaria cierta edad no sólo para la procreación de la prole, sino, sobre todo, para el fin moral del matrimonio: la unión de las almas. ¿Quién debe determinar esa edad cuando se trata de un extranjero? ¿Acaso el legislador italiano determinará, según las circunstancias físicas, intelectuales y morales de Italia, la edad que, para casarse, deben tener los extranjeros? La pregunta misma es absurda. El legislador nacional debe reglar lo que sólo él puede saber. Eso, en vez de sistema, es ley de la naturaleza. Tratándose de extranjeros, el principio es tan evidente que apenas se puede comprender cómo los angloamericanos lo ponen en duda. Si el matrimonio se efectúa entre extranjero é italiana, ambas partes deben ser capaces, y la capacidad se determina por su ley nacional; de manera que si el extranjero es

leno conserva el carácter de nacional aunque permanezca muchos años en Estado extranjero, conserva por ende las calidades esenciales impresas por las leyes de la misma, y entre ellas se cuentan, á no dudarlo, las provenientes del matrimonio (9). Nada fuera, pues, más absurdo que por

incapaz, aunque no lo sea la italiana, el matrimonio no puede efectuarse : el legislador de Italia respeta la ley extranjera tanto como la suya. Hé aquí el terreno donde debe edificarse el Derecho internacional privado, si se procura realizar la comunidad de derecho entre los pueblos. " (Laurent. D. C. I. IV. 216).

(9) " El matrimonio es un estado, una condición especial de las personas, es una de las más trascendentales modificaciones de la nacionalidad; y la nacionalidad, así modificada, es indivisible tanto en su causa como en sus efectos necesarios. De manera que la condición inherente á la persona, así indivisible, la sigue á dondequiera que ella se traslade.

" Para comprender la indivisibilidad de que se trata, esto es la unidad, la plenitud de la calidad de francés, por ejemplo, modificada por el estado de matrimonio en nación extranjera, debe mirarse el matrimonio como una institución de orden público, sujeta á las leyes nacionales que el ciudadano no puede renunciar; pues no le es potestativo dejar la calidad de francés en cuanto á los actos consumados, en virtud de esta calidad, conforme á las leyes de su patria. Luego, cuando según esas leyes adquiere el estado civil del matrimonio, éste es un acto irrevocable no sólo en cuanto el matrimonio mismo, sino en cuanto á sus efectos, en cuanto á todas las consecuencias necesarias que según las leyes francesas de él se derivan, como elementos constitutivos, condiciones actuales y realizadas, aunque á menudo eventuales, de la institución civil del matrimonio. Así, en virtud del matrimonio, aun en territorio extranjero, el francés se sujeta actualmente á la disposición eventual de la ley de su patria, que declara la legitimación del hijo concebido antes del matrimonio, al paso que el inglés, aunque se casara en Francia, no estaría sujeto á tal disposición no comprendida en las leyes de su patria. Asimismo el francés en virtud del matrimonio, aunque en nación extranjera, se sujeta á la disposición del art. 147 del Código civil, según la cual no puede contraerse segundo matrimonio antes de la disolución del primero, y á la ley de 8 de mayo de 1816 que abolió el divorcio; mientras que el ruso, aun casado en Francia bajo el imperio de las leyes francesas, pudiera, cuando vuelva á Rusia, solicitar divorcio y contraer segundo ó subsiguiente matrimonio conforme á las leyes rusas... Luego, el nacional lleva casi siempre consigo, á la nación extranjera donde va á residir, esa calidad de origen, ó por mejor decir, su nacionalidad, modi-

el mero hecho de ausentarse un individuo por corto ó largo tiempo, pudiese eludir las leyes nacionales, que determinan la edad para contraer matrimonio, el consentimiento de los padres ó guardadores, y otros impedimentos relativos ó absolutos.

Debemos observar que el art. 119 está modificado por el art. 15, inciso 2º, de la ley sobre matrimonio civil: "Sin embargo si un chileno ó chilena contrajeran matrimonio en país extranjero, contraviniendo á lo dispuesto en los arts. 4º, 5º, 6º y 7º de la presente ley, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere cometido en Chile."

Los cuatro artículos que se citan sólo se refieren á los impedimentos dirimientes, y por lo mismo se deja en absoluta libertad á los chilenos para contravenir en nación extranjera á las leyes relativas, bien al permiso de los padres ú otros ascendientes, bien á las segundas nupcias, bien á la prohibición de contraer matrimonio entre el guardador y la pupila. Como lo observa el distinguido jurisconsulto don Paulino Alfonso, parece que el Congreso de Chile no se propuso dar tanta extensión al inciso 2º del art. 5º. Pero siendo clarísimo el tenor literal de la ley, tiene de observarse la regla de interpretación puntualizada en el art. 19; y, por lo mismo, mientras no se reforme aquel incalificable inciso 2º, los chilenos que se casan en nación extranjera pueden prescindir absolutamente de los requisitos concernientes al consentimiento de los padres, sin que ello surta en Chile ningún efecto.

162. También debemos notar que las leyes de Chile no son consecuentes, en cuanto á los extranjeros, con el sistema sobre el matrimonio; pues lejos de reconocerles el derecho de casarse observando los requisitos intrínsecos

ficada ó no modificada, y la lleva en su estado de indivisibilidad, entre la causa y sus efectos, esto es, que estando siempre investido de su nacionalidad, se halla sujeto á las leyes de su patria que definen, caracterizan esa nacionalidad en su causa y sus efectos, como también las modificaciones que ella puede experimentar, y que, refiriéndose al orden público ó á las instituciones generales de su patria, no dependen nunca de la voluntad individual." (Mailher de Chassat. 191.)

que las leyes de su patria exigen, ordenan que los matrimonios celebrados en Chile se sujeten en todo á las leyes de esta nación. Lo cual pugna abiertamente con las reglas fundamentales sobre el matrimonio establecidas por el Derecho internacional privado.

163. En los Estados Unidos se acepta, en cuanto al matrimonio que ahí contraen los extranjeros, idénticos principios á los de la ley chilena; pero las instituciones de la gran República no son envidiables tratándose del matrimonio; y, por otra parte, los motivos que han inducido al legislador norteamericano á uniformar las reglas sobre todos los matrimonios, ya de los nacionales, ya de los extranjeros (10), no militan en Chile. El portentoso incre-

(10) " Aunque el matrimonio sea una institución internacional, hay mucha diferencia entre nuestro Derecho público y el de los Estados de Europa, en cuanto á la capacidad de las partes y á la forma de su celebración. En las naciones antiguas y pobladas domina el sistema de impedir el matrimonio hasta que las partes sean capaces de formar hogar independiente; exigese el consentimiento de los padres y guardadores, y, algunas veces, aun el del Estado. En otras naciones se publica el matrimonio para que el ministerio público ó los parientes tengan oportunidad de impedirlo. En ciertas naciones católicas los impedimentos de consanguinidad se extienden aun á los primos, si bien tal impedimento puede dispensarse por el papa. En Inglaterra se prohíbe el matrimonio de un hombre con la hermana de su mujer difunta. En todos los Estados de Europa el matrimonio es nulo si no se celebra con las solemnidades prescritas por el Estado. Estas limitaciones son frecuentemente materia de Derecho público, y cada nación no permite que otra las infrinja. De Derecho público es en los Estados Unidos favorecer el matrimonio. Juzgamos que los matrimonios precoces conducen no sólo al aumento de la población sino á la moral, y que son muy convenientes á las circunstancias de un país como el nuestro, que necesita de una población joven, activa y movediza, que los Estados antiguos miran con desprecio. La multiplicación de nuevos hogares es una inmensa ventaja para que ocupen los vastos y diversos territorios que nos pertenecen. Los hijos ilegítimos, con su herencia de desamparo y destitución, son comparativamente pocos en los Estados donde se facilitan los matrimonios precoces, al paso que abundan en otros Estados, á proporción de las restricciones á que el matrimonio está sujeto; de manera que sancionar leyes que restringen los matrimonios es un estímulo para los nacimientos ilegítimos.....

mento de la población en los Estados Unidos, compuesta en gran parte de extranjeros que se naturalizan, es lo que compele á no entrar en distinciones concernientes al matrimonio de nacionales ó de extranjeros. Mas en las repúblicas sudamericanas, los extranjeros viven casi siempre como tales, y vuelven á su patria despues de adquirir bienes de fortuna.

164. El mismo sistema de los Estados Unidos se aceptaba en Inglaterra (11), cuyo derecho consuetudinario (com-

Resumiendo que en materias de Derecho público internacional las leyes de cada nación son soberanas, como lo reconocen aun los juriconsultos de las modernas escuelas de Francia y de Italia, deducimos las dos siguientes consecuencias : 1^a. Cuando los extranjeros que se casan en nuestro territorio son capaces según nuestras leyes é incapaces según sus leyes personales, tal incapacidad no invalida entre nosotros el matrimonio; y 2^a. Cuando nuestros nacionales, capaces de casarse según nuestras leyes, se casan en nación extranjera donde sean incapaces, no obsta ello á que reconozcamos la validez del matrimonio. " (Wharton. § 127.)

(11) " Como las leyes sobre el matrimonio forman parte del *ius gentium*, la regla general consiste, á no dudarlo, en que el matrimonio, válido ó nulo según la ley de la nación donde fué celebrado, en todas partes es válido ó nulo. Hubero establece una excepción á esta regla, afirmando que si dos personas, para eludir las leyes de Holanda, que requieren el consentimiento del curador, se trasladaren á otra nación donde tal consentimiento no es necesario, y, casadas ahí, vuelven á Holanda, los tribunales de esta nación no estarán obligados, según el Derecho internacional, á declarar válido el matrimonio, porque éste seria un acto *ad eversionem iuris nostri*. Con esta opinión pugna el fallo (en 1768) de la Corte de Delegados en Inglaterra. Las partes, súbditos ingleses y una de ellas menor, se ausentaron, sin el consentimiento del guardador, para eludir las leyes inglesas y se casaron en Escocia. En virtud de un litigio ante el tribunal eclesiástico para anular el matrimonio, se decidió que era válido. El fallo del tribunal eclesiástico ha sido con frecuencia muy controvertido. Pocos años antes de la decisión de los delegados, Lord Mansfield manifestaba con energía su opinión á favor de la doctrina de Hubero, aunque confesaba que el caso permanecía dudoso en Inglaterra. Ahora se admite la opinión conforme á lo decidido por el tribunal eclesiástico..... El principio consiste en que, con respecto al matrimonio, la *lex loci contractus* prevalece sobre la *lex domicilii*, como la regla más segura dictada por miras justas é ilustra-

mon law) prescribía que el matrimonio se rigiese en cuanto á su validez por las leyes de la nación donde se había celebrado.

Pero Inglaterra, aunque tan aferrada á sus instituciones, ha conocido yá los gravísimos inconvenientes de tal sistema, y sus tribunales han establecido la práctica de que en cuanto á la capacidad para el matrimonio se aplican las leyes de la nación á donde las personas pertenezcan (12).

das de jurisprudencia internacional. " (Kent. II. XXIV. 7.)

(12) " Debemos notar que la antigua teoría ha sido recientemente modificada por la jurisprudencia, admitiéndose que las controversias sobre capacidad deben resolverse, en cuanto al matrimonio, conforme á las leyes personales, y no á las de la nación donde el matrimonio se ha celebrado. Tal principio se declaró en la causa *Sottomayor-Barros*. La Corte de apelación reformó la sentencia pronunciada en primera instancia que, ateniéndose á la *lex loci contractus*, había declarado válido el matrimonio celebrado por un portugués en Inglaterra conforme á la ley inglesa; y resolvió que lo concerniente á la capacidad debía regularse por la ley personal. Aplicóse la ley del domicilio, esto es, la ley portuguesa tratándose de un individuo domiciliado en Portugal, porque en Inglaterra prevalece la teoría de que la capacidad de las partes depende de la ley del domicilio. Es importante notar que la Corte no aplicó la ley inglesa, según la cual el matrimonio del portugués fuera válido, y que lo declaró nulo, porque resuelve que la incapacidad personal, en cuanto al matrimonio, sigue á la persona á dondequiera que él sea celebrado. Tal decisión modifica sustancialmente la jurisprudencia anterior, y confirma el principio de Derecho internacional privado, generalmente admitido, de que la capacidad ó incapacidad personal en materia de matrimonio debe regirse por el estatuto personal, y no por las leyes de la nación donde el matrimonio se celebre. " (Fiore. II. 515.)

" Respecto á la capacidad de las personas que contraen de facto el matrimonio, hay grande y perjudicial divergencia entre las leyes y decisiones judiciales de los diferentes Estados.

" Las Cortes de Inglaterra han resuelto que el matrimonio válido según la *lex loci contractus* es válido en todas partes.....

" Y la opinión general de Inglaterra y los Estados Unidos de Norte América ha consistido en que los matrimonios contraidos en nación extranjera por ingleses, aun con el objeto de eludir las leyes inglesas, son válidos si lo son *lege loci contractus*.

" En 1857 el vice-canciller Stuart y el juez Cresswell decidieron que era nulo el matrimonio celebrado durante una residencia temporal en Dinamarca entre un inglés viudo y su cuñada,

Incurren sí en la anomalía de considerar el consentimiento de los ascendientes, guardadores, etc., no como referente

aunque no lo fuese según las leyes de Dinamarca, la *lex loci contractus*.

“ Esta resolución no atañe al problema en general sobre la validez de los matrimonios contraídos en nación extranjera, porque el caso de un matrimonio incestuoso se comprende entre los excepcionales, en que no se permite la aplicación de las leyes extranjeras. Pero accidentalmente, y en el curso de la sentencia, se negó que aun en los casos que no fuesen de carácter excepcional, las Cortes de Inglaterra aceptasen la doctrina de que fuesen válidos los matrimonios celebrados en nación extranjera *in fraudem legis domesticæ*, aunque lo fuesen según la *lege loci contractus*.

“ Elevóse en apelación este caso á la Cámara de los Lores, y la sentencia fué confirmada en todas sus partes.

“ La conclusión asentada por Cresswell en cuanto al matrimonio extranjero de los súbditos ingleses debe considerarse como de la mayor importancia; y de ella se deduce que las leyes inglesas están acordes con las del continente, mas no con las de los Estados Unidos de América. Acéptase el sano principio de Derecho internacional privado sobre las leyes personales, ó calidades impresas en la persona por la ley de su domicilio, á saber : Cuando *lex in personam dirigitur respicienda est ad leges illius civitatis, quæ personam habet subiectam*. ” (Phillimore. IV. CCCXCIII. CCCXCIX.)

Westlake resume el Derecho inglés sobre esta materia en las siguientes reglas :

1ª. Es indispensable para la validez del matrimonio :

a) Que la *lex loci actus* se cumpla en todo cuanto concierne á la forma ó solemnidades :

b) Que la *lex loci actus* se cumpla en todo cuanto concierne al consentimiento de los padres ó guardadores :

c) Que la *lex loci actus* se cumpla en lo concerniente á la capacidad de las partes para contraerlo, bien respecto á los grados prohibidos de afinidad, ó respecto á cualquier otra causa de incapacidad absoluta ó relativa :

d) Que las leyes personales de cada parte se cumplan en cuanto á la capacidad de contraer, bien absoluta, como respecto á la edad, bien relativa, como respecto á los grados prohibidos de consanguinidad ó afinidad.

2ª. Un matrimonio en que se ha observado la forma requerida por la *lex loci actus*, es válido en Inglaterra en cuanto á la forma :

3ª. La incapacidad para casarse proveniente de penas impuestas, ó de votos religiosos, ó de las ordenes sagradas, no se

á la capacidad de los esposos, sino como mera solemnidad relativa á la forma, y contraviniendo á los más obvios principios sobre el matrimonio, declaran que la falta de ese permiso no influye en la validez del que se celebra en Inglaterra.

Si bien el derecho internacional privado acepta la regla de que el matrimonio celebrado en la nación por los extranjeros se sujeta, en cuanto á los requisitos intrínsecos, á las leyes de su patria; establece la restricción de que al celebrarse el matrimonio no puede contravenirse al derecho publico internacional del Estado (13).

admite en Inglaterra como proveniente de las leyes personales :

4°. Cuando por las leyes personales una parte puede casarse sin el consentimiento de los padres ó guardadores, la falta de tal consentimiento invalida el matrimonio en cuanto á esa parte, aunque se haya observado la *lex loci actus*. En otros términos, el consentimiento necesario según la ley del domicilio, se cuenta, según el Derecho internacional privado, no entre los requisitos de forma, sino entre los concernientes á la capacidad. (§ 17-25.)

(13) " Sábese que la ley nacional no es aplicable cuando pugna con el orden público de otro Estado. Esa restricción se presenta frecuentemente en cuanto al matrimonio, tan conexas con la moral y con los intereses generales de la sociedad. Imposible es precisar en una sola fórmula las restricciones á la ley nacional de los esposos, provenientes del orden público : en esta materia, esencialmente relativa, deben entrar en cuenta las ideas peculiares á cada legislador, investigándose, acerca de cada requisito intrínseco del matrimonio, si es ó no de orden público. Lo cual no se acepta en el proyecto de la conferencia de la Haya, cuyo artículo segundo no prevé la observancia del orden público territorial sino en tres casos : 1°. La necesidad de que se disuelva un matrimonio anterior : 2°. Prohibición absoluta (esto es, no susceptible de dispensa) proveniente de consanguinidad ó afinidad; y 3°. Prohibición absoluta de casarse entre los culpados del adulterio á cuya consecuencia se ha disuelto el matrimonio. Juzgamos que el orden público en materia de matrimonio debe comprenderse de una manera más extensa, para que abrace todo cuanto tenga ese carácter según las miras de cada legislador. " (Despagnet. 251.)

" Ante todo conviene advertir que algunos requisitos se exigen á consecuencia de la imperiosa necesidad de mantener integro el principio moral, que cada Estado considera como fundamento esencial de la familia; otros para conservar la organización de la familia y para que, según el criterio aceptado por el legis-

Pero no desconocemos que atendíendose sólo á la capacidad de los contrayentes, las reglas del derecho interna-

lador, subsistan las relaciones de familia como fueron establecidas por la ley.

“ Ahora bien, es evidente que debe distinguirse entre las disposiciones que miran á uno ú otro objeto. Á las primeras debe atribuirse fuerza obligatoria absoluta en el territorio respecto de todos, porque en realidad no es admisible que una familia sea constituida en un Estado violándose los principios morales que el legislador ha declarado como fundamento esencial de las leyes, sin que se contravenga al Derecho público territorial y á las buenas costumbres.

“ Mas, en cuanto á las segundas, no puede atribuirse la misma autoridad respecto de todos; porque, establecidas para conservar la organización de la familia y las relaciones entre sus miembros, deben regir sólo respecto á las personas sometidas al imperio de la ley reguladora de las relaciones de familia.

“ La distinción que acabamos de hacer debe guiarnos para distinguir entre las disposiciones que conciernen á los requisitos intrínsecos del matrimonio, cuáles son estatuto real, y cuáles estatuto personal, esto es, las que encierran, bien un precepto, bien una prohibición, que no pueden violarse ni por el extranjero que se proponga celebrar matrimonio en el Estado; y las aplicables sólo á los ciudadanos, ya celebren el matrimonio en el Estado, ya en nación extranjera.” (Fiore. II. 516. 533.)

“ La celebración del matrimonio en el territorio no presenta dificultades especiales, cuando sólo se trata de los franceses.....

“ El caso se complica en cuanto á los extranjeros; y entonces es menester emplear todas las precauciones para conformarse á las diversas leyes concernientes al matrimonio.

“ No pueden cumplirse ellas sino por un estudio atento de las leyes extranjeras. Debemos recomendar mucha prudencia en los datos que á este respecto han de tomarse. Tratándose del derecho territorial, es necesario atender á las dificultades que pueden presentarse en cuanto á las reglas que constituyen el orden público internacional: no es difícil que un matrimonio autorizado por la ley personal de los futuros cónyuges pugne con los principios ó intereses cuya salvaguardia corresponde á la ley francesa.....

“ Las disposiciones de la ley francesa deben aplicarse á los extranjeros que no estén sujetos á leyes análogas, cuando en Francia se cuentan esas disposiciones entre las que atañen al orden público internacional.

“ Comprendemos igualmente que un Estado prohíba en su territorio la celebración de un matrimonio que, según sus leyes,

cional privado carecen de la apetecible uniformidad (14).

sea bigamo ó incestuoso; el legislador nunca debe cooperar á un acto que repruebe. Añadimos, empero, que las legislaciones no se acuerdan sobre los grados de parentesco á que debe atenderse para evitar el incesto, y que parece conveniente la indulgencia cuando la duda es permitida en la teoría especulativa. " (Brocher. I. 88.)

(14) " Hay tres teorías distintas en cuanto á la ley que determina la capacidad para el matrimonio :

" La primera consiste en que tal capacidad se determina por la ley del lugar donde el matrimonio se celebra; la cual es sostenida por Story y por muchos jueces ingleses y americanos. Esta teoría tiene la ventaja de la sencillez. El lugar donde el matrimonio se celebra es siempre cierto; y si las leyes de ese lugar prevalecen en dondequiera para determinar la capacidad, tendremos en todos los Estados reglas uniformes sobre el problema de la capacidad.

" Pero acerca de esta teoría puede objetarse, en primer lugar, que está sujeta á excepciones que la hacen inaplicable á la mayor parte de los casos controvertidos. Así, el matrimonio incestuoso según nuestras leyes, no es válido cuando se celebra en otra nación donde sería legal, y por el contrario es cierto que el matrimonio celebrado en Inglaterra, entre un americano y la hermana de su mujer difunta, sería válido en algunos de nuestros Estados donde ese matrimonio fuese legal. Asimismo, aunque, como ya lo hemos observado, el matrimonio nulo según la *lex loci contractus* es nulo en dondequiera, se juzga por las cortes americanas ilegal el matrimonio celebrado en nación extranjera, sólo porque se omitió el consentimiento de los padres, ó porque una de las partes, aun cuando de edad para casarse en su patria, fué menor en el lugar de la celebración. El propio conflicto se ha presentado cuando personas domiciliadas en uno de nuestros Estados, donde el matrimonio de ciertas clases de personas es prohibido, salen á nación extranjera con el objeto de eludir la ley, se casan donde el matrimonio es legal y vuelven á su patria. La segunda objeción consiste en el peligro á que se exponen los matrimonios, ahora frecuentes, de personas que viajan en nación extranjera. Cualquier defecto en observar la ley local, que las partes no conocían bien, bastaría para invalidar el matrimonio y para que sea ilegítima la prole. Pero fuera muy grave la objeción de que serían válidos los matrimonios polígamos celebrados en la India ó en la China. Declarar la autoridad de la *lex loci celebrationis* en esta materia, sería reconocer en todas partes esos matrimonios polígamos, y constituir como suprema la *lex loci celebrationis* que habilita á las partes para adquirir la capacidad de casarse; pues lo único que se exi-

girá es que el matrimonio se celebre donde tal capacidad sea reconocida por la ley.

“ La segunda teoría consiste en que la capacidad para el matrimonio se determina por la *lex domicilii*... Lord Brougham, en un caso célebre, dijo : ‘ El contrato de matrimonio es principalmente el que las partes celebran sujetándose al lugar de su domicilio. Las partes que lo contraen proceden sobre el supuesto de referirse á su domicilio y sus leyes.

“ Hay, empero, dos objeciones graves para aceptar en los Estados Unidos la *lex domicilii* como determinante de la capacidad para el matrimonio. La primera consiste en que la validez de los matrimonios en los Estados Unidos de nacionales de otros Estados, dependería de que tales personas hayan adquirido domicilio en los Estados Unidos; porque, si no, se regirían por la ley del domicilio extranjero, según la cual, especialmente cuando se trata de menores, la dificultad en cuanto á informaciones es casi insuperable. Los inconvenientes de tal principio serían notorios. Pocos extranjeros, que se casan en la nación, estarían seguros de que el matrimonio es legal; y pocos descendientes de tales extranjeros estarían seguros de su legitimidad. No es eso todo. Si la ley del domicilio es el *criterium*, un judío austriaco sería incapaz de casarse con un cristiano en los Estados Unidos, y si contrajese tal matrimonio deberíamos declarar la nulidad; los hijos fueran ilegítimos; y la misma regla se aplicaría á los matrimonios de los eclesiásticos extranjeros. Por otra parte, si aceptásemos sin limitación la regla del domicilio, deberíamos reconocer los matrimonios polígamos de los chinos. Si el criterio de la nacionalidad se aceptase, como lo pretenden los que afirman la ubicuidad de las leyes personales, más graves serían aún las consecuencias. Una gran parte de nuestra población se compone de extranjeros que no han conseguido todavía la naturalización y que, por tanto, no son todavía ciudadanos de los Estados Unidos. Si aceptásemos la ubicuidad de la ley nacional á este respecto, impugnáramos todos los matrimonios celebrados en esta nación por extranjeros venidos del continente europeo.

“ La tercera teoría consiste en que la capacidad para el matrimonio es materia de Derecho público internacional, y que los jueces están obligados á cooperar á ese sistema cuyos intérpretes son. En cuanto concierne á los Estados Unidos, nuestro Derecho público declara que son capaces para el matrimonio todos los adultos que no estén casados. Este sistema, lejos de ser nuevo, se basa en el Derecho consuetudinario de todas las naciones cristianas, que fue traído á esta nación por sus fundadores; ni es meramente doctrinal, porque arraiga en nuestro desenvolvimiento, nuestra integridad nacional y nuestra moralidad. Tampoco es una regla que pugne con las concernientes al *status*, enseñadas por sus más ardientes defensores en Francia, Italia y Bélgica. Según los Códigos de estos Estados las leyes

Art. 120. El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge (*).

REFERENCIAS

Matrimonio. 102.
El artículo. 103.

CONCORDANCIAS

P. de B. 138.

C. E. 116. El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras viviere el otro cónyuge.

C. Arg. 165. El matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse a ninguno de los cónyuges.

COMENTARIO (*).

165. Este artículo es consecuencia de la intolerancia religiosa que había en Chile cuando se redactó el Código.

personales de los extranjeros no surten efecto cuando pugnan con la moral y con el orden público internacional. Y nada concierne tan de cerca a la moral y al orden público como los requisitos del vínculo del matrimonio." (Wharton. § 160-165.)

(*) Savigny. VIII. § 379 (G)-389.—Merlin (Q). Divorce. § XIII. —Dalloz. Mariage. 217.—Zachariae. (A. R.) V. § 469.—Dembolombe. I. 101. 101 bis.—Demante. I. 10 bis I.—Calvo. II. § 752.779. 780. 812-816.—Fiore. Effetti de la Sentenza. 59.—Laurent (D. C. I.) V. 128-130. 144-145.—Phillimore. 435 A. 491-496. 501-505. 507. 510-521. A.—Foelix I. 68. (a)—Brocher. I. 88.—Rolin. II. 595. 599.—Despagnet. 264. 265.—Weis. III. p. 422-424.—603-609.—Wharton. 132. 135. 214.—Mailher de Chassat. 197.

Según lo hemos visto al comentar el art. 103, la ley civil incorporaba en las reglas sobre el matrimonio todas las determinadas por los cánones, y ellas formaban parte del derecho público chileno. Y tratándose de derecho público, evidéntísimo es que si los extranjeros habían obtenido en su patria sentencia de divorcio, y en ella eran hábiles para contraer nuevo matrimonio, no lo eran conforme á las leyes de Chile.

Pero si desde el año 1884 se estableció el matrimonio civil, no hay ya razón alguna para que no se reconozcan los efectos de la disolución que se efectúa en otro Estado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Abolido en Francia el divorcio en el año 1816, suscitóse controversia sobre si los extranjeros divorciados en su patria podrían contraer en Francia nuevo matrimonio. Jurisconsultos muy notables (1) sostuvieron la negativa. Pero

(1) " El divorcio no sólo es un atentado grave contra el matrimonio; en todos los pueblos civilizados es una modificación más ó menos profunda del estado de las personas. Pero entre nosotros compromete en extremo las buenas costumbres, el orden público, la felicidad y dignidad de las familias : como atañe á los vínculos religiosos, refiérese á nuestro Derecho público; pues, prescindiéndose de la ley civil, la indisolubilidad del vínculo conyugal subsistiría entre nosotros como una de las máximas fundamentales del reino. Esta última consideración debe extenderse á todas las naciones donde viven eficazmente los dogmas del catolicismo, el respeto á las reglas de la fe y á la antigua disciplina, la conservación y pureza de las costumbres. Todo esto debe tenerse presente para resolver los siguientes problemas :

" El extranjero que, divorciado en su patria, es hábil para casarse según las leyes que le rigen, ¿ puede contraer nuevo matrimonio en Francia, contraviniendo á la ley de 8 de mayo de 1816 que abolió el divorcio? El juez francés reconoce en el extranjero la calidad de nacional de ese país, cónyuge divorciado, esto es, la nacionalidad misma del extranjero modificada por el estado de cónyuge divorciado, como podría serlo por el Estado de muerte civil, de quiebra, de interdicción ó cualquier otro; y si debe decidir sobre la nacionalidad así modificada, acudirá, para aplicarla, á la ley del extranjero que define tanto su nacionalidad como la modificación que ésta ha experimentado; pero á esa nacionalidad, así reconocida, denegará los efectos, aun expresamente determinados por la ley extranjera, si ellos

al fin prevaleció el parecer de los que sostenían la habilidad del extranjero divorciado (2).

pugnan con la legislación, las buenas costumbres, el orden público francés ó con los derechos de terceros; porque, siendo magistrado francés, su primer deber es hacer respetar y aplicar las leyes de su patria, cuando se alega una legislación extranjera para ejecutar un acto que aquéllas reprueban. En el caso de que se trata no aplicará, pues, como contraría á la ley francesa, la ley extranjera que faculta al cónyuge divorciado para volver á casarse." (Mailher de Chassat. 197.)

"No puede desconocerse que la abolición del divorcio condujo á que cesase la pugna, que en cuanto á la indisolubilidad del matrimonio, había entre la ley civil y las creencias religiosas de la mayor parte de los franceses. Opondriase, pues, al espíritu de esa ley permitir en Francia la celebración de un matrimonio contrario á las creencias religiosas de la sociedad francesa. En vano se objetara que ese matrimonio, una vez celebrado, no podría anularse. Tal objeción, también aplicable al matrimonio que quisieran contraer en Francia entre cuñado y cuñada, ambos extranjeros, carece en Derecho de fundamento, pues hay muchos impedimentos meramente prohibitivos." (Aubry et Rau. V. § 469.)

Después de aseverar Demante que el estado y la capacidad del extranjero se rige, en Francia, por el estatuto personal de la nación á donde el extranjero pertenece, añade: "Eso significa que la aplicación de la ley extranjera concerniente á la capacidad del extranjero debe efectuarse por los tribunales franceses, si conocieran en una de esas controversias. Pero no deben aplicar esa regla si la legislación extranjera lastima la moral pública, ó si su aplicación en Francia constituye un escándalo. Así, evidentemente la ley de la nación donde es permitida la poligamia no podría alegarse en Francia por la persona cuya capacidad rige esa ley, para que se le permita casarse con dos ó más mujeres. Lo mismo se diría de un extranjero que, divorciado según las leyes de su patria, antes de 1884, hubiese querido casarse de nuevo en Francia cuando vivía el primer cónyuge" (I. 10 bis. 1.)

(2) Merlin propone la siguiente cuestión. "Abolido el divorcio en Francia por la ley de 8 de mayo de 1816, ¿hay impedimento legal para el matrimonio que un francés quisiera contraer hoy con una extranjera legalmente divorciada en su patria, y cuyo primer marido vive?" "Esta cuestión", dice, "debe resolverse negativamente. Alégase que el derecho de casarse con una francesa legalmente divorciada antes de la ley de 8 de mayo de 1816, cuando vivía el primer marido, no lleva consigo el de casarse con una inglesa ó belga legalmente divorciada en su

patria, y cuyo primer marido vive. Para sostenerlo es menester aseverar que el matrimonio está prohibido entre un francés y una extranjera, cuando el art. 12 del Código civil dice literalmente que la extranjera que se case con un francés sigue la condición de su marido; ó que las mujeres extranjeras se hallan sujetas en Francia á impedimentos de matrimonio no establecidos por las leyes francesas ni por las vigentes en su domicilio. "(Q) Divorce. § XIII).

“Se pretenderá que un extranjero, un inglés, un polaco, por ejemplo, divorciado según las leyes de su patria, no puede contraer matrimonio en Francia con una extranjera ó aun con una francesa?

“Algunas sentencias han decidido que el matrimonio no es posible: y tal es también el parecer de ciertos autores.

“Estas sentencias y pareceres se fundan en las siguientes razones: 1°. El extranjero que se casa en Francia no debe hallarse en ninguno de los casos de prohibición previstos por la ley francesa: 2°. Su capacidad personal no dispensa al francés de los impedimentos dirimentes puntualizados en el Código á que está sujeto; y 3°. El divorcio no es admitido en Francia; y se trata entonces de una prohibición de orden público.

“Estas razones nos parecen muy dudosas.

“En efecto,

“1° Decir que el extranjero, para casarse en Francia, debe ser, en todo sentido, capaz según la ley francesa, es negar absolutamente el principio según el cual en Francia se aplican al extranjero sus leyes personales; y ese principio es verdadero y debe observarse generalmente:

“2° Decir que la capacidad personal del extranjero no le exime al francés de su incapacidad personal, es confundir las dos leyes, las dos capacidades personales distintas. Aceptárase esa razón si se tratase de un impedimento fundado en una calidad común á los dos futuros esposos, por ejemplo, si un extranjero, capaz, en su patria, de casarse sin dispensa con su sobrina, pretendiera casarse con su sobrina francesa sin dispensa del Emperador. Duranton enseña que un francés podría casarse válidamente con una mujer extranjera, que tuviese menos de quince años cumplidos, si ella tuviese la edad determinada por las leyes de su patria. Ciertamente pudiera afirmarse que esa condición influye en la capacidad misma del francés, pues atañe á las consecuencias futuras del matrimonio, esto es, las consecuencias comunes á los dos cónyuges. Mi parecer sería el mismo en el caso propuesto por este autor. Pero otro es el caso tratándose del divorcio, que ha disuelto el primer matrimonio de uno de los futuros cónyuges, divorcio que es un hecho pasado, y además relativo y personal.

“En fin, se alega la moral pública. No se trata de expresar aquí una opinión sobre el divorcio. No vacilaría yo al afirmar que no soy su partidario, y que la indisolubilidad del matrimonio me parece uno de los requisitos más esenciales que militan por el

interés de las familias y del Estado. Pero no creo tampoco que el divorcio sea, como la poligamia, uno de los atentados á la moral universal que las naciones ilustradas no deben nunca reconocer. El divorcio es admitido por más de una legislación europea. Además, es un modo común de disolución civil del matrimonio; y no hay razón suficiente para que no le reconozcamos ese efecto en la persona de los extranjeros.

“¿Y qué se diría si el matrimonio del extranjero se hubiese disuelto en su patria en virtud de otra causa que nuestras leyes tampoco admiten, por ejemplo la impotencia natural? Y si se reconoce ese modo de disolverse, ¿por qué negar el divorcio? Y si no se reconoce, ¿cómo no retroceder en vista de todas las consecuencias que se deducen? ¿Debe juzgarse, pues, según nuestras leyes francesas, todas las controversias de estado civil relativas á los extranjeros, y declararlos como bigamos, bastardos, adúlteros é incestuosos, si sucede que un matrimonio válido según la ley extranjera, no lo es según la nuestra? En el litigio sentenciado, en 1843, por la Corte de París, la primera mujer del polaco divorciado se había vuelto á casar en nación extranjera; y ¿dedúcese de ahí que los hijos de esa unión no deberían considerarse, aun entre nosotros, como legítimos? Y si este polaco vuelve á casarse en nación extranjera, ya con una extranjera, ya con una francesa, ¿no miraríamos tal matrimonio como legítimo? Debía declarárselo, á menos que se violen todas las reglas de Derecho internacional, y se establezca, en nuestras relaciones con los extranjeros, la más inexplicable confusión. Hay más, si tal matrimonio se hubiese celebrado en Francia ¿sería posible declararlo nulo? No creemos, en verdad, que la doctrina que combatimos se extienda á tanto; pero si el art. 147 es aplicable en este caso, el art. 184 debe serlo también necesariamente, y si el impedimento existe, debe ser dirimente.

“Añádase que se confiesa que si un francés, divorciado en Francia, antes de la ley de 1816 que abolió el divorcio, quisiese casarse hoy, no se lo podría impedir. Ahora bien, ¿no es reconocer el principio que defendemos, á saber, que el matrimonio se disuelve válidamente cuando la disolución se ha declarado en virtud de la ley por la cual se regía?” (Demolombe. I. 101.)

“De los efectos del divorcio, el más notable es el que habilita á los cónyuges para contraer nuevo matrimonio. Plántese, á este respecto, el problema de si los cónyuges legalmente divorciados en su patria conforme á su estatuto personal pueden contraer nuevo matrimonio, viviendo el primer cónyuge, en un Estado donde no es permitido el divorcio. La controversia se ha presentado con frecuencia en Francia antes que lo restableciese la ley de 27 de julio de 1884.

“Durante algún tiempo se ha decidido negativamente; pues se decía que si bien el divorcio y sus efectos se refieren á la organización de la familia y dependen de la ley nacional de los cónyuges; en una nación donde no se permite el divorcio, el orden

público obsta á la celebración de un matrimonio antes de la disolución del primero por la muerte de uno de los cónyuges. Permitir el matrimonio de un extranjero divorciado, sobre todo con una persona de la nación donde el divorcio no se permite, es autorizar un verdadero escándalo, una bigamia legal, y de hecho, reconocer el divorcio en una de sus más graves consecuencias.

“Hoy prevalece razonablemente la opinión contraria. Trátase, en efecto, no de declarar el divorcio en una nación donde se rechaza, sino meramente de determinar la situación de los cónyuges extranjeros en cuanto á su aptitud para contraer nuevo matrimonio. Pues bien, esta controversia sobre estado y capacidad se decide según la ley nacional : si los cónyuges, divorciados según su ley nacional, pueden contraer nuevo matrimonio, los tribunales se limitan á aceptar su condición jurídica sin poder declarar otra cosa. Además, la ley francesa misma hubiera surtido el efecto de que se considere como contrario al orden público : las personas divorciadas antes de la ley de 1816 han podido volver á casarse en Francia, viviendo el primer cónyuge, pues la ley no tenía efecto retroactivo. La jurisprudencia se ha uniformado, pues, antes de la ley de 27 de julio de 1884, para permitir, en Francia, el segundo matrimonio de cónyuges extranjeros válidamente divorciados en su patria.” (Despagnet. 261.)

“El divorcio legalmente declarado en nación extranjera entre extranjeros debe, según nuestra opinión, ser respetado en todas partes, y en todas partes los cónyuges divorciados deberían considerarse como capaces de contraer nuevo matrimonio, aun en las naciones donde el divorcio no es permitido. La Corte de Casación lo ha reconocido en Francia cuando regía la ley de 1816, contra la opinión de Demangeat y de Maillier de Chassat, según las notables razones de Dupin. Se admite igualmente en Italia, contra la opinión de Roco, y conforme á la de Fiore, y la Corte de Milán ha concedido el *exequatur* á una sentencia de Atenas que ha pronunciado el divorcio entre dos cónyuges griegos. No dudamos que la misma solución sería admitida en Austria”... (Rolin. II. 595.)

“Tratándose de meros principios, y sin discutir sobre la moralidad ó inmoralidad del divorcio, no puede negarse que la persona que en virtud del divorcio ha obtenido legalmente el estado de soltero, es hábil para celebrar segundo matrimonio aun en los países cuyas leyes no admiten el divorcio. Por lo cual el funcionario italiano del estado civil no puede rehusar la autorización al matrimonio de un inglés que, válidamente divorciado, se proponga contraer nuevo matrimonio en Italia; pues la condición jurídica de un extranjero y su calidad de padre, de hijo, de marido ó mujer, debe determinarse según la ley nacional. Los efectos provenientes del estado jurídico de un extranjero no pueden impedirse sino cuando se opongan en Italia á una ley de orden público; el funcionario del estado civil no puede declarar que subsiste el matrimonio cuando éste se hubiere disuelto legalmente, y no puede impedir al divorciado contraer nuevo

matrimonio; el cual, disuelto el primero, no puede ser de ninguna manera contrario á nuestras leyes, estando el divorciado en la situación legal de soltero. Deducimos, pues, que no es contrario á nuestras instituciones ni á nuestras leyes permitir al cónyuge extranjero legalmente divorciado que contraiga nuevo matrimonio en Italia." (Fiore. II. 697.)

" En cuanto al divorcio del Código civil, fué abolido en 1816. La única cuestión que ha sido vivamente controvertida ante los tribunales es la de saber si los extranjeros, legalmente divorciados según las leyes de su patria, pueden contraer nuevo matrimonio en Francia. La jurisprudencia de las cortes de apelación la habia decidido negativamente, y podia juzgarse aceptado ese sistema, cuando, en 1816, se expidió la sentencia de Casación, conforme á la vista de Dupin, que combatió la opinión generalmente admitida en Francia. Este es un hecho notable de la historia de nuestra ciencia, y, á decir verdad, ella no es todavía sino historia. Examinémoslo.

" Comienzo por determinar los hechos controvertidos y las decisiones expedidas en las dos instancias. Una inglesa se casó en 1841 con un holandés que vivía en la Haya. En 1858 el tribunal de esta ciudad declaró el divorcio entre los dos cónyuges. Habiendo querido volver á casarse en Francia la mujer divorciada, *el maire* del décimo distrito de Paris rehusó celebrar el matrimonio. Deducida acción ante el tribunal del Sena para compeler al funcionario del estado civil á celebrar el matrimonio, desechó el juez la demanda. El tribunal reconoce el principio del estatuto personal en cuanto á la capacidad personal para contraer matrimonio; pero añade que, según el Derecho internacional, el extranjero no puede fundarse en su estatuto cuando éste pugna con una ley prohibitiva de orden público. Pues bien, tal es la ley que abolió el divorcio en Francia. En efecto, dice el tribunal, el matrimonio es de Derecho público, asegura la pureza de las costumbres, y constituye la base esencial de la familia y de la sociedad. El juez de primera instancia hubiera podido fundarse en las razones según las cuales el divorcio, establecido en Francia en 1792, se abolió en 1816; y en eso consistía el objeto esencial de la controversia. La Corte de apelación subsanó esa falta añadiendo nuevos fundamentos : " Considerando que la ley de 9 de mayo de 1816 que, aboliendo el divorcio, restablece en Francia la indisolubilidad del matrimonio, tiene todos los caracteres de una ley de orden público; que el estado personal del extranjero, aun cuando le permite el divorcio y le faculta para volver á casarse en su patria, no prevalece sobre una ley de orden público, obligatoria á todos en Francia, confirma ».

" El problema se halla bien planteado. En virtud de su estatuto personal, la demandante hubiera podido volver á casarse; no lo puede, porque prevalece sobre su estatuto personal la ley de 1816, que tiene todos los caracteres de un estatuto de orden público, esto es, real en el sentido tradicional de esta palabra.

Quedaba por probarse que tal es el carácter de la ley que abolió el divorcio; y eso es lo que no prueba la Corte de París; su sentencia se limita á afirmar; lo cual equivale á decir que la ley sobre abolición del divorcio es un estatuto real porque es un estatuto real.

“ En virtud del recurso de Casación, el Ministro Fiscal Dupin pide la nulidad. Afirma primeramente que el estatuto personal del extranjero rige su estado y su capacidad en Francia, lo mismo que la ley personal de los franceses regla su estado y su capacidad en nación extranjera. Ese principio no se controvierte. De él deduce Dupin la consecuencia de que el extranjero divorciado según las leyes de su patria, es capaz, según ellas, para volver á casarse, y por lo mismo capaz para contraer nuevo matrimonio en Francia; pues su capacidad depende de su ley personal. Decir, como el Tribunal del Sena, que si en el caso controvertido la mujer extranjera es capaz, el francés con quien ella quiere casarse es incapaz, envuelve una petición de principio. ¿Dónde está la ley que declara al francés incapaz para casarse con una extranjera divorciada, y capaz para volver á casarse en virtud de su ley nacional? La ley de 1816 no habla sino de los franceses, á quienes prohíbe el divorcio, así como el Código civil, que lo permitía, no hablaba sino de los franceses; ni la ley de 1816 ni el Código de Napoleón dicen una sola palabra en cuanto á los extranjeros, cuyo estado y capacidad se rigen por la ley nacional. Queda, pues, por demostrarse que en virtud de excepciones al art. 3º, que acepta implícitamente el estatuto personal que permite al extranjero volver á casarse en Francia cuando su ley nacional le declara capaz; dicho estatuto no es aplicable si una mujer divorciada quiere casarse. ¿Qué ley forma esa excepción al estatuto personal del extranjero? Acaso la ley sobre el divorcio? Es necesario probarlo. Y ni el Tribunal del Sena ni la Corte de París lo prueban. ¡Nada más singular! Ni la Corte cuya sentencia fué apelada, ni el ministerio público que pide la casación expresan en qué consiste una ley de orden público, ni por qué pugna ella con el estatuto personal del extranjero. No dicen tampoco, ni menos lo prueban, que la ley sobre abolición del divorcio es una ley que prevalece sobre el estatuto personal del extranjero. La controversia se refería al Derecho civil internacional, y al terreno de ese Derecho debió llevarse la controversia : debió consultarse la tradición y la doctrina. Por desgracia el único autor que se consultaba en Francia, Foelix, guarda silencio, y su comentador Demangeat opina contra el extranjero divorciado, así como Mailher de Chassat. Razón más para combatir su opinión. Dupin ni los mienta, combate las objeciones sin darlo á conocer. De lo cual proviene que su vista no tiene la claridad ni la evidencia que distinguen á su talento. No hay sino un punto que trata con su elocuencia habitual. En 1816 se decía que el divorcio pugnaba con la religión y con la moral del Estado. Dupin prescinde de la monarquía, no habla

de la religión sino en términos solapados, y se detiene á controvertir sobre la moral.

“ La situación de Dupin era muy delicada. No siendo partidario del divorcio, había siempre hablado ó votado contra las proposiciones hechas en la Cámara de Diputados para restablecerlo. ¿Hay razón para declarar inmoral el divorcio, en el sentido de que la ley que lo abolió debe considerarse como salvaguardia esencial de la sociedad; pues sin la moral la sociedad no puede existir? Dupin lo niega : si después de haberse admitido mucho tiempo el divorcio, nuestra legislación ha terminado por abolirlo, ella se ha perfeccionado, y, si se quiere, es más moral; pero de ahí no puede deducirse que los otros pueblos que conservan el divorcio en sus costumbres y leyes son pueblos inmorales, y que los franceses, porque no pueden divorciarse, no pueden, sin ofender la moral, casarse con mujeres extranjeras que son libres conforme á las leyes de su nación. No abusemos de la palabra moralidad para ufanarnos de su monopolio. Entre las cosas contrarias á las buenas costumbres debe distinguirse lo que pugna con la moral de todos los siglos y de todos los pueblos, y lo que lastima sólo las costumbres públicas de tal ó cual nación. La ley natural prohíbe el robo, el homicidio; esos actos son contrarios á las buenas costumbres de todas las naciones. No sucede lo mismo con el divorcio. Lo prohíben más bien la ley religiosa y la civil que la ley natural. En verdad, hay motivos de orden público muy elevados en que se funda el rigor de la ley civil y de la religiosa : la santidad del contrato de matrimonio, el interés por los hijos y la mujer; la necesidad de reprimir la inconstancia y de infundir á la unión conyugal el respeto inherente á todo lo que es inmutable. Pero á pesar de estas elevadas consideraciones, cuya importancia y trascendencia es de sentir que no la hayan conocido todos los pueblos, no puede decirse que la ley natural y la moral universal se opongan al divorcio. El divorcio, al contrario, se admite hasta ahora en muchas naciones. Admitíalo la ley promulgada por Moisés al pueblo hebreo, llamado por excelencia el pueblo de Dios. Establecióse en la antigua Grecia, y entre los romanos permitíase con todas sus consecuencias en el Código que Justiniano publicó en el sexto siglo de la era cristiana. Practicábase entre los francos, y su fórmula dió el monge Marculfo; después, en el seno del catolicismo, se han visto muchos ejemplos. La Iglesia griega no ha dejado de admitir el divorcio. En Rusia como en Grecia, y fundándose siempre en la orthodoxia, se halla autorizado el divorcio. En fin, permítese el divorcio en Inglaterra, en Prusia y en todos los Estados protestantes de Alemania, en Holanda, en nuestra vecina la católica Bélgica. ¿Siguese de ahí que estos pueblos son inmorales? Y porque nosotros hemos aceptado en nuestras leyes una reforma útil á nuestras costumbres, ¿se deduce que entre ellos y nosotros hay un dique que nos impide reconocer el derecho de reglar de otra manera el estado de sus nacionales?... ”

Art. 121. El matrimonio que segun las leyes del pais en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad á las leyes chilenas (*).

REFERENCIAS.

Matrimonio. 102.
El Artículo. 103.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 139.
C. E. 117.

C. Arg. 220. El matrimonio que puede disolverse segun las leyes del país en que se hubiese celebrado, no se disolverá en la República sinó en conformidad al artículo anterior.

COMENTARIO.

106. La regla que el artículo 121 fija es consecuencia lógica de dos principios :

1º Que las leyes concernientes á la validez, nulidad y disolución del matrimonio son de las que se consideran como esencialmente obligatorias; porque arraigan no sólo en el dominio de la ley sino también en el de la moral; y

“ La sentencia de Casación reprodujo los argumentos de Dupin. La Corte se fundó en el estatuto personal. Hé aquí un punto muy importante, que debemos anotar en nuestra ciencia, porque se negaba que el Código civil reconocia el derecho personal del extranjero; la Corte de Casación lo declara en los términos más explícitos : ‘ Las leyes personales que rigen el estado y la capacidad de las personas siguen á los franceses, aun residentes en nación extranjera ’ y siguen igualmente á Francia al extranjero que en ella reside. Según las leyes de su nación, en virtud de los actos ejecutados en ella conforme á sus leyes, debe apreciarse la capacidad del extranjero para contraer en Francia matrimonio. Luego, el extranjero cuyo primer matrimonio se ha disuelto legalmente en su patria, bien por divorcio, bien por cualquiera otra causa, ha adquirido definitivamente su libertad, y la lleva consigo á dondequiera que le plazca residir. ” (Laurent. D. C. I. V. 128.)

(*) Story. § 88. 89.

2º Que la ley civil defería al derecho canónico en cuanto á la validez, nulidad y disolución del matrimonio.

Luego, si celebrado el matrimonio en nación extranjera se pidiera su disolución en Chile, no se ha de atender sino á las leyes chilenas para declararse ó no la disolución; porque el derecho internacional privado establece la regla de que cuando se trata de leyes esencialmente obligatorias, se prescinde en absoluto de las leyes extranjeras.

Art. 122. El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la lei requiere, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe, i con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.

Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que caso de buena fe, subsistirán no obstante la declaracion de la nulidad del matrimonio (*).

REFERENCIAS.

Buena fe. 704. 705.
Error. 1451-1455.
Donaciones. 1786. 1789.
Promesas. 1787.
El inciso 2º. 1790.

(*) Loaré. IV. 357. Art. 17.—411 art. 21—517. 56—536-13.—Merlin. Legitimité. Sect. I. § I, N° IV. V. VII-X. — Dalloz. Mariage. 580-606.—Toullier. I. 653-664-II. 879.—Duranton. II. 316-373.—Laurent. II. 437. 438. 501-515.—Vazeille. I. 53. 102. 272-276-283-286.—Zachariae. (M. V.). I. 123-125.—Zachariae. (A. R.). V § 452. 459. 460. — Delvincourt. I. p. 320 (2. 3. 5.)—Marcadé. 691-703.—Demolombe. III. 351-360.—Troplong. (C. de M.). I. 91-121.335-337.—Huc. II. 159-170.—Bonnier. I. 214.—Demante. I. 288-288 bis. XII.—D'Aguesseau. IV. p. 409-435. (47)—Esmein. II. p. 34-37.—Maynz. III. § 305. 323.—Foelix. I. 15 (a).—Despagnet. 247.—Wharton. 134.—Fiore. II. 639-645.—Rolin. II. 589.—Brocher. I. 93.—Kelly. chap. II. sec. II. p. 35.—Sec. V. p. 53. chap. IV. p. 122.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 140. El matrimonio nulo produce los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que lo ha contraído de buena fe, mientras permaneciere en ella.

Los hijos concebidos durante la buena fe de ambos cónyuges o de uno de ellos, se reputarán legítimos i gozarán de todos los derechos de tales.

Pero esta legitimidad no aprovechará sino al cónyuge que al tiempo de la concepcion del hijo creia de buena fe, i con suficiente fundamento, que era válido el matrimonio (a).

C. E. 118. El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.

Las donaciones ó promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

C. de N. 201. Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

202. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage.

201. El matrimonio que se ha declarado nulo, surte sin embargo efectos civiles, tanto respecto de los cónyuges como de los hijos, cuando se hubiere contraído de buena fe.

202. Si no hubo buena fe sino de parte de uno de los dos cónyuges, el matrimonio no surte efectos civiles sino á favor de este cónyuge y de los hijos provenientes del matrimonio.

(a) El matrimonio nulo produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que lo ha contraído de buena fe, mientras permaneciere en ella (Art. 135 del Proyecto Inédito.)

C. Arg. 230. Si el matrimonio anulado fuese putativo, es decir, contraído de buena fé por ambos cónyuges, producirá hasta el día de la sentencia que lo anule, todos los efectos del matrimonio válido, no solo en relacion á la persona y bienes de los mismos cónyuges, sinó también en relacion á los hijos. En tal caso, la nulidad solo tendrá los efectos siguientes :

1º En cuanto á los cónyuges, cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio. Esceptúase únicamente la obligacion recíproca de prestarse alimentos en caso necesario;

2º. En cuanto á los bienes, los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges; pero antes del fallecimiento de uno de ellos, el otro no tendrá derecho á las ventajas ó beneficios que en el contrato de matrimonio se hubiesen hecho al que de ellos sobreviviese;

3º. En cuanto á los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, serán considerados como legítimos con los derechos y obligaciones de los hijos de un matrimonio legítimo. En cuanto á los hijos naturales concebidos ántes del matrimonio putativo entre el padre y la madre, y nacidos despues, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto.

231. Si hubo buena fé de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio putativo, hasta el día de la sentencia que lo anulare, producirá también los efectos del matrimonio válido, mas solo respecto al esposo de buena fé y á los hijos, y no respecto al cónyuge de mala fé. La nulidad en este caso tendrá los efectos siguientes :

1º. El cónyuge de mala fé no podrá exigir que el de buena fé le preste alimentos;

2º El cónyuge de mala fé no tendrá derecho á ninguna de las ventajas que se le hubiesen hecho en el contrato de matrimonio;

3º. El cónyuge de mala fé no tendrá patria potestad sobre los hijos.

232. Si el matrimonio anulado no fuese putativo, es decir, si fuese contraído de mala fé por ambos cónyuges, no producirá efectos algunos civiles. Su nulidad tendrá los efectos siguientes :

1º. En cuanto á la persona de los cónyuges, su unión será reputada como un mero concubinato;

2º. En relacion á los bienes, se procederá como en el caso de la disolucion de una sociedad de hecho, que-

dando sin efecto alguno el contrato de matrimonio;
3º. En cuanto á los hijos, serán considerados como ilegítimos, y en la clase que los pusiera el impedimento que causare la nulidad.

233. Consiste la mala fé de los cónyuges en el conocimiento que hubiesen tenido ó debido tener, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento que cause la nulidad. No habrá buena fé ni por motivo de ignorancia ó error de derecho, ni por motivo de ignorancia ó error de hecho que no sea excusable, á menos que el error fuese ocasionado por dolo.

234. El cónyuge de buena fé puede demandar al cónyuge de mala fé y á los terceros que hubiesen provocado el error, por indemnización del perjuicio recibido.

235. En todos los casos de los artículos precedentes, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros, que de buena fé hubiesen contratado con los supuestos cónyuges.

P. de G. 93. El matrimonio contraído de buena fé, aunque sea declarado nulo, produce todos los efectos civiles, así en favor de los cónyuges como de sus hijos.

Si ha intervenido buena fé de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos de este matrimonio.

La buena fé se presume, si no consta lo contrario.

C. C. 148. Anulado un matrimonio, cesan desde el mismo día entre los consortes separados, todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio; pero si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá éste obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento.

149. Los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo, son legítimos, quedan bajo la potestad del padre y serán alimentados y educados á expensas de él y de la madre, á cuyo efecto contribuirán con la porción determinada de sus bienes que designe el juez; pero si el matrimonio se anuló por culpa de uno de los cónyuges, serán de cargo de éste los gastos de alimentos y educación de los hijos, si tuviere medios para ello, y de nó, serán del que los tenga.

150. Las donaciones y promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fé, subsistirán, no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

151. En la sentencia misma en que se declare la nulidad de un matrimonio, se ordenará lo concerniente al enjuiciamiento y pronto castigo de los que resulten culpados, y se determinarán con toda precisión los derechos que correspondan al cónyuge inocente y á sus hijos, en los bienes del otro consorte, la cuota con que cada cónyuge debe contribuir para la educación y alimentos de los hijos, la restitución de los bienes traídos al matrimonio; y se decidirá sobre los demás incidentes que se hayan ventilado por las partes.

C. P. 170. El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles respecto de los esposos é hijos, si se contrajo de buena fe.

171. Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efecto alguno á su favor; pero sí respecto del otro esposo y de los hijos habidos en el matrimonio anulado.

172. La nulidad del matrimonio no perjudica los derechos de un tercero que hubiese contratado de buena fe con los esposos.

C. M. 278. El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dura; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él, y trescientos días después de la declaración de nulidad.

Art. 279. Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

280. La buena fe en estos casos se presume: para destruir esta presunción se requiere prueba plena.

C. de la L. 119. 120 (Los artículos 201 y 202 del Código de Napoleón).

C. Esp. 69. El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.

Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos.

P. IV. XIII. 1..... E aun si acaesciesse, que entre algunos de los que se casan manifestamente en faz de la Eglesia, ouiesse tal embargo por que el casamiento se deue partir,

los fijos que fiziessen, ante que sopiessen que auia entre ellos tal embargo, serian legitimos. E esto seria tambien, si ambos non sopiessen que auia tal embargo, como si non lo sopiessa mas del vno dellos. Ca el non saber deste solo, faze los fijos legitimos. Mas si despues que sopiessen ciertamente que auia entre ellos tal embargo, fiziessen fijos, todos quantos despues fijos ouiessem, non serian legitimos...

XV. 2..... Otrosi, non serian los fijos legitimos, de aquellos que sopiessen que auia entre ellos atal embargo por que non deuian casar; maguer se casassen manifestamente en faz de la Iglesia, e non denunciassse otro ninguno el embargo, nin fuessen porende acusados. E esto se entiende, quando la muger, e el marido, amos a dos, saben el embargo.....

V. XIV. 50. Sabiendo alguna muger, que non podria casar con algun ome, con que ouiesse pleyto de casamiento, porque fuesse su pariente, o porque ella ouiesse otro marido, o por otra razon semejante destas, que fuesse atal, que segund derecho non pudiesse con el casar; e non soyendo el sabidor, que auia entre ellos algun embargo, casasse con ella; si le dicesse ella alguna cosa por dote, maguer el casamiento se partiesse por esta razon, non podria ella demandar aquello que le ouiesse dado por dote, nin seria el tenuto de gelo tornar: porque faze ella muy grand torpedad, en trabajarse a sabiendas, de casar con tal ome, con quien non podria casar con derecho, e porende non puede demandarle aquello que le dio. E esto es vn caso, en que viene la torpedad tan solamente de parte de aquel que da la cosa. E lo que dezimos en esta ley en razon de casamiento, entiendese tambien en todas las otras cosas semejantes desta, en que viniessse la torpedad de parte del que da la cosa tan solamente, e non de la otra.

COMENTARIO.

167. Este artículo, uno de los más importantes de los relativos al matrimonio, encierra las siguientes reglas:

1ª. Para que el matrimonio sea putativo se requiere:

a) Que se haya celebrado con las respectivas solemnidades:

b) Que por lo menos uno de los cónyuges lo hubiere contraído de buena fe:

c) Que el mismo cónyuge haya tenido justa causa de error :

2°. Si ambos cónyuges se hubieren casado de buena fe, y con justa causa de error, el matrimonio putativo surte los mismos efectos que el matrimonio válido :

3°. Si uno de los cónyuges procedió de mala fe, el matrimonio putativo surte efectos civiles sólo respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo :

4°. Deja de surtir efectos civiles cuando falta la buena fe por parte de ambos cónyuges :

5°. Las donaciones ó promesas por causa de matrimonio hechas al cónyuge que se casó de buena fe, subsisten no obstante la declaración de nulidad del matrimonio.

168. Nótese ante todo que si bien el matrimonio nulo no surte efectos civiles cuando ambos cónyuges hubieren procedido de mala fe, no puede prescindirse del matrimonio mismo como un mero hecho ni de las consecuencias que de él se deducen (1). Así, los pretensos cónyuges nunca lo

(1) " El matrimonio cuya nulidad se ha declarado ¿puede surtir algún efecto? Pronunciada la sentencia, dedúcese que el matrimonio no se celebró legalmente, y ella extingue, con retrotracción, la apariencia de legitimidad del pretenso matrimonio. Luego, como no hubo causa, no hay efecto.

" La prueba de ello son los arts. 201 y 202, según los cuales el matrimonio declarado nulo surte efectos civiles, *si se ha contraído de buena fe*. La excepción misma manifiesta que el matrimonio nulo no surte, por regla general, ningún efecto.

" Evidente es que la sentencia se limita á reconocer y declarar la nulidad del matrimonio. De ahí que un matrimonio nulo no existió válidamente ni *in praeteritum*, y que no surte, por ende, los efectos civiles del matrimonio válido, ni en cuanto al estado de los cónyuges y de los hijos, ni á los intereses pecuniarios, ni á las capitulaciones matrimoniales ó donaciones. Los cónyuges no lo son, ni los hijos legítimos; las capitulaciones matrimoniales no surten los efectos en ellas determinados, y la sociedad conyugal, que hubiera podido haber entre los consortes, se rige por los principios concernientes á las sociedades de hecho. De la misma manera, las donaciones de uno de los cónyuges al otro ó de terceros á uno de los cónyuges, se considerarán como no efectuadas. La validez de estos actos es uno de los efectos civiles del matrimonio considerado como tal, del

fueron, y los hijos son ilegítimos. Pero los hijos habidos durante la apariencia de matrimonio son reconocidos por

matrimonio jurídicamente válido, y por tanto no pueden subsistir después de la sentencia que lo declara nulo.

“ Pero nos parece que no debe haber exageración en estos principios, y que es imposible prescindir, en ciertos aspectos, del hecho mismo del matrimonio; de ese hecho, aunque falaz, real y efectivo, esto es, que el matrimonio se efectuó antes de la nulidad.

“ ¿Afirmarse, por ejemplo, que la filiación de los hijos nacidos durante el matrimonio, ó en los diez meses subsiguientes á la sentencia de nulidad, no puede probarse por la partida de nacimiento, aun cuando no los reconozca el padre ó madre? Estos no firmaron la partida, que se extendió en virtud de aviso de la obstetriz; ¿pero no probará esa partida la filiación del hijo, que será natural, adulterino ó incestuoso reconocido?

“ Según el art. 310 la filiación de los hijos legítimos es la única que se prueba con la partida de nacimiento extendida en los registros del estado civil. Ahora bien, los hijos habidos en un matrimonio anulado no son legítimos; luego, su partida de nacimiento no prueba la filiación.

“ Tal es el argumento, y debo confesar que está en forma. Pero ¿procederse de buena fe, ¿satisface semejante resultado? ¿Será moral ó siquiera racional.....?

El matrimonio existió antes de la sentencia de nulidad. Hé aquí un hecho que la sentencia no puede anonadar retroactivamente; existió, decimos, en virtud de la ley misma; la cual prescribe que mientras no se pronuncie la sentencia, el matrimonio se reputa válido. Digo, pues, que la ley no puede desconocer ese hecho, y debe admitir que él se efectuó con sus consecuencias razonables y necesarias, como la prueba de la filiación de los hijos con la partida de nacimiento; prueba que se funda en la cohabitación pública y obligatoria de los cónyuges; los cuales deben vivir juntos mientras no se declare la nulidad del matrimonio. Luego, la filiación de los hijos queda probada aun después de la nulidad del matrimonio. El Código de Napoleón permite investigar la paternidad en caso de raptó, cuando la época misma del raptó se refiera á la de la concepción. Pero la existencia legal de un matrimonio cuya nulidad no se ha declarado todavía, es una prueba más decisiva, y si no manifestase ella la filiación del hijo, éste no sería admitido á investigar la paternidad. Añádese que los arts. 762-761 suponen que puede haberse probado legalmente la filiación de un hijo incestuoso ó adulterino; y como el reconocimiento voluntario de estos hijos es imposible, dedúcese que hay casos en que se admite la prueba, y uno de ellos consiste precisamente en que

la ley como hijos de los dos pretendidos cónyuges, y tienen, respectivamente, la calidad de hijos adulterinos, incestuosos, sacrilegos ó simplemente ilegítimos.

el matrimonio se hubiese anulado por bigamia ó incesto. " (Demolombe, III, 344, 345.)

" Lo que es nulo no surte ningún efecto. Esta verdad, que la razón y la lógica reconocen, es una máxima para la ciencia. ¿Que debe deducirse de ahí respecto del matrimonio? Que se reputa que nunca existió legalmente el matrimonio cuya nulidad se ha declarado en juicio, y que no debe surtir ninguno de los efectos que la ley atribuye á ese acto importantísimo de la vida civil. Principalmente los hijos habidos por los cónyuges en el intervalo entre la celebración y la nulidad no son legítimos, sino sólo naturales, adulterinos ó incestuosos, según la causa de la nulidad; las capitulaciones matrimoniales no surten efecto; los cónyuges no tienen recíprocamente derechos ni deberes. Repútese que nunca se celebró el matrimonio anulado. Hé aquí la regla jurídica; pero de hecho duró él cierto tiempo, los cónyuges vivieron como marido y mujer. Ahora bien, ¿no deben deducirse de este hecho ciertas consecuencias legales? Tal es el problema que debe resolverse. Nosotros creemos que los hijos que nacen en el intervalo de la celebración del matrimonio y la sentencia de nulidad, y aun durante los trescientos días subsiguientes, tienen por padre al marido, aplicándose la regla *is pater est quem nuptiae demonstrant*. Puede objetarse que esa regla no es aplicable sino á los hijos legítimos, á los que nacen de un matrimonio válido. Pero respondemos que hasta la sentencia de nulidad, la cohabitación era un hecho legítimo; todavía más, un deber para los cónyuges; que ese hecho ha debido naturalmente producir consecuencias, y que cuando éstas se presentan, es imposible no referirlas á su causa normal; que la nulidad declarada después del nacimiento, ó aun antes del nacimiento, pero después de la concepción, no extingue las relaciones entre esos hechos. Añadamos que la ley misma supone que la paternidad adulterina ó incestuosa puede existir legalmente, porque los arts. 762-761 determinan sus efectos, y que no puede haberlos sino en la hipótesis del matrimonio que adolece de bigamia ó incesto, anulado por esa causa, pues el reconocimiento de los hijos incestuosos ó adulterinos se halla prohibido ". (Dalloz, Mariage, 580.)

" La sentencia que declara la nulidad de un matrimonio extingue, por regla general, retroactivamente todos los efectos jurídicos del matrimonio.

" Pero tal sentencia no puede extinguir los derechos y las obligaciones inherentes á la unión de los cónyuges considerada como un mero hecho, esto es, como desprovista de los elementos

169. I. a) En el matrimonio, como en todos los contratos, se distinguen dos cosas del todo diversas: los requisitos intrínsecos y la forma.

legales, y por eso nula. Así, la nulidad del matrimonio deja subsistentes las relaciones que provienen de la sociedad de bienes que, de hecho, pudo haber entre los cónyuges, y la afinidad natural proveniente de la unión.

"Por otra parte, la nulidad del matrimonio no despoja á los hijos nacidos durante él ó en los diez meses después de la nulidad, del derecho de probar su filiación, tanto paterna como materna, empleando los mismos medios de que se hubieran valido si el matrimonio subsistiese. Rendida la prueba, subsiste el carácter de hijos naturales, sin necesidad de ningún reconocimiento". (Zachariae A. R. V. 459.)

"¿Cuáles son los efectos ordinarios de la nulidad de un matrimonio?

"Principiemos por descartarnos de la pretensa regla: *quod nullum est nullum producit effectum*, que no es aplicable á este caso. Un matrimonio anulable existe, y todo cuanto existe puede surtir efecto. Ahora bien, la nulidad de un matrimonio no puede anonadar, retroactivamente, la unión ya contraída; sólo puede privar á ese hecho jurídico del carácter que hasta entonces había tenido.

"De lo cual se deduce:

"1º Que en lo sucesivo el matrimonio anulado no puede surtir ningún efecto; y por eso:

"El derecho á los alimentos se extingue:

"Extinguese también el derecho de la sucesión recíproca:

2º En cuanto á lo pasado, se extinguen los efectos civiles consecuencia directa del carácter jurídico del matrimonio anulado. Luego:

"La legitimidad no corresponde ni á los pretendidos cónyuges ni á los hijos:

"La afinidad proveniente del matrimonio no ha existido nunca:

"Las capitulaciones matrimoniales no surten ningún efecto:

"La sociedad de bienes que hubiera habido, se liquida como cualquiera otra sociedad de hecho:

"Las donaciones de uno de los esposos al otro, ó por terceros á uno de los esposos, serán nulas.

"3º Pero los efectos provenientes del hecho material del matrimonio anulado, hecho que no puede extinguirse, subsisten. Luego:

"El estado de los hijos habidos en el matrimonio anulado, así como el que consta de la partida de nacimiento, subsiste legalmente probado; pues, si son meros hijos naturales, se con-

Los requisitos intrínsecos necesarios para la validez del matrimonio consisten, como ya lo hemos observado, en la capacidad de las partes y en que el consentimiento no adolezca de vicio.

La forma es el conjunto de las solemnidades necesarias para expresar el consentimiento.

Según el art. 31 de la Ley sobre matrimonio civil, "El matrimonio es nulo si no se celebra ante el oficial del registro civil correspondiente, y ante el número de testigos hábiles determinados por el art. 16".

Estas son las únicas solemnidades que la ley juzga necesarias, y cuando faltan ambas ó una de ellas, el matrimonio *no es putativo*.

Como ya lo hemos visto (102), en los Estados donde rige el Derecho canónico en cuanto al matrimonio, dos son los requisitos concernientes á la forma en que debe prestarse el consentimiento :

1º Que el matrimonio se contraiga ante el párroco propio; y

2º Que lo presencien dos testigos.

El Concilio de Trento no exige que el consentimiento conste por escrito; pues la partida de matrimonio es mera prueba.

La ley civil da tanta importancia á las solemnidades esenciales prescritas por el Concilio de Trento, que si ellas faltan no puede haber matrimonio putativo.

Si en vez del párroco propio presencia el matrimonio otro sacerdote, sin la respectiva autorización, el matrimonio no surte ningún efecto, y nada significaría la buena fe de uno de los cónyuges : éste fuera víctima de un engaño,

siderarán como hijos naturales reconocidos, y si adulterinos ó incestuosos, su filiación queda probada, y, por tanto, podrán exigir alimentos :

" El matrimonio anulado impide que la mujer vuelva á casarse antes que transcurran diez meses desde la sentencia de nulidad.

" Y en todos los eventos, el esposo que engañó al otro, ocultándole el impedimento que obstaba á la validez del matrimonio, puede ser condenado á la indemnización de los perjuicios provenientes de la nulidad del matrimonio ". (Huc. II. 159.)

se deploraría su desgracia; pero el matrimonio no le conferiera ningún derecho.

Sucedía con frecuencia que por eludir las leyes concernientes al consentimiento de los padres ó guardadores de uno de los esposos, los padres del otro cambiaban de residencia.

Como el domicilio se adquiere por la residencia y el ánimo de permanecer en ella, dedúcese que á justificarse que no hubo tal ánimo, y que por eludir las disposiciones de la ley civil se trasladó la residencia á otra parroquia, el matrimonio nulo no habría sido putativo, porque faltaron las respectivas solemnidades.

De la misma manera, si se hubiese falsificado una licencia suponiéndose que la concedió el párroco propio á otro sacerdote, el esposo culpado hubiera cometido un crimen, pero el matrimonio no fuera putativo.

En resumen, sea cual fuere la causa que impidió se observasen las solemnidades legales, el matrimonio no es putativo.

La necesidad de las solemnidades legales se deduce del sistema mismo del Código civil. El art. 102 expresa que el matrimonio es un *contrato solemne*, y según el art. 1443 se llama solemne el contrato cuando deben observarse ciertas solemnidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil.

Los arts. 201 y 202 del Código de Napoleón sólo exigen para el matrimonio putativo la buena fe. Pero los más notables de sus comentadores se acuerdan en que el matrimonio no es putativo sino cuando las solemnidades observadas induzcan á juzgar razonablemente que hubo verdadero matrimonio (2).

(2) " Fácil es comprender que la solemnidad del acto se considera como un requisito necesario de la buena fe. En efecto, para que una persona cuyo matrimonio se anuló pueda alegar buena fe, es menester que haya podido juzgar que estaba válidamente casada. Ahora bien, no puede haber matrimonio sin celebración ante el funcionario del estado civil; la nulidad de la unión que carece de esta solemnidad no admite, pues, la excepción de buena fe. ¿Juzgaría alguno que está casado por una mera promesa ante un notario ó ante cualquier otro empleado que no

170. b) El requisito más esencial para el matrimonio putativo es la buena fe; la cual consiste en que el esposo

fuese el que la ley designa para proceder á la celebración? Evidentemente no; y si no ha podido juzgarlo, no puede pretender que ha procedido de buena fe. La ley no protege ni debe proteger sino á las personas que han contraído matrimonio público y solemne, y que han seguido el orden que ella prescribe para dejar posteridad legítima." (Dalloz. Mariage, 585.)

"La solemnidad del acto, esto es, la observancia de todas las formalidades requeridas para la celebración del matrimonio, ¿es necesaria para la buena fe?... ¿Será cierto que en todo caso, y cualquiera que sea el vicio de forma de que se trate, ejercen los jueces la atribución de resolver que cualquier matrimonio es putativo? Supóngase que una joven huérfana, engañada por un infame, ha juzgado que se casaba legalmente ante un juez de parroquia, cómplice del seductor, y que se sostenga que la buena fe de esa desgraciada acarrea efectos civiles á su matrimonio.

"¿A su matrimonio! ¿Pero hubo entonces matrimonio? Es evidente que no; sólo hubo una comedia, una seducción criminal á no dudarlo; pero no hubo sombra ni apariencia de matrimonio. Ahora bien, según la ley, el matrimonio contraído de buena fe es el que puede surtir efectos civiles; por consiguiente necesario que el matrimonio se celebre. Y por esa razón aceptaríamos la sentencia de la corte de Bourges, según la cual un matrimonio celebrado ante un sacerdote no podía considerarse por la ley civil como matrimonio putativo." (Demolombe. III. 354.)

"La teoría del matrimonio putativo se aplica así el caso en que el matrimonio sea nulo absolutamente, como cuando la nulidad es relativa. Pero esta teoría, ¿debe aplicarse también cuando el matrimonio es inexistente? Sabemos que el matrimonio es inexistente cuando carece de uno de los elementos esenciales, y que esos elementos esenciales son: la diferencia de sexo; el consentimiento; la celebración ante el funcionario del estado civil.

"El problema consiste, pues, en si un matrimonio inexistente por falta de uno de esos tres elementos, puede sin embargo surtir efectos civiles respecto del pretenso cónyuge que se casó de buena fe. Planteado así el problema con exactitud, se examina por los autores respecto de una sola hipótesis, aquella en que el matrimonio no se ha celebrado ante el funcionario del estado civil; y después se generaliza pura y simplemente la solución afirmativa ó negativa que se ha dado al problema. Nosotros procederemos de otra manera, y lo resolveremos sucesivamente respecto á cada uno de los elementos esenciales del matrimonio.

"El primero de esos elementos es la diferencia de sexo. ¿Quién se atrevería á sostener que cuando, por error, se ha cele-

ó esposos tuvieron certeza de que á la validez del matrimonio no obstaba ningún impedimento dirimente.

brado un matrimonio entre dos personas de un mismo sexo, tal unión surte efectos civiles, por ejemplo que hubiera sociedad conyugal entre los pretensos esposos?

“ El segundo elemento esencial es el consentimiento. Supongamos, pues, que el consentimiento falte absolutamente. Por ejemplo, figura un idiota en la ceremonia de un matrimonio, y se le ha enseñado á responder maquinalmente *sí*. Nótese ante todo que tal hipótesis excluye la buena fe de la otra parte, que ha debido conocer el estado mental del idiota. Pero podría plantearse el problema respecto del idiota mismo, que estuviese interesado, por ejemplo, en sostener que hubo sociedad conyugal. ¿Podría decirse que procedió de buena fe? Eso fuera absurdo. Para que haya buena fe, *bona fides*, es necesario que haya *fides*. Ahora bien, en el caso propuesto no hay ningún género de *fides*, ni buena ni mala. El idiota ha ido ante el funcionario del estado civil como si hubiese efectuado una de las funciones de su vida. Dice la ley que cuando no hay consentimiento no hay matrimonio. Luego, y si no hay matrimonio, no puede haber matrimonio putativo.

“ El tercer elemento esencial es la celebración ante el funcionario del estado civil. Supóngase que no se hubiese efectuado: una joven cree de buena fe que puede casarse extendiendo un instrumento privado, á presentándose ante un uger, un escribano, un sacerdote; no hay los elementos serios del matrimonio, ni aun apariencia de tal. Atiéndese algunas veces en la materia á lo sentimental. Dicese, por ejemplo, la extranjera perteneciente á un Estado donde el matrimonio se contrae válidamente, aun en cuanto á lo civil, ante un sacerdote católico, y á la cual se ha convencido de que lo mismo es en Francia; sería, á contraer matrimonio, menos digna de compasión, menos excusable su error que el de una francesa que se ha casado con el tío juzgando que la ley civil permite ese matrimonio? Para que tal argumento fuese lógico, sería necesario que fuera verdadero, aplicado á una francesa; conócese que no lo es, y por eso se supone que interviene una española. Entonces pudiera aceptarse la buena fe de la joven que, seducida por un pérfido, pretendiera probar que, en su concepto, el matrimonio se contrae en Francia *solo consensu* como en el Estado de Nueva York.

“ El error del sistema que rechazamos se funda en un supuesto arbitrario, esto es, que el único requisito para que haya matrimonio putativo es la buena fe de una de las partes. Mas el art. 101 dice otra cosa; pues para que haya matrimonio putativo exige :

“ 1º Un matrimonio :

Los arts. 706 y 707 del Código civil dan estas reglas sobre la buena fe :

1°. Un justo error en materia de hecho no se opone á la buena fe :

2°. El error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario :

3°. La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria :

4°. En los demás casos la mala fe debe probarse.

Aunque estas reglas se hallan en el título de la posesión, aplícanse á todas las materias civiles, y por lo mismo á las consecuencias del matrimonio nulo.

Como ya lo hemos manifestado, uno de los graves defectos del Código chileno consiste en que las reglas concernientes á todas las materias se hallan en títulos especiales. Por lo cual pudiera suponerse que ellas no son aplicables á los demás títulos. Así, sólo en el *Libro de las obligaciones* se dan reglas sobre la capacidad de las personas y sobre las pruebas; pero nadie pudiera ni suponer que los arts. 1447 y 1698 no atañen á las controversias ajenas á las obligaciones.

Evidente, pues, que conforme al art. 122 del Código chileno, más claro y más completo que los arts. 201 y 202 del Código de Napoleón, se presume que ambos cónyuges procedieron de buena fe, y que, por consecuencia, es necesario probar que uno de ellos ó ambos se casaron á sabiendas del impedimento dirimente.

En cuanto al error de derecho, los expositores del Código de Napoleón (3) opinan que él no obsta á la buena fe;

“ 2° Un matrimonio que se ha declarado nulo; esto es, que en cuanto á él se ha deducido la acción de nulidad, y no uno de esos casos anómalos en que no es necesario sino manifestar que no hubo matrimonio;

“ 3° La buena fe, que habilita al matrimonio anulado para sobrevivir, por decirlo así, á la nulidad surtiendo efectos civiles.” (Huc. II. 161.)

(3) “ Pregúntase cuándo hay buena fe. Es evidente que el error de hecho constituye buena fe. El esposo que ignora que el otro es casado procede de buena fe.... En cuanto al error de derecho, muchos autores enseñan que no asegura al matrimonio anulado

pero según el Código chileno, el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario.

c) Además de la buena fe, exigese justa causa de error (4), esto es, que empleándose diligencia hubiera podido evitarse.

los efectos del matrimonio putativo. Observemos ante todo que el art. 201 no distingue, y cuando la ley no distingue, tampoco debe distinguir el intérprete, á menos que los principios de derecho se lo autoricen. Dicese que hay un principio que rechaza el error de derecho : se presume que nadie ignora la ley. Los autores citan esta máxima como un axioma, y no se proponen demostrarlo. Este adagio tradicional no es aplicable sino cuando la ley impone una obligación, en cuyo cumplimiento está interesada la sociedad ; y no se aplica á las relaciones de interés privado.... Para que el matrimonio sea putativo, la ley no exige sino la buena fe, esto es, la ignorancia de las partes en cuanto al impedimento que se opone á su unión legítima.

¿Qué importa que ese obstáculo sea de derecho ó de hecho? Dicese que los esposos debieron consultar la ley á los que la saben ; luego su error es inexcusable. Hé aquí la escolástica en pugna con el buen sentido. Consúltase á un abogado antes de contraer matrimonio? ¿Cómo puede ocurrirse á nadie consultar si ignora el impedimento legal? Luego, el hecho de no haber consultado manifiesta precisamente la buena fe. El que consulta duda, y la duda constituye un principio de mala fe. " (Laurent. II. 504)

" Importa poco que la buena fe provenga de un error de hecho ó de un error de derecho. Dicese que el error de derecho no puede constituir buena fe, porque ese error nunca es excusable. Tal opinión se funda en la máxima *nemo ius ignorare censetur*, que no es exacta en sentido absoluto. Á la verdad se presume que todos conocen la ley ; pero esa presunción no es de aquellas que no pueden combatirse por prueba en contrario. La controversia consiste en saber si los esposos procedían ó no de buena fe, y presenta siempre un punto de hecho, para cuya solución debe atenderse á las circunstancias especiales de cada caso, y principalmente á la condición de los esposos. " (Zachariae A. R. V. 160).

(4) " Hercio da la siguiente definición del matrimonio putativo : " *Matrimonium putativum est, quod bona fide, et solemniter, saltem opinione conjugis unius justa, contractum inter personas juncti vetitas consistit.* "

" Los autores del nuevo Denizart enseñan que en la definición deben notarse tres palabras esenciales : *Bona fide, solemniter, opinione justa*; y deducen que son necesarios tres requisitos

Luego, la justa causa de error consiste en hechos, que atendiendo á las circunstancias apreciará el juez.

Sólo tratándose del matrimonio distingue la ley entre la buena fe y el error; pues los citados artículos 706 y 707 consideran el error como uno de los elementos de la buena fe.

Para la uniformidad del sistema hubiera convenido que en cuanto á la buena fe, el art. 122 se refiriese en todas sus partes á las reglas claras y precisas puntualizadas en los arts. 706 y 707.

171. II. Cuando hay buena fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio putativo surte los mismos efectos que el matrimonio válido.

La doctrina sobre los efectos civiles del matrimonio nulo

para que haya matrimonio putativo: 1º buena fe, 2º solemnidades; 3º error excusable.

“ Tal era efectivamente en lo antiguo la opinión general; y esa opinión es aceptada por muchos autores notables.

“ Hay en verdad grande exactitud en esa idea; é importa siempre, para apreciar la buena fe, tomar en consideración las circunstancias que acaban de indicarse.

“ Pero en mi concepto esos tres requisitos no son elementos indispensables de la buena fe. No acepto como punto de derecho, como teoría jurídica, esa especie de análisis, que no reconoce legalmente la buena fe sino cuando concurren simultáneamente las tres circunstancias. Los arts. 201 y 202 sólo exigen, y como único requisito, la buena fe. Esta es hoy la disposición legal. Por una parte, esos artículos no determinan rigurosamente los requisitos ni los caracteres de la buena fe; y, por otra, pudiera muy bien haber buena fe sin concurrir los tres elementos que según el parecer precedente se exigen. Luego, los tres requisitos no siempre se exigen; trátase de hechos y circunstancias que deben apreciar los jueces. ” (Demolombe. III. 352. 353.)

“ ¿Cuáles son los requisitos necesarios para que haya matrimonio putativo? Antiguamente exigían tres los doctores: buena fe, solemnidades al celebrarse, error excusable. Hay autores que aceptan esa doctrina tradicional. Pero Duranton ha observado que nuestro Código no la establece. Según el art. 201 el matrimonio putativo es el que se ha contraído de buena fe. Luego, sólo un requisito exige la ley, y no tres. Cuando más pudiera decirse que las solemnidades y el error excusable son elementos de la buena fe. ” (Laurent. 503.)

contraído de buena fe se formuló, no por el Derecho romano, sino por el Derecho canónico (5).

(5) " Como uno de los elementos de la filiación legítima es la concepción ó el nacimiento en legítimo matrimonio, si el matrimonio era nulo á causa de un impedimento dirimente, la lógica exigía que los hijos nacidos en esa unión fuesen ilegítimos. El Derecho romano habia seguido tal lógica sin pensar en atenuar su rigor, y el Derecho canónico de la Iglesia oriental ha permanecido fiel á estos principios. En occidente se aceptó lo mismo durante mucho tiempo; pues aun en el siglo XI las *Exceptiones Petri* reproducen la misma doctrina. Pero, durante el siglo siguiente, el Derecho canónico se separó de tan rigurosa lógica, creando la teoría del matrimonio putativo. Admitió que si uno de los cónyuges habia procedido de buena fe, ignorando entonces el impedimento dirimente, el matrimonio, aunque nulo, surtía los efectos del matrimonio legítimo, todo el tiempo que hubiese precedido á la declaración de nulidad, y en cuanto á los hijos en esa época nacidos ó concebidos. Pero la buena fe no bastaba; era necesario, además, que el matrimonio se hubiese contraído *in facie Ecclesiae*: el matrimonio clandestino, aun cuando la prueba era posible, no podia constituir nunca matrimonio putativo.

" La teoría del matrimonio putativo, aunque se halla claramente sancionada por el derecho de las decretales desde Alejandro III, la estableció, no la legislación, sino la interpretación y la doctrina. Hállase por primera vez en Pedro Lombardo, y tenemos además los trabajos preparatorios que la produjeron. Dos teorías se habian presentado, y corregía la una el rigor de la primera. Algunos reconocían, y tal idea es la que triunfó, que si habia obstado un impedimento dirimente, en derecho no habia matrimonio; pero excusando á los contrayentes del delito que habian cometido sin saberlo, declaraban que habia un *cuasi coniugium*, origen de la legitimidad de los hijos. Otros juzgaban que en derecho hubo matrimonio hasta la declaración de la nulidad..... Pero se puede afirmar que se aceptó la teoría á causa del rigor del Derecho canónico en cuanto á los impedimentos provenientes de la consanguinidad ó la afinidad..... Si la teoría del matrimonio putativo se halla perfecta en Pedro Lombardo, Graciano, al contrario, no la conoció..... Puede, pues, afirmarse que la teoría del matrimonio putativo, como la de los *sponsalia per verba de praesenti*, es una creación de la *Ecclesia Gallicana* y que fué recibida por el Derecho canónico común... El elemento verdaderamente generador del matrimonio era la buena fe de los cónyuges. Se investigaba si debia considerarse en cada uno de ellos, de manera que si la habia en el uno y no en el otro, el hijo seria declarado legítimo, sólo

172. Los efectos civiles del matrimonio atañen :

1º. Á los cónyuges :

2º. Á los hijos :

3º. A terceros (6).

en cuanto al cónyuge *ignorans*. Esta opinión tuvo partidarios y entre ellos canonistas de primer orden. Pero la tradición contraria del Derecho romano en cuanto á las cuestiones de libertad y los inconvenientes prácticos de esta doctrina, la hicieron rechazar. Basta la buena fe de uno solo de los cónyuges para que el hijo sea reputado legítimo respecto de ambos.

“ Se propuso también la duda de si el error de derecho podía entrar en cuenta y producir la buena fe así como el error de hecho; pero la doctrina sobre este punto no fué perfectamente clara. ” (Esmein. II. pag. 33-37.)

(6) “ El principio general, en cuanto á los efectos del matrimonio putativo, consiste en que el matrimonio debe considerarse, por decirlo así, disuelto más bien que anulado. Como consecuencia de esta regla principal, examinaremos los efectos civiles :

“ 1º En cuanto á los hijos

“ 2º Á los cónyuges;

“ 3º Á terceros.

“ Estas tres especies de relaciones tienen entre sí íntima conexión y es imposible ocuparse en los efectos del matrimonio acerca de los hijos, prescindiendo de los efectos en cuanto á los cónyuges y á terceros, y reciprocamente. Esta división, empero, es útil para la mayor claridad en el método.

“ Cuando los dos cónyuges son de buena fe, el matrimonio surte acerca de ellos todos los efectos civiles, bien en sus relaciones con los hijos, bien en sus relaciones reciprocas.

“ Luego, la patria potestad con sus atributos ordinarios sobre la persona y los bienes de los hijos, pertenece primeramente al padre, y después á la madre, que pueden heredar á los hijos.

“ Luego, las capitulaciones matrimoniales de los cónyuges y las donaciones mutuas que los esposos se hicieren, se cumplen en todas sus partes. La sociedad conyugal, por ejemplo, se liquida y divide como si la sentencia, en vez de anular el matrimonio, lo hubiere disuelto; y los respectivos derechos de las partes deben determinarse como si en efecto la sociedad misma se hubiere disuelto cuando se pronunció la sentencia.

“ ¿Pero conservan los cónyuges el derecho de sucederse reciprocamente concedido por el art. 167 en beneficio del cónyuge sobreviviente?

“ Para sostener la opinión afirmativa podría decirse que el derecho á heredar es uno de los efectos civiles del matrimonio

173. 1º Los cónyuges lo fueron efectivamente mientras subsistió la buena fe, y de ahí que la sentencia sobre nulidad del matrimonio surte los mismos efectos que la sentencia sobre su disolución.

Disuelto el matrimonio, los cónyuges dejan de serlo. Siguese, pues, que los efectos civiles del matrimonio sólo se refieren á la época que subsistió, por cuanto la buena fe es la que concede los derechos; que, pronunciada la sentencia, en lo sucesivo no hay relación alguna entre los cónyuges, y que entre sí son desde entonces personas extrañas.

Luego, la mujer no puede exigir alimentos al marido, ni tiene porción conyugal ni sucede abintestato.

Durante el matrimonio, el marido está obligado á suministrar alimentos á la mujer, porque según el art. 134 el marido debe proveerla de lo necesario para la subsistencia; pero cuando los dos cónyuges dejan de serlo por la declaración de nulidad del matrimonio, ¿qué título pudiera alegar ninguno de los dos cónyuges para exigir al otro alimentos?

La ley llama al cónyuge sobreviviente á la sucesión intestada en todos los ordenes de la misma menos en el de los descendientes legítimos. Evidentísimo, pues, que si en virtud de la nulidad del matrimonio el cónyuge no lo es cuando fallece el otro, carece de derecho para suceder abintestato.

Procediendo Laurent sobre el erróneo supuesto de que la ley *finje* que el matrimonio fue válido, deduce muy diversas consecuencias de las que provienen de la nulidad *ab initio*, y de la buena fe de uno ó de ambos cónyuges (7).

legítimo, y que por lo mismo debe surtirlo el matrimonio putativo.....

“ Según el art. 767, cuando el difunto no deja parientes llamados á sucederle ni hijos naturales, los bienes de la sucesión pertenecen al cónyuge no divorciado, esto es, *cónyuge que lo es cuando se abre la sucesión*. Ahora bien, si el matrimonio putativo se ha declarado nulo antes de la muerte de uno de los cónyuges, el vínculo se desata; en lo sucesivo no hay cónyuge. Luego, el título mismo para suceder falta cuando se abre la sucesión ”..... (Demolombe. III. 361. 367. 370.)

(7) “ El art. 201 dice que el matrimonio putativo surte efectos

Tratándose de los derechos civiles que el matrimonio surte en cuanto á los bienes, el más importante es la so-

civiles así respecto á los cónyuges como á los hijos. Esto es demasiado absoluto, pues pudiera suponerse que por una ficción fundada en la buena fe, el matrimonio, aunque anulado por sentencia, continúa surtiendo efectos como si no se hubiese anulado. Tal no es, en verdad, el pensamiento del legislador. Deben limitarse los términos en extremo generales del art. 201 en el sentido que el matrimonio putativo surte todos los efectos del matrimonio legal, cuya disolución se verifica cuando la sentencia que declara la nulidad. De lo cual se deduce que el matrimonio anulado surte todos los efectos en cuanto al tiempo pretérito.

“ Si los dos cónyuges son de buena fe, dice el art. 201, el matrimonio anulado surte en cuanto á ellos efectos civiles. Tienen, pues, todos los derechos que nacen de un matrimonio legal, primeramente sobre la persona y los bienes de sus hijos: ejercen la patria potestad y gozan del usufructo á ella inherente. Hé ahí un efecto que se prolonga después de la sentencia de nulidad en virtud de la naturaleza misma de las cosas. Lo propio sucede con las capitulaciones matrimoniales y las donaciones. Todos estos efectos son incontestables. ¿Pero qué debe decirse de los efectos que el matrimonio surte entre los cónyuges? Es evidente que no puede tratarse de los deberes de fidelidad, ni de la obediencia que la mujer debe al marido. Pero si uno de los esposos careciese de bienes, ¿no podría pedir una pensión alimenticia á su cónyuge? El Código concede ese derecho al cónyuge que ha obtenido el divorcio, y nos parece que esta disposición es aplicable, por analogía, al matrimonio putativo.

“ Preséntase un caso más difícil. Según el art. 767, cuando el difunto no deja parientes llamados á suceder ni hijos naturales, los bienes de la sucesión pertenecen al cónyuge no divorciado que sobrevive. Los cónyuges cuyo matrimonio se anula ¿conservan el derecho de sucesión recíproca? Se resuelve la controversia negativamente, fundándose en que el derecho pertenece al cónyuge, y que después de la nulidad del matrimonio no hay cónyuge..... Es cierto que no hay cónyuge en la realidad de las cosas; pero nos hallamos bajo el imperio de una ficción. La verdadera dificultad consiste, pues, en saber si la ficción se extiende al derecho hereditario. La ley conserva el derecho de herencia en provecho de los hijos, de los padres y aun de los parientes; ¿y por qué no lo conservaría en provecho del cónyuge? ¿No es uno de los efectos civiles del matrimonio? Por lo mismo, ese efecto debe surtir el matrimonio putativo. La única objeción fundada que puede hacerse consiste en que el matrimonio anulado no puede surtir nuevos efectos desde la

ciudad conyugal; la que se disuelve, según el art. 1764, por la declaración de nulidad del matrimonio. Esta regla especialísima en cuanto á la sociedad conyugal prevalece sobre las reglas generales que en el art. 122 determinan los efectos civiles del matrimonio putativo.

174. 2°. Los hijos concebidos en matrimonio putativo son hijos legítimos, y para saber si durante él se ha efectuado la concepción, se aplican las reglas generales prescritas en el art. 74.

Los comentadores del Código de Napoleón discuten largamente sobre si el matrimonio putativo legitima á los hijos concebidos antes y nacidos después.

El Código chileno resuelve, en el art. 203, que en tal caso el matrimonio putativo no los legitima.

Si hubo buena fe por parte de ambos cónyuges, los derechos recíprocos entre los padres y los hijos legítimos no se diferencian, ni en lo más mínimo, de los derechos correspondientes á los hijos legítimos habidos en matrimonio válido. En virtud de la naturaleza misma de las cosas, la calidad de hijo legítimo es permanente y subsiste mientras el hijo vive. Los padres ejercen, pues, los derechos de patria potestad, y la sucesión de los padres ó de los hijos se defiende según las reglas generales.

175. 3° Los efectos civiles que respecto de terceros surte el matrimonio consisten principalmente en la incapacidad de la mujer para ejecutar actos ó celebrar contratos, y en los privilegios que, según los arts. 2481, n° 3°, y 2483, se conceden á la mujer para recuperar los bienes aportados al matrimonio.

Si la mujer se ha casado de buena fe, tiene derecho para alegar la nulidad de los actos ó contratos ejecutados ó celebrados sin autorización del marido; mas no si el matrimonio no surte respecto de ella efectos civiles.

De la misma manera, si la mujer se casó de buena fe, gozará de la preferencia que determinan los artículos que acabamos de citar.

sentencia, y el derecho de sucesión es un efecto posterior á ella. Pero si este argumento no puede oponerse á los hijos, ¿por qué se opondría á los cónyuges? " (Laurent. II. 507. 510. 511.)

176. Cuando uno de los cónyuges procedió de mala fe, el matrimonio no le confiere derechos; pero en cuanto á los derechos, ya del otro cónyuge, ya de los hijos habidos durante el matrimonio, surte él los mismos efectos civiles que si ambos cónyuges hubieren procedido de buena fe (8).

(8) Cuando sólo uno de los cónyuges procedió de buena fe, el matrimonio no surte efectos civiles sino á su favor, y el cónyuge de mala fe no puede alegarlos. Esta situación difícil de un matrimonio á un mismo tiempo nulo y válido origina dificultades y complicaciones.

“ En cuanto á los hijos, la patria potestad, ya sobre las personas, ya sobre los bienes, corresponde exclusivamente al cónyuge de buena fe, padre ó madre. No se opongan los arts. 383 y 384, que no conceden esa potestad á la madre sino después de la disolución del matrimonio, porque el matrimonio está disuelto.

“ De la misma manera el cónyuge de mala fe no sucede á los hijos, y ellos pueden sucederle. Esta es una excepción á la reciprocidad del derecho hereditario.

“ Pero nada obsta á que aun los parientes del cónyuge de mala fe sucedan á los hijos.

“ El cónyuge de buena fe puede también, en sus relaciones con el otro cónyuge, reclamar los efectos civiles del matrimonio.” (Demolombe. III. 371-373.)

“ El art. 202 expresa que si no hay buena fe sino por parte de uno de los cónyuges, el matrimonio no surte efectos civiles sino á su favor. Respecto á los hijos los efectos del matrimonio no pueden dividirse. La ley admite esa división sólo en cuanto á los cónyuges, aunque no sea muy racional; pues se deduce la singular consecuencia de que hay una mujer legítima sin marido legítimo. Si la ley acepta esa anomalía, proviene de que no permite que el cónyuge de mala fe obtenga ninguna ventaja de un matrimonio que ha contraído á sabiendas, burlándose de la ley y de la honestidad pública. El cónyuge de buena fe es el que ejerce la patria potestad y goza de los derechos á ella inherentes. De ahí una nueva anomalía: si la mujer es la que procedió de buena fe, ejerce la patria potestad, al paso que el marido carece de ella..... Sólo el cónyuge de buena fe sucede á los hijos, más no el cónyuge de mala fe aunque los hijos le sucedan. Nueva excepción al derecho común según el cual es recíproco el derecho hereditario.

“ El mismo principio se aplica á las capitulaciones matrimoniales. Hay acerca de ellas una nueva anomalía. Si bien son un contrato bilateral, la ley las divide atendiendo á la buena fe

La redacción de la última parte del art. 122, inciso 1º, no es suficientemente clara : " El matrimonio nulo surte los mismos efectos civiles que el válido *respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo* ". Pudiera suponerse que sólo en cuanto al cónyuge de buena fe surte el matrimonio efectos civiles, y que no los surte acerca de los hijos; los cuales ó bien fueran ilegítimos, ó bien, á ser legítimos, no lo serían sino respecto del cónyuge que se casó de buena fe.

Como lo hemos visto en las *Concordancias*, Don Andrés Bello expresó, en el art. 140, inciso 2º, de su Proyecto, que los hijos concebidos durante la buena fe de ambos cónyuges ó de uno de ellos se reputarán legítimos y gozarán de todos los derechos de tales.

La Comisión Revisora mejoró en parte la redacción de Don Andrés Bello, porque se puntualizaron, con claridad y exactitud, todos los efectos que, acerca de los cónyuges, surte el matrimonio putativo. Pero, preocupada la Comisión sólo de los cónyuges, no atendió á los efectos que surte el matrimonio putativo en cuanto á los hijos, cuando uno sólo de los cónyuges hubiere procedido de buena fe.

Mas, en otros artículos especialísimos á los hijos legítimos, declara el Código chileno que lo son los concebidos en matrimonio putativo, aunque uno solo de los cónyuges hubiere procedido de buena fe. Así, según el art. 35, son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio de los padres, bien el matrimonio sea verdadero ó putativo; y el art. 179 repite que es hijo legítimo el concebido en matrimonio putativo mientras surte efectos civiles.

El hijo es legítimo respecto de ambos padres (9), porque

de una de las partes y á la mala fe de la otra. " (Laurent. II. 512, 513.)

(9) " Por lo regular « (decía Portalis) » sólo el matrimonio legítimo y verdadero da á los esposos el carácter de tales y á los hijos el de legítimos; pero atendiéndose al beneficio de los hijos y á la buena fe de los cónyuges, se acepta, por equidad, que si hubo algún impedimento que anulara el matrimonio, los cónyuges, si hubieren ignorado ese impedimento, y los hijos provenientes de esa unión, conservan siempre el carácter y las prerrogativas de cónyuges y de hijos legítimos, porque aquéllos se han unido, y éstos nacen bajo la sombra del matrimonio.

la ley se ha propuesto favorecer la buena fe del cónyuge, no sólo respecto del mismo sino también de la prole habida mientras subsistió la buena fe. El hijo legítimo, como tal, tiene todos los derechos de familia : es consanguíneo legítimo de todos los consanguíneos legítimos de su padre y madre; puede exigir alimentos, y hereda, así por testamento como abintestato, de la misma manera que los demás hijos legítimos.

Pero en asunto de tanta trascendencia conviniera evitar la más leve duda, declarándose, en el art. 122, que á no

“ De ahí la máxima que el matrimonio putativo (empleando la expresión de los jurisconsultos), esto es, el que los cónyuges han juzgado legítimo; en cuanto al estado de los cónyuges y de los hijos surte el mismo efecto que un matrimonio verdaderamente legítimo; máxima establecida por el derecho canónico, mucho tiempo adoptada por nuestras costumbres, y sancionada hoy por el proyecto de ley.

“ Cuando uno solo de los cónyuges es de buena fe, sólo él goza de los efectos civiles del matrimonio. Algunos jurisconsultos habían juzgado que en tal caso los hijos debían ser legítimos en cuanto á uno de los cónyuges, é ilegítimos en cuanto al otro; pero hemos rechazado esa opinión fundándonos en que el estado de los hombres es indivisible, y que en ese caso era menester aceptar la legitimidad. ” (Locré. IV. 517. 56.)

“ Cuál es la razón del capítulo *Ex tenore X Qui filii sint legitimi*?

“ La decisión se funda principalmente en dos razones :

“ 1^a. El nombre de matrimonio, nombre tan poderoso que basta para purificar, á favor de los hijos, el origen de su nacimiento. La Iglesia y el Estado se fundan en que los contrayentes de matrimonio quisieron dar hijos legítimos á la República; han celebrado un contrato solemne, y seguido el orden prescrito por la ley para dejar posteridad legítima. Un impedimento oculto, un suceso imprevisto han frustrado su previsión; pero se recompensa en ellos el designio, y se atiende, no á la calidad de los hijos, sino á lo que los padres quisieron que fuesen :

“ 2^a. La buena fe de los que contrajeron el matrimonio. La dificultad pareció mayor cuando no la había sino respecto de una de las partes; y, en este caso, algunos antiguos glosadores dividían el estado de los hijos, considerándolos como legítimos respecto del uno y, respecto del otro, ilegítimos. Pero era absurdo que un mismo hombre fuese *partim legitimus, partim illegitimus*. El estado es indivisible, y pareció más equitativo compensar al culpado con el inocente, que confundir á uno y otro en una misma pena. (D'Aguesscau. IV. p. 428.)

haber buena fe sino por parte de uno de los cónyuges, los hijos concebidos mientras el matrimonio surtió efectos civiles tienen la calidad de legítimos, aun en cuanto al cónyuge de mala fe, contra quien pueden ejercer los respectivos derechos.

De manera que en este caso se presenta la anomalía de que el hijo es legítimo de ambos padres, y que el cónyuge de mala fe es padre ó madre ilegítimo del hijo legítimo. El cónyuge no ejerce, pues, los derechos de patria potestad, ni es legitimario, ni le sucede abintestato.

En cuanto á los bienes, el cónyuge de buena fe goza de todos los derechos que le confiere el matrimonio putativo; mas el otro cónyuge no puede ejercer ninguno. De lo cual se deduce que las capitulaciones matrimoniales no son válidas sino respecto del cónyuge de buena fe, y que sólo él tiene derecho á los gananciales provenientes de la sociedad conyugal.

177. Ni el Código chileno ni el de Napoleón han previsto el caso de que un individuo, después de casado, hubiere contraído otro ú otros matrimonios viviendo la primera mujer; los cuales han surtido efectos civiles en cuanto á las mujeres. ¿Cómo se procedería á la disolución de cada una de las sociedades conyugales? Parece evidente que la primera mujer cuyo matrimonio fue válido, no pierde ninguno de sus derechos por los matrimonios posteriores del marido. De manera que la primitiva sociedad conyugal debe liquidarse, devolviendo á la primera mujer los bienes aportados al matrimonio y la mitad de todos los gananciales. La segunda tuviera derecho á los bienes por ella aportados y á los gananciales de su matrimonio, que se completarían con bienes propios del marido, si á causa de la disolución de la primera sociedad conyugal no alcanzan los gananciales del segundo matrimonio (10).

(10) " Dos ó más matrimonios putativos pueden concurrir á un mismo tiempo respecto á una misma persona, y pueden estar en pugna con un matrimonio legítimo. En estos casos, ¿cómo conciliar los derechos de los diversos cónyuges legítimos ó de buena fe? Sin dificultad, la devolución de la dote y de los demás bienes de cada esposa, se efectuará de los bienes del marido, en el orden y con la prelación determinados en la fecha del matri-

178. IV. Aunque los cónyuges se hubieren casado de buena fe, cuando ambos llegan á tener conocimiento del

monio. ¿Pero cómo se procede respecto á la sociedad conyugal? ¿No la habrá sino en beneficio del cónyuge cuyo matrimonio fué válido, ó bien se subdividirá ella en tantas sociedades parciales cuantos matrimonios hubo? La primera mujer, cuyo matrimonio fue válido, podrá alegar que su sociedad conyugal no se ha disuelto por la poligamia del marido, y que no es justo que otras mujeres, aunque de buena fe, hagan ninguna adquisición en su perjuicio. Las otras sostendrán que su buena fe surte el efecto de que concurren los hijos en los derechos de sucesión con los del matrimonio legítimo, y que, por lo mismo, pueden concurrir ellas en la sociedad conyugal comenzada con el primer matrimonio; que cada una de ellas ha cooperado con sus bienes, industria y economía, durante la cohabitación, al incremento de los gananciales, y debe obtener una parte proporcional.

“Estas dificultades, y otras relativas á los hijos, fueron controvertidas antiguamente en el Parlamento de París, y resueltas por sentencia que transcribe Carondas. Un marido, padre de dos hijos, abandona á su familia, y contrae nuevas nupcias con otro nombre. De este nuevo matrimonio tiene un hijo, y durante él adquiere bienes por medio de un tráfico criminal. Temeroso de las persecuciones de la justicia se traslada á otra nación, donde contrae tercer matrimonio. Aumentanse los bienes de fortuna. Reconocido por un pariente de la primera mujer, fuga el polígamo; halla nuevo asilo, cae enfermo y muere dejando un testamento según el cual asigna sus bienes á todos sus hijos, y ordena que se avise su muerte á las tres mujeres con quienes se había casado, designándolas por sus nombres. La herencia, que no se componía sino de muebles, fue disputada entre sus hijos de primer matrimonio, cuya madre había muerto poco tiempo antes, las otras mujeres y los hijos. Los primeros decían que los otros matrimonios de su padre eran nulos; y que las mujeres con quienes los había contraído no tenían dote ni gananciales según la ley 4^a, Código *De incertis nuptiis*, según la sentencia del mes de mayo de 1652; que, por ende, los hijos nacidos de estos matrimonios eran ilegítimos é incapaces de suceder al padre natural. Las otras mujeres alegaban su buena fe, que no permitía se las privase de la mitad de los bienes que habían adquirido y economizado junto con el hombre á quien miraban como marido legítimo, ni que los hijos fuesen excluidos de la sucesión del padre.

“La sentencia, expedida el 7 de julio de 1654, concedió á los hijos de primer matrimonio, como herederos de la madre, la mitad de todos los bienes comprendidos en la sociedad conyugal cuando el segundo matrimonio, y á las otras mujeres la mitad

hecho que obstó á la validez del matrimonio, cesan los efectos civiles. Síguese, pues, que aun antes que se hubiere

de los gananciales obtenidos durante su cohabitación. Estas resoluciones son razonables y equitativas, y fijan una regla que debemos seguir en circunstancias semejantes. Pero la división ordenada entre los hijos no tiene ese mérito. En vez de formar una masa de todos los otros bienes para distribuirlos en partes iguales entre los hijos de diversos matrimonios, se adjudicó exclusivamente á cada matrimonio la mitad de cada porción de gananciales que no se habían adjudicado á la respectiva madre. Esa división, á menos que fuese ordenada por el testamento, era absolutamente viciosa. En cuanto á las esposas debían distinguirse tres partes en la sociedad conyugal; pero no podía haber para los hijos sino una sola sucesión." (Vazeille. I. 285.)

"Las dificultades pueden ser muy complicadas cuando la causa de la nulidad del matrimonio putativo proviene de un matrimonio precedente que todavia subsiste.

"En estos casos, dos ó más cónyuges legitimos pueden reclamar á un mismo tiempo contra un mismo individuo los efectos civiles de sus matrimonios.

"Hé aquí un hombre que, ya casado con *Prima*, se casa con *Secunda*, que le juzga soltero; y el mismo hombre, en vida de *Prima* y de *Secunda*, se casa con *Tertia*, que también procede de buena le. Tenemos pues tres mujeres legítimas.

"Pregunto :

"1°. Cómo deben reglarse las capitulaciones matrimoniales :

"2°. Cómo se determina el derecho hereditario establecido por el art. 767, si cuando la muerte de este hombre los dos matrimonios putativos de *Segunda* y *Tertia* no se habían declarado nulos.

"1°. No es posible fijar de antemano reglas invariables sobre esta situación extraordinaria, según la cual concurren y están en pugna varias sociedades á un mismo tiempo. Deberia, pues, ante todo consultarse las diversas estipulaciones que se hubieren hecho, y, á falta de ley, aplicar á estas dificultades la solución más equitativa atendiendo á los hechos y circunstancias.

"Si los sucesivos matrimonios se han contraído según el régimen de la comunidad, el partido más razonable (dicen los autores del nuevo Denizart) parece considerar los gananciales de la sociedad con cada mujer como el resultado de una sociedad que hubiera podido haber entre dos personas extrañas, y dividir los beneficios, no según las reglas de la sociedad conyugal, sino según las reglas generales de la sociedad; y citan una sentencia de 7 de julio de 1654 transcrita por Carondas.

"Esta solución se ha propuesto también por varios autores modernos. Si el caso se presentase, innegable seria que el derecho

pronunciado la sentencia, los cónyuges están obligados á separarse si tienen conocimiento del respectivo impedimento dirimente.

Nos parece más conforme á los principios el art. 201 del Código de Napoleón, según el cual, contraído el matrimonio de buena fe, surte efectos civiles mientras no pase en autoridad de cosa juzgada la sentencia que declara la nulidad del matrimonio.

El Código chileno impone á los cónyuges el deber de separarse tan luego como conocen el impedimento dirimente; esto es, procede sobre el erróneo supuesto de que los cónyuges no pueden engañarse en cuanto á la calificación de las causales. Si uno de los cónyuges deduce la acción de nulidad, y el juez declara que el matrimonio es válido, son manifestas las perniciosas consecuencias que á la familia acarrea el estado anómalo de los cónyuges que litigan sobre la nulidad del matrimonio.

Acaso se diga que la ley misma supone que el matrimonio adolece de nulidad; pues las disposiciones del art. 122 se refieren sólo á los matrimonios putativos. Pero se prescindiera entonces de la circunstancia decisiva de que las reglas sobre el matrimonio putativo turbarían la paz doméstica aun cuando el matrimonio fuese válido. Como las consecuencias del matrimonio nulo, no putativo, son tan graves, bastaría el temor de ellas para deducir la acción de nulidad y obtener una sentencia que ponga término á toda incertidumbre.

de la segunda y de la tercera mujer no puede menoscabarse; porque reputándose legítimo su matrimonio, tendrían el derecho de reclamar, en cuanto á los bienes, no los efectos de la sociedad ordinaria, sino de la sociedad conyugal.

“¿No sería mejor liquidar sucesiva y separadamente cada una de estas sociedades, comenzando por la más antigua? Dedujéranse los aportes del otro cónyuge de buena fe, y la partición se efectuaría como si ninguna otra sociedad se hubiese formado al mismo tiempo que ella. Después se dividiera la segunda sociedad, y entonces el cónyuge de buena fe pudiera exigir que la parte adjudicada al primer cónyuge en la sociedad disuelta, ha disminuido en la misma proporción y en su perjuicio los gananciales á que tenía derecho, y ejercería en los bienes personales del cónyuge una recompensa igual al perjuicio.” (Demolombe. III. 377.)

Añádese la dificultad de determinar á punto fijo la fecha en que cesó la buena fe por parte de ambos cónyuges, y que refiriéndose los efectos civiles del matrimonio aun á terceros, conviniera que siempre haya un instrumento auténtico que declare cuando cesan los efectos civiles del matrimonio. De ahí que según el art. 1764, la sociedad conyugal se disuelve, no cuando falta la buena fe por parte de ambos cónyuges, sino cuando pasa en autoridad de cosa juzgada la sentencia sobre la nulidad del matrimonio. Tenemos, pues, la anomalía de que subsiste la sociedad conyugal mientras no se expida la respectiva sentencia, y que ese mismo matrimonio no surte ningún otro efecto desde que falta la buena fe por parte de ambos cónyuges.

179. V. El art. 122 nos da, por último, la siguiente regla : “ Las donaciones ó promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio ”.

Esta regla es mera consecuencia del principio según el cual el matrimonio putativo surte efectos civiles respecto del cónyuge que lo contrajo de buena fe. Pero á causa de su importancia acaso convenía repetirla.

En cuanto á las donaciones al cónyuge que procedió de mala fe, tenemos la regla puntualizada en el art. 1790 : “ Declarada la nulidad del matrimonio podrán revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe, con tal que de la donación y de su causa haya constancia por escritura pública.

“ En la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese.

“ Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo de mala fe. ”

Art. 123. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges.

Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio, toca a la autoridad eclesiástica juzgar, i la disolución pronunciada por ella producirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte (*).

REFERENCIAS.

Muerte. 78. 953.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 141.

C. E. 119. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos conyuges.

Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio, toca á la autoridad eclesiástica juzgar; y la disolución pronunciada por ella surtirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte.

C. de N. 227. Le mariage se dissout;

1º. Par la mort de l'un des époux;

2º. Par le divorce légalement prononcé;

3º. Par la condamnation devenue définitive de l'un des époux, à une peine emportant mort civile.

227. El matrimonio se disuelve :

1º. Por la muerte de uno de los cónyuges :

2º. Por el divorcio legalmente declarado :

3º. Por sentencia ejecutoriada, que imponga á uno de los cónyuges pena que acarree muerte civil.

C. Arg. 219. El matrimonio válido no se disuelve sino por muerte de uno de los esposos.

221. Compete al juez eclesiástico conocer de la disolución del matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica, ó con autorización de ella.

(*) Locré. 1. 278. 46-50-283. 52-56-IV. 371. 5-12—435. 401 art. 1º—435. art. 63.—459. 26.—524. 71.—Pothier. Mariage. 462-485.—Merlin. Mariage. Sect. II. II.—Dalloz. Mariage. 29. 44. 963.—Demolombe. IV. 358.—Gutiérrez (B), I. p. 577. art. 4º.—Ortolan. I. 120.—Esmein. I. p. 108-119. 124-136.—Sánchez. II. XVI-XIX.—Despagnet. 260.—Montesquieu. XXVI. IX.

222. Corresponde al juez civil conocer de la disolución del matrimonio celebrado sin autorización de la Iglesia Católica.

P. de G. 89. El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges, y según las leyes de la Iglesia.

90. La nulidad del matrimonio se rige por las leyes de la Iglesia, y de las demandas de esta clase corresponde conocer á la autoridad eclesiástica.

C. Esp. 52. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

P. IV. II. I..... Si algun dellos (de los cónyuges) quiesse entrar en Orden, ante que se ayuntassen carnalmente, poderlo y a fazer, maguer el otro contradixesse : e despues que fuesse este atal entrado en Orden, e ouiesse fecho profesion, puede el otro casar si quisiere.....

D. XXIV. II. 1. Dirimitur
matrimonium divortio, mor-
te, captivitate vel alia con-
tingente servitute utrius
eorum.

1. El matrimonio se di-
suelve por la muerte, el di-
vorcio, el cautiverio, ú otra
servidumbre, que acontezca
á alguno de los cónyuges.

COMENTARIO.

180. Según el Derecho canónico el matrimonio válidamente celebrado no se disuelve sino en dos casos :

1º Cuando antes de consumarse, uno de los cónyuges abraza el estado religioso, en instituto monástico aprobado por la Iglesia católica; y

2º Cuando contraído el matrimonio entre dos cónyuges infieles, el uno de éstos se convierte al catolicismo y el otro se opone á que continúe en la nueva religión que ha profesado.

Promulgada la Ley sobre matrimonio civil, que deroga las disposiciones del Código en cuanto le sean opuestas, no subsisten ya las causas de disolución determinadas por el Derecho canónico, y el matrimonio no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges.

TÍTULO V

De las segundas nupcias

181. En este título se limita el legislador á prescribir los requisitos que preceden á las segundas nupcias; pues, en cuanto al matrimonio mismo y á los efectos civiles que él surte, idéntico es el primer matrimonio al segundo ó tercero.

Como no son raros los casos de terceras nupcias ni son imposibles las cuartas, el epígrafe del título, para ser exacto, debió decir : *De las segundas ó ulteriores nupcias.*

Art. 124. El varon viudo que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando i les pertenezcan como herederos de su mujer difunta o con cualquiera otro título.

Para la confeccion de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial (*).

REFERENCIAS.

Curador especial. 345. 453. 498.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 144.

C. E. 120. El viudo que, teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, ó bajo su curaduría, quisiere volver á casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y le pertain-

(*) Febrero. I. 145. 6.

nezcan como á heredero de su cónyuge difunto ó con cualquier otro título.

Para la formación de este inventario se dará á dichos hijos un curador especial.

C. C. 169.

COMENTARIO.

182. Mientras el padre no pasa á otras nupcias, la ley confía, y con razón, en que él administrará bien el patrimonio de los hijos.

Pero si el padre vuelve á casarse, forma nueva familia, y entonces conviene evitar que los bienes de ésta se confundan con los pertenecientes á los hijos del otro matrimonio. De ahí la absoluta necesidad del inventario solemne.

En la formación del inventario debe intervenir un curador especial, porque habiendo pugna entre los intereses de los hijos y los del padre, éste no puede representarlos ejerciendo la patria potestad.

183. Como el Código ecuatoriano concedió á la madre la patria potestad sobre los hijos en todos los casos en que expira la potestad paterna, los reformadores de este pobre Código juzgaron que el art. 120 (124 del Código chileno), era aplicable también á la viuda.

No reflexionaron en que á nada conducía prescribir á la viuda que formase inventario solemne, por cuanto el art. 124 (128 del Código chileno), refiriéndose al 500 (511), también dispone que si la viuda trata de volver á casarse, lo avise al juez para que designe el respectivo guardador.

El artículo, sobre injurídico y nugatorio, es pésimamente redactado; y si bien en la última edición reformó la Corte Suprema lo concerniente á la viuda, la redacción (copiada en las *Concordancias*) es acaso peor.

Art. 125. Habrá lugar al nombramiento de curador aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo (*).

REFERENCIAS.

Curador. 124.

Curador especial. 345. 453. 498.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 145. Habrá lugar a esta disposición aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo bajo su firma (a).

C. E. 121.

C. C. 170.

COMENTARIO.

184. Este artículo encierra dos disposiciones :

1°. Nómbrase curador á los hijos cuando el padre va á pasar á segundas ó ulteriores nupcias, aunque éste no administre bienes de aquéllos :

2°. En tal caso el curador asevera que los hijos no tienen bienes.

El nombramiento de curador es necesario, porque la aseveración del padre no bastaría para darse por cierto el hecho de que no administra bienes de los hijos.

La segunda disposición nos parece en extremo peligrosa; pues no debe confiarse á ciegas en la aseveración del curador.

Aunque éste incurriera en responsabilidad, civil ó criminal, si á sabiendas de lo contrario afirmase que los hijos no tienen bienes, ó si por lo menos procediese con ne-

(a) Habrá lugar á esta disposición aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo. (Art. 145 del Proyecto Inédito.)

gligencia; la responsabilidad del curador no sería suficiente para precautelar los intereses de los hijos.

Conviniera que en tal caso el juez oiga al defensor de menores y á los parientes de los hijos.

Tal vez se alegue que al Código de enjuiciamientos corresponde reglamentar el juicio de jurisdicción voluntaria que ha de seguirse cuando el viudo trate de contraer matrimonio. Pero el asunto es de tanta importancia, que aquellas disposiciones deberían comprenderse en el título de las segundas nupcias.

El Código civil, que es tan minucioso y circunstanciado, cuando reglamenta la administración de los tutores y curadores, no debió omitir, al tratar de las segundas nupcias, nada de lo que condujese á la plena seguridad de los bienes pertenecientes á los hijos de precedente matrimonio.

Art. 126. La autoridad eclesiástica no permitirá el matrimonio del viudo que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda informacion sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría (*).

REFERENCIAS

Autoridad eclesiástica. 103.

Viudo. 124.

Certificado auténtico. 1699.

Curador especial. 315. 494.

Patria potestad. 240.

Tutela ó curaduría. 338. 340. 342. 367. 266. 267. 269.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 146. La autoridad eclesiástica no permitirá el matrimonio del viudo que trata de volver a casarse, sin que

(*) Fiore. II. 534.

se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para la confección del inventario, o sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría.

C. E. 122. La autoridad eclesiástica no permitirá el matrimonio del viudo que trata de volver á casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, ó sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, ó bajo su curaduría.

COMENTARIO.

185. Este artículo está reemplazado por el art. 8° de la Ley de matrimonio civil : « Son obligatorias para la autoridad civil las disposiciones contenidas en los arts. 126 y 129 del Código civil ».

Art. 127. El viudo por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el art. 124, perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado (*).

REFERENCIAS.

Viudo. 124.
Suced. 951.
Legitimario. 1181. 1182.
Heredero abintestato. 980. 983.
Bienes. 565.
Administrado. 2-17.

CONCORDANCIAS. (a).

C. E. 123. El viudo por cuya negligencia hubiere dejado

(a) El viudo por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 141, perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado. (Art. 147 del Proyecto Inédito).

de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 120, perderá el derecho de suceder como legítimo, ó como heredero abintestato, al hijo cuyos bienes ha administrado.

COMENTARIO.

186. La sanción para el viudo que pasa á otras nupcias sin formar el correspondiente inventario, es tan injusta, tan atroz, que parece increíble que tal artículo haya subsistido en Chile y en el Ecuador durante largos años.

El viudo por cuya negligencia no se formare inventario de los bienes pertenecientes á los hijos de matrimonio anterior, pierde *ipso iure* el derecho de sucederles como legítimo ó como heredero abintestato.

Et artículo, aunque injusto y absurdo, se halla redactado con la mayor claridad, y establece, sin restricción alguna, no la desheredación, sino la pérdida del derecho hereditario, sin limitarla al tiempo en que el hijo permanece bajo la potestad del padre.

Cierto que la falta del padre acarrea ó puede acarrear al hijo graves perjuicios; pero la pena establecida por la ley no es análoga. Bastaría que se conceda al hijo, como cuando el curador no practica inventario, el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido.

Si el hijo se casa contra la voluntad de los padres, incurre en una de las más graves faltas que puede cometer; y el padre no está facultado para la desheredación; al paso que la omisión del padre no arguye ofensa al hijo, y puede provenir de circunstancias excepcionales.

Resalta lo absurdo y lo monstruoso de la disposición, si se observa que cuando la viuda pasa á otras nupcias sin exigir que se nombre curador á los hijos, no pierde el derecho de sucederles.

Art. 128. Cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias ántes del parto, o (no habiendo señales de preñez) ántes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la disolucion o declaracion de nulidad.

Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha declaracion, i en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer (*).

REFERENCIAS.

Matrimonio. 102.

Disuelto. 123.

Doscientos setenta días. 48.

CONCORDANCIAS.

C. de N. 228. La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent.

228. La mujer no puede contraer nuevo matrimonio, mientras no transcurran diez meses desde la disolución del matrimonio precedente.

C. Arg. 236. La viuda no podrá casarse hasta pasados trescientos días de disuelto ó anulado el matrimonio. Si quedase en cinta podrá solo hacerlo despues del alumbramiento. Si ántes de este tiempo contrajere matrimonio, pierde los legados y cualquier otra liberalidad ó beneficio que el primer marido le hubièse hecho en su testamento.

P. de G. 56. La viuda no podrá casarse hasta trescientos un días despues de la muerte de su marido; y si que-

Locré. IV. 402 art. 1-4-435 art. 64.-525. 72-565. 28.—Merlin. Noces (secondes) § I. II.—Dalloz. Mariage. 965-969.—Laurent. II. 363-365.—Laurent. (D. C. I.) IV. 325-V. 131.—Delvincourt. I. p. 301 (6).—Vazeille. I. 98. 100-102.—Duranton. II. 174-176.—Zachariae. (A. R.) V. § 463.—Zachariae. (M. V.) I. § 128.—Démolombe. III. 122-124. 132 bis.—Huc. II. 284.—Fiore. II. 519. 534.—Brocher. I. 88.—Rolin. II. 573.—Weiss. III. p. 421. 425.—Niebuhr. II. 573.

dase en cinta podrá hacerlo despues del alumbramiento.

Esta disposicion es aplicable al caso en que la separacion de los cónyuges se verifique por haberse declarado nulo el matrimonio.

C. de la L. 134 (el 228 del Código de Napoleón)...

C. Esp. 45. Está prohibido el matrimonio.....

2º. A la viuda durante los trescientos un días siguientes á la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento si hubiese quedado en cinta, y á la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, á contar desde su separación legal.

C. A. 120. Disuelto el matrimonio, ó declarada la nulidad ó el divorcio, la mujer que esté en cinta no puede volver á casarse sino después del parto, y si no hubiere señales de preñez, después de los seis meses. Pero la autoridad puede limitar ese plazo á tres meses, según las circunstancias.

N. R. X. II. 4. Mandamos, que las mugeres viudas puedan libremente casar, dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare, no obstante qualesquier leyes de Fueros y Ordenamientos y otras qualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las quales anulamos y revocamos.....

P. IV. XII. 3. Librada, e quita es la muger del ligamiento del matrimonio despues de la muerte de su marido, segund dize Sant Pablo. E porende non touo por bien Santa Eglesia, que le fuesse puesta pena, si casare quando quisiere, despues que el marido fuere muerto. Solamente, que case como deue, non lo faziendo contra defendimiento de Santa Eglesia. Pero el Fuero de los legos defendiolo, que non case fasta un año, e poneles pena a las que ante casan.....

C. R. V. IX. 2. Si qua ex foeminis perditó marito, intra anni spatium alteri festinaverit nubere, probrosis inusta notis honestioris nobilisque personae decore, et iure privetur.....

D. III. III. 11. § I. Et si talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra

2. Prohibese que la viuda pase á segundas nupcias antes que hubiere transcurrido un año desde la muerte del primer marido; pues así lo exigen la honestidad y el decoro.....

§ I. Aunque el marido sea tal, que por costumbre de los mayores no deba la muger guardar luto por él, no puede

legitimum tempus collocari; Praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugere-tur; qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.

§ 2. Pomponius eam, quae intra legitimum tempus par-tum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare; quod verum puto.

casarse dentro del tiempo legítimo del luto; porque el Pretor estableció el tiempo del luto para evitar la incer-tidumbre de la prole.

§ 2. Pomponio es de pare-cer que la que pare dentro del tiempo legítimo del luto, puede casarse inmediata-mente; lo cual juzgo verda-dero.

COMENTARIO.

187. Según el proyecto del Código de Napoleón, y Título concerniente á las segundas nupcias, el art. 1.^o (1) prohi-bía tanto al viudo como á la viuda pasar á segundas nup-cias antes que transcurriesen diez meses desde la muerte del respectivo cónyuge. Pero el Consejo de Estado opinó por la supresión del impedimento impidiendo que al ma-rido se refería (2).

(1) Art. 1.^o. La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage pré-cédent; le mari ne peut non plus contracter un second mariage qu'après dix mois depuis cette dissolution.

(2) Discútese el art. 1.^o.

“El Cónsul Cambacérès pregunta qué motivos han determinado á la comisión á extender la disposición al marido.

“M. Boulay responde que parece exigirlo la decencia. ”

El Cónsul Cambacérès. “Reflexionándose sobre la disposición relativa al marido, reconócese que es de todo punto innecesaria.

“Uno de los preopinantes alega motivos de decencia; ¿pero ta-les razones deben prevalecer sobre otras de mayor importancia? Además, aun en los tiempos en que la decencia era la principal regla de las costumbres, se veía muchas veces que un viudo pasaba á segundas nupcias á los cuarenta dias de la muerte de la mujer. El nuevo Código no debe multiplicar los impedimentos sin ninguna utilidad para la moral pública. ”

M. Tronchet. “En efecto, la prohibición á la mujer conduce á prevenir la confusión del parto; la misma razón no subsiste en cuanto al marido; y el plazo propuesto sería demasiado largo

188. Las leyes romanas sólo trataban, en este caso, de evitar la confusión de la prole; pues si bien prescribían que la mujer guardase el *año de duelo*, delaraban que si la mujer diese á luz un niño después de la muerte del marido, quedaba libre para contraer matrimonio.

189. Estas doctrinas han sido aceptadas por el Código chileno, sin más diferencia que el *año de duelo* se reduce á nueve meses, y que de los doscientos setenta días pueden deducirse los que han precedido inmediatamente á la disolución del matrimonio, si en ellos hubiere sido absolutamente imposible el acceso del marido á la mujer.

Nos parecen preferibles las disposiciones del art. 228 del Código de Napoleón, según el cual la mujer no puede pasar á otras nupcias sino transcurridos diez meses desde la muerte del marido. Atendieron sus redactores así á evitar la confusión de la prole como al decoro de la mujer (3); pues nada más indecente que la viuda pase á segundas nupcias antes de los diez meses.

190. El Código ecuatoriano no acepta la restricción establecida en el artículo que comentamos, y permite que la viuda pase á otras nupcias tan luego como el marido muera. Probable es que la autoridad eclesiástica hubiese influido en que prevaleciera el Derecho canónico; el cual, fundándose en San Pablo (4), no prohíbe á la viuda en

para los agricultores, para los artesanos, en fin para una multitud de individuos de la clase del pueblo, á quienes los auxilios de una mujer son necesarios para la vida doméstica." (Locré. IV. 402. 1.)

(3) "Disuelto el primer matrimonio" (decía Portalis), "puede contraerse otro. Compete ese derecho así al marido como á la mujer que han enviudado. Pero las buenas costumbres y la honestidad pública no permiten que la mujer pase á segundas nupcias antes de transcurrido un tiempo suficiente para cerciorarse de que el primer matrimonio no ha producido, en cuanto á ella, consecuencias que su situación no pudiera obstar á los actos de su voluntad. Este plazo duraba antes un año y se llamaba año de duelo. Hemos juzgado que diez meses bastan para evitar toda presunción que alarme la decencia y la honestidad." (Locré. IV. 525. 72.)

(4) "En la lista de los impedimentos prohibitivos del Derecho canónico no se menciona una prohibición establecida en el Derecho

tiempo alguno pasar á ulteriores nupcias. Si la Iglesia permite tales matrimonios, las leyes civiles, que influyen eficazmente en las buenas costumbres, deben restablecer el precepto de que la viuda guarde el año de duelo.

191. Si una viuda chilena pasa á segundas nupcias en nación extranjera, tendrá de observar el art. 128, porque las leyes concernientes al estado y la capacidad viajan con las personas (5).

romano, y copiada en nuestro derecho civil; esto es, que la mujer no podía casarse antes de transcurrido el año que sigue á la disolución del matrimonio. Los *libri pœnitentiales* la reprodujeron; pero en el siglo IX cayó en desuso, porque el Concilio de Paris de 829 ordenó que la viuda aguardase, para pasar á otras nupcias, treinta días después de la muerte del marido...

"Con el renacimiento de los estudios del Derecho romano debía reaparecer la prohibición. Fue recibida momentáneamente, porque se halla en un texto inserto en la *Compilatio prima*, y atribuido al Concilio de Worms. Pero una decretal de Alejandro III condenó el restablecimiento del Derecho romano. Recordando el Pontífice las palabras del Apóstol, declara que la viuda recobra su libertad desde la muerte del marido, y puede casarse cuando lo tenga á bien. Declara asimismo abrogada la infamia que, según el Derecho romano, acarrea el matrimonio de la mujer en el año de duelo." (Esmein. I. p. 401.)

(5) "Deben considerarse sujetos al estatuto personal no sólo los requisitos que conciernen á la capacidad, al consentimiento de los esposos y á la persona llamada á prestar el consentimiento para matrimonio de cada uno de ellos, sino también los demás conducentes á resguardar los intereses de los miembros de la familia. Así, por ejemplo, la ley que prohíbe á la viuda contraer nuevo matrimonio, si no ha transcurrido cierto tiempo desde la nulidad ó disolución del primero.

"Tal disposición, como atañe á los derechos de los herederos del primer matrimonio en concurrencia con los del segundo, y á prevenir la confusión del parto, corresponde al estatuto personal, porque la ley personal de cada uno es la que debe proveer á que los derechos patrimoniales de los miembros de la familia sean convenientemente resguardados; ni puede admitirse que el orden público territorial sea turbado, si el viudo ó viuda extranjero no pueden contraer matrimonio antes de transcurrir el tiempo de luto legal puntualizado en la ley extranjera, ó que pueda celebrarse antes que transcurra el término fijado en la ley territorial, por cuanto la ley personal de la viuda había dispuesto de otra manera para evitar la confusión de parto." (Fiore. II. 534.)

Art. 129. La autoridad eclesiástica no permitirá el matrimonio de la mujer sin que por parte de ésta se justifique no estar comprendida en el impedimento del artículo precedente (a).

REFERENCIAS.

La autoridad eclesiástica, 103.
Matrimonio, 102.

COMENTARIO.

192. Hemos visto ya, en el art. 126, que en vez de este artículo rige hoy el art. 8° de la Ley de matrimonio civil.

Art. 130. La viuda que, teniendo hijos de precedente matrimonio que se hallen bajo su tutela o curaduría, tratare de volver á casarse, deberá sujetarse a lo prevenido en el artículo 511.

REFERENCIAS.

Tutela ó curaduría, 338. 340. 342.
Deberá, 1437.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 147. La viuda que, teniendo hijos de precedente matrimonio que se hallen bajo su tutela o curaduría, tratare de volver á casarse deberá pedir previamente que se le reemplace en la tutela o curaduría; y la autoridad eclesiástica no le permitirá casarse sin que se le presente certificado del nombramiento de este tutor o curador, o sin que preceda información sumaria de que la viuda no tiene hijos de anterior matrimonio que se hallen bajo su tutela o curaduría (b).

(a) La autoridad eclesiástica no permitirá el matrimonio de la viuda sin que por parte de ésta se justifique no estar comprendida en el impedimento del artículo precedente. (Art. 149 del Proyecto Inédito).

(b) La viuda que, teniendo hijos de precedente matrimonio que

C. E. 124. La viuda que, teniendo hijos de precedente matrimonio que se hallen bajo la patria potestad, tutela ó curaduría, tratare de volver á casarse, deberá sujetarse á lo prevenido en el artículo 500.

C. Arg. 239. La viuda que teniendo bajo su potestad hijos menores de edad contrajere segundo matrimonio, debe pedir al juez que les nombre tutor. Si no lo hiciere, es responsable con todos sus bienes de los perjuicios que resultaren en adelante á los intereses de sus hijos. La misma obligación y responsabilidad tiene el marido de ella.

COMENTARIO.

193. Si la viuda es guardadora de sus hijos legítimos, nada más natural que deje de serlo cuando pasa á otras nupcias.

Volveremos á este punto al comentar el art. 511.

194. El art. 124 del Código ecuatoriano, que se refiere al 500 (511 del Código chileno), prescribe, entre otras cosas, que si la viuda tiene hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, y trata de volver á casarse, debe dirigirse al juez *para que designe la persona que ha de sucederle en el cargo*.

Tan absurda disposición manifiesta á las claras la negligencia con que se ha procedido á las reformas del Código ecuatoriano. Si la viuda ejerce la patria potestad sobre sus hijos, ¿cómo puede solicitar que se designe la persona que ha de sucederle en el cargo?

El mismo Código ecuatoriano expresa que si la viuda pasa á segundas nupcias, pierde la administración de los bienes de los hijos menores, mas no los otros derechos de la patria potestad. Luego, la disposición que examinamos se ha de entender en el sentido de que si la viuda tiene hijos bajo su patria potestad, debe solicitar que el juez nombre el curador á quien corresponda la administración de los bienes.

se hallen bajo su tutela ó curaduría, tratare de volver á casarse, deberá sujetarse á lo prevenido en el artículo 604. (Art. 150 del Proyecto Inédito.)

TÍTULO VI

OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS CONYUGES

§ I

Reglas Generales.

Art. 131. Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse i ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

El marido debe proteccion a la mujer, i la mujer obediencia al marido (*).

REFERENCIAS.

Obligados, 1437.

Socorrerse, 134. 174-176. 321. 324.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 149.

C. E. 125.

C. de N. 212. Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.

213. Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.

212. Los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, socorro, asistencia.

213. El marido debe protección a la mujer, la mujer obediencia al marido.

(*) Locré. IV. 393. art. I.-457. arts. 62. 63.-521.62.—Savigny. I. § 54. VIII. § 379.—Dalloz. Mariage, 743. 744.—Zachariæ (M. V.) I. § 132. 133.—Zachariæ. (A.-R.). V. § 471.—Demante. I. 300-301.—Toullier. I. 615-616.—Laurent. III. 82-85.—Huc. II. 230. 232. 234.—Marcadé. I. 724.—Despagnet. 257. 268.—Fiore. II. 593-596. 600.

C. Arg. 184. Los esposos están obligados á guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro á proceder del mismo modo. El que faltare á esta obligacion puede ser demandado por el otro, ó civilmente por accion de divorcio, ó criminalmente por acusacion de adulterio.

P. de G. 57. Los cónyuges están obligados á vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

58. El marido debe proteger á la mujer y esta debe obedecer al marido.

C. C. 176.

C. P. 174. Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad, socorros y asistencia.

175. El marido debe proteger a la mujer, y la mujer obedecer al marido.

C. M. 189. Los cónyuges están obligados á guardarse fidelidad á contribuir cada uno por su parte á los objetos del matrimonio y á socorrerse mutuamente.

192. El marido debe proteger á la mujer; ésta debe obedecer á aquel, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes.

C. de la L. 121 (el 212 del Código de Napoléon).

C. A. 89. Los derechos y obligaciones de los cónyuges nacen del objeto de su unión, de la ley y de las capitulaciones matrimoniales.....

90. Ambos cónyuges tienen unas mismas obligaciones en cuanto á la prestación del débito conyugal; — se deben mutuamente fidelidad y trato decente.

91. El marido es jefe de la familia; y debe á la mujer según sus facultades, mantenimiento y protección.

92. La mujer lleva el apellido del marido y adquiere los derechos inherentes á la condición del mismo; debe seguirle á su domicilio, ayudarle en su hogar y su industria, ejecutar y hacer ejecutar las providencias que él prescriba en cuanto el orden doméstico.

C. Esp. 56. Los cónyuges están obligados á vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

57. El marido debe proteger á la mujer, y ésta obedecer al marido.

P. IV. II. 7.Mas si alguno de los que fuessen casados, cegasse, o se fiziesse sordo, o contrecho, o perdiesse sus miembros por dolores, o por enfermedad, o por otra manera qualquier; por ninguna destas cosas, nin aunque se fiziesse gafo, non deue el vno desamparar al otro; por guardar la fe, e la lealtad, que se prometieron en el casamiento : ante deuen beuir todos en vno, e servir el sano al

otro, e proueerle de las cosas que menester le fizieren, segund su poder.....

COMENTARIO.

195. Este artículo encierra, en resumen, todos los derechos y obligaciones concernientes á las personas mismas de los cónyuges (1).

(1) "Los cónyuges," dice Portalis, "se deben mutuamente fidelidad, socorro, asistencia."

"Hé aquí en resúmen la moral de los cónyuges.

"Mucho tiempo se ha disputado sobre la preeminencia ó igualdad de los dos sexos; y nada más nugatorio que tales disputas.

"Razonablemente se ha observado que el varón y la mujer tienen muchas semejanzas y diferencias.

"Las semejanzas provienen de la especie; las diferencias, del sexo: el varón y la mujer estarían menos inclinados á unirse, si fuesen más semejantes, pues la naturaleza no los ha formado tan distintos sino para asociarlos.

"La distinción entre los dos sexos lleva consigo la de sus derechos y deberes.

"En el matrimonio los dos cónyuges conspiran á un mismo fin; pero no pueden proceder de una misma manera. En algunos aspectos ellos son iguales, y en otros, ni comparables.

"La fuerza y audacia son caracteres del varón; la timidez y pudor, de la mujer.

"El varón y la mujer no pueden participar de unos mismos trabajos, resistir á unas mismas fatigas, ni consagrarse á unas mismas ocupaciones.

"La naturaleza, no la ley, es la que determina la condición de cada uno de los consortes. La mujer tiene necesidad de protección porque es débil y el varón es libre porque es fuerte.

"La preeminencia del varón proviene de su constitución física, que sin sujetarle á tantas necesidades le asegura más independencia en el empleo del tiempo y en el ejercicio de sus facultades. Esta preeminencia es la fuente de la potestad protectora que el proyecto de ley reconoce en el marido.

"La obediencia de la mujer, es un homenaje á la potestad que la protege, y efecto necesario de la sociedad conyugal, que no pudiera subsistir si uno de los socios no estuviese subordinado al otro.

"Si bien el marido y la mujer deben guardarse la fe prometida, la infidelidad de la mujer supone más corrupción que la del marido. Por eso siempre se ha juzgado al varón con menos severidad

El inciso 1° impone á los cónyuges el deber de mutua fidelidad, mutuos socorros, mutuo auxilio.

La fidelidad es consecuencia necesaria del matrimonio; deber impuesto por la moral y sancionado por las leyes civiles y penales.

El socorro se refiere principalmente á la obligación de cada uno de los cónyuges á proveer á las necesidades del otro. Es consecuencia del matrimonio mismo prescindiéndose de todas las obligaciones que, concernientes á los bienes, provienen de las capitulaciones matrimoniales ó de la sociedad conyugal que, á falta de éstas, se forma por el ministerio de la ley cuando el matrimonio se efectúa (2).

La asistencia ó ayuda consiste en los servicios mutuos que los cónyuges deben prestarse. La moral y la ley exigen de consuno que en todas las circunstancias de la vida, es-

que á la mujer. Todas las naciones, ilustradas en este punto por la experiencia y por una especie de instinto, están acordes en que para la ventura del género humano, el sexo amable debe ser más virtuoso.

"Las mujeres no conocerían sus verdaderos intereses, si en esa aparente severidad, que en cuanto á ellas se emplea, viesen un rigor tiránico, mas no una distinción honorífica y provechosa. Destinadas por la naturaleza á los placeres de uno solo y á ser agradables á todos, han recibido del cielo una sensibilidad que anima la hermosura, y que se empaña con los más leves extravíos del corazón; un tacto fino y delicado, que es á manera de sexto sentido y que no se conserva ni se perfecciona sino por el ejercicio de todas las virtudes; en fin, una modestia que triunfa de todos los peligros, y que no pueden perder sin convertirse en más perversas que nosotros. No en nuestra injusticia, sino en su vocación natural deben, pues, investigar las esposas el principio de los deberes más austeros, que se les impone así para su bienestar como en beneficio de la asociación civil." (Locré. IV. 521. 62.)

(2) " Los cónyuges deben socorrerse mutuamente; de ahí la obligación de suministrar alimentos. No se trata de las capitulaciones matrimoniales ni de saber en qué proporción contribuye cada uno de los cónyuges para los gastos del hogar doméstico; trátase sólo de matrimonio, de la obligación impuesta á cada uno de los cónyuges de alimentar al otro, cuando éste lo necesite, de esa obligación absoluta, que se le impone prescindiéndose de todas las estipulaciones, aun después de la separación de bienes y del divorcio *quoad thorum*. " (Demolombe. IV. 84.)

pecialmente en las enfermedades y otros trabajos, cada uno de los cónyuges preste al otro los respectivos auxilios (3).

Desnaturalizan la esencia misma del matrimonio las leyes que facultan á los cónyuges para solicitar el divorcio ó la separación de las personas, cuando uno de ellos contrae una enfermedad contagiosa. Recuérdese el sublime principio que enseña la filosofía estoica en la ley romana copiada en las concordancias : “ *Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse* ”.

196. En el inciso segundo se imponen á los dos cónyuges deberes distintos : el marido protege á la mujer ; la mujer obedece al marido.

Ya hemos visto las razones que el jurisconsulto filósofo Portalis aducía para fundar la obediencia de la mujer : “ Es un homenaje á la potestad que la protege, y efecto necesario de la sociedad conyugal, que no pudiera subsistir si uno de los socios no estuviese subordinado al otro ”.

Estas razones han sido contradichas por un extravagante sentimentalismo, que pretende la absoluta igualdad de los cónyuges : “ Portalis exclama ”, dice Laurent (4), “ cómo podrá subsistir una sociedad de dos personas, si no prevaleciese el voto de uno de los socios. Si los socios disienten, decide el juez. Lo mismo pasa en la sociedad conyugal. Cuando el marido deniega la autorización para que la mujer ejecute un acto jurídico, la mujer puede acudir á la justicia. Cuando el marido no provee á la subsistencia de la mujer, también acude ésta al juez. ¿Por qué no se concedería el mismo derecho en todos los casos en que los cónyuges estén discordes? ”

(3) “ Los esposos deben ayudarse mutuamente, esto es, no sólo socorro en dinero, medios pecuniarios de subsistir, sino también atenciones, servicios, esa asistencia, en fin, que no puede cumplirse sino personalmente. Lejos de que las desgracias, las dolencias morales ó físicas, las enfermedades, aun incurables ó contagiosas, de uno de los cónyuges, puedan facultar al otro á demandar la separación; entonces sobre todo, en esas tristes circunstancias de la vida, es cuando el cónyuge debe cumplir respecto de su cónyuge desgraciado la más santa y la más noble de las obligaciones del matrimonio. ” (Id. 85.)

Hé aquí las extravagancias á que conduce la exageración en los principios. Preténdese que todo desacuerdo entre los cónyuges se dirima por el juez. ¿Sería posible eso en cada uno de los actos de la vida social de los dos cónyuges? Por evitar la arbitrariedad del marido se hace imposible la armonía entre los cónyuges y la administración de los bienes sociales. Si en casos muy graves la mujer puede acudir á la autoridad judicial, proviene ello, ó bien de que la potestad marital no puede convertirse en tiranía, ó bien de que el marido no cumple las obligaciones impuestas por la ley. Cuando, por ejemplo, el marido no gestiona para que la mujer recupere una herencia que se la defiende, el juez debe prestar á la mujer la protección que el marido le deniega caprichosamente. Cuando el marido no provee á la mujer de lo necesario para la subsistencia, el juez compele al marido á cumplir los deberes que la ley le impone. Pero que en todos los casos de desacuerdo pueda la mujer presentarse judicialmente contra el marido, es un desatino increíble en el eminentísimo jurisconsulto belga.

Art. 132. La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer (*).

REFERENCIAS.

Derechos. 565.

Leyes. I. 1437.

El artículo. 133. 135-137.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 153. La potestad marital consiste en el derecho que tiene el marido de autorizar los actos de la mujer.
C. E. 126.

(*) Savigny. VIII. 379.—Locré. I. 275. 42.—Pothier. Puissance du Mari. 1.—Dalloz. Lois. 218.—Laurent. III. 82. 83.—Fiore. II. 593-596.

COMENTARIO.

197. Según el Derecho romano la potestad marital confería al marido los más amplios derechos no sólo sobre la persona de la mujer, que se comprendía entre los hijos de familia, sino también sobre los bienes de la misma, así presentes como futuros, que se incorporaban al patrimonio del marido (1).

198. El antiguo derecho francés hacía consistir la potestad marital en la más absoluta subordinación de la mujer

(1) " La familia aristocrática de Roma se funda en la unidad del poder del padre, en la potestad soberana de este rey doméstico, en la dependencia ó inferioridad de las personas que componen la familia. La mujer legítima no está exenta de esa sujeción; antes al contrario es un ejemplo de la misma. La severa institución de la *manus*, apoyándose en la confarreación, la coempción y la usucapión, hace pasar la mujer al dominio del marido, á quien da un derecho absoluto sobre la persona y los bienes de la mujer. La adquiere él poco más ó menos como una cosa; conviértese en dueño de todo lo que ella posee y de todo lo que después adquiriera; la *conventio in manu* es un título universal de adquirir como la sucesión. La mujer no entra á la familia como igual á su marido; es recibida en ella como hija (*filiæ loco est*) para vivir bajo la tutela, ó, hablando más propiamente, bajo la potestad del marido cuya majestad debe venerar, y reconocer el dominio en ella y en lo que de ella depende.....

" Hagamos, empero, una observación importante. "

" La potestad soberana del marido romano no es inherente al matrimonio legítimo. Para investirle de tal potestad, es menester que el matrimonio se celebre con las solemnidades religiosas de la confarreación, ó las ceremonias civiles de la coempción; si no, la mujer continúa perteneciendo á su familia y bajo la tutela de su padre ó de sus agnados; es consorte, pero no madre de familia. El marido es extraño á sus bienes. De ahí entre los romanos dos especies de mujeres legítimas : 1º La *materfamilias*, que entra á la nueva familia, á la cual no pertenece sino cuando desata todos los vínculos anteriores, cuando renuncia todos sus derechos y reconoce sólo los del marido; y, 2º La *matrona*, que conserva su familia, sus bienes, sus tutores originarios, y que no depende sino del padre y de los agnados. " (Troplong. I. p. XXXVII.)

al marido (2); mas los redactores del Código de Napoleón (3), cuyas doctrinas han sido aceptadas en esta parte por todos los Códigos modernos, manifestaron que si bien hay entre los cónyuges absoluta igualdad, la potestad del marido proviene de que en el hogar doméstico su voto es el que prevalece, ya en la organización de la familia, ya en la administración de los bienes sociales y de los de la mujer.

La definición que da Don Andrés Bello en su Proyecto es absolutamente inexacta. No se comprende por qué la hubiese limitado á la autorización para los actos y contratos.

La que da el art. 132, aunque exacta, no está en armonía con la patria potestad: "el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados". ¿Por qué se extiende la potestad marital á la persona y á los bienes de la mujer, y en cuanto á la patria potestad no se habla sino de los hijos? Parece que la Comisión Revisora no se fijó en esta discordancia: tanto la potestad patria como la marital se extienden, respectivamente, á la persona y los bienes.

(2) "La potestad marital sobre la persona de la mujer consiste por derecho natural en el derecho que tiene el marido de exigirle todos los deberes de sumisión que corresponden á un superior.

"Uno de los principales efectos consiste en el derecho que tiene el marido de obligar á seguirle á dondequiera que él juzgue conveniente residir." (Pothier. De la puissance du mari. l.)

(3) "Las leyes civiles deben interponer su autoridad entre los cónyuges, entre los padres y los hijos, deben reglamentar el gobierno de la familia. Hemos investigado en las indicaciones de la naturaleza el plan de ese gobierno. La autoridad marital se funda en que es necesario que, en una sociedad de dos individuos, el voto ponderativo pertenezca á uno de ellos, y en la superioridad del sexo á quien se concede tal preeminencia. La patria potestad se funda en la ternura de los padres, en la madurez de su razón y en la debilidad de la de sus hijos." (Locré. I. 276.42.)

Art. 133. El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él i seguirle adonde quiera que traslade su residencia.

Cesa este derecho cuando su ejecucion acarrea peligro inminente a la vida de la mujer.

La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa (*).

REFERENCIAS.

Obligar, 1437.
El inciso 1º. 102.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 150.
C. E. 127...

Cesa este derecho cuando ese ejercicio acarrea peligro inminente á la vida de la mujer...

C. de N. 214. La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

213. La mujer está obligada á vivir con el marido y á seguirle á donde quiera que él juzgue conveniente residir : el marido está obligado á recibirla y á suministrarle, según sus facultades y condición, todo cuanto es necesario para los menesteres de la vida.

C. Arg. 185. El marido está obligado á vivir en una casa con su mujer...

187. La mujer está obligada á habitar con el marido, donde quiera que éste fije su residencia. Si faltase á esta

(*) Locré. IV. 393. art. 2.-395. 324-33. art. 52.-523. 36.—Savigny. VIII. § 379.—Dalloz. Mariage. 745-769.—Zachariae. (M. V.) 1. § 133.—Zachariae. (A. R) V. § 470. 471.—Laurent. III. 86-94.—Demolombe. IV. 88-93. 95-110.—Marcadé. I. 726-727.—Toullier. XIII. 109. 110.—Demante. II. 302-302 bis.—Troplong. (C. d. M.). I. 57-59.—Despagnet. 258.—Merlin. Mari. II. n. 1.—Pothier. De la Puissance Maritale. I. 143.—Vazeille. II. 289-299.—Mailher de Chassat. 193. 194.—Delvincourt. I. 331. (4) (5).—Fiore. II. 198. 199.

obligacion, el marido puede pedir las medidas policiales necesarias, y tendrá derecho á negarle los alimentos. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir á la mujer de esta obligacion, cuando de su ejecucion haya peligro de su vida.

P. de G. 59. La mujer está obligada á seguir á su marido, donde quiera que éste fije su residencia.

Los tribunales podrán, con conocimiento de causa, eximirla de esta obligacion, cuando el marido traslade su residencia á Ultramar ó país extranjero.

C. C. 178.

C. de la L. 122 (El 214 del Código de Napoleón).

C. Esp. 28. La mujer está obligada á seguir á su marido dondequiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligacion cuando el marido traslade su residencia á Ultramar ó á país extranjero.

C. A. 92 (Véanse las *Concordancias* del art. 131).

COMENTARIO

199. Veamos las reglas que este artículo encierra :

1ª. El marido tiene derecho para obligar á su mujer á vivir con él y seguirle á dondequiera que traslade su residencia :

2ª. Cesa este derecho cuando su ejecucion acarrea peligro inminente á la vida de la mujer :

3ª. La mujer, por su parte, tiene derecho á que el marido la reciba en su casa.

200. I. El marido como jefe de la familia, designa el domicilio conyugal, y en virtud de la naturaleza misma del matrimonio, los dos consortes deben vivir juntos (1).

(1) " La mujer, " dice el art. 214, " está obligada á vivir con el marido, y á seguirle á dondequiera que él juzgue conveniente residir..... Esta obligacion se deriva de la esencia misma del matrimonio; el cual exige necesariamente la vida conyugal. La comunidad de vida supone una sola y misma habitacion para los dos cónyuges; esa habitacion es la del marido, y la consecuencia más lógica y más legitima de la potestad marital. De ahí el principio declarado por el art. 108 : el domicilio de la mujer es el del marido. La ley comprende así el

Cuando el marido se domicilia en otro Estado, no se extingue tal obligación de la mujer; porque el marido es quien resuelve si le conviene ó no vivir en Chile; y la mujer faltaría á los deberes que la ley y la moral le imponen, si se denegase á trasladar su domicilio al que el marido ha designado.

Cuando se discutió en el Consejo de Estado el art. 2º (2), Sección 1ª, Cap. V., Del Matrimonio, se suprimió la disposición según la cual la mujer no estaba obligada á seguir al marido, á salir él del territorio de la República (3).

domicilio de hecho como el domicilio de derecho. " (Laurent. III. 86.)

(2) " La femme est obligée de demeurer avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

" Si le mari voulait quitter le sol de la république, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé, par le gouvernement, d'une mission à l'étranger exigeant résidence. "

(3) " Discútese el artículo segundo, y aceptase la primera parte.

" M. Réal observa, en cuanto á la segunda, que el proyecto del Código civil decía : " El territorio continental ó colonial de la República. Los tribunales han pedido la supresión de estas palabras, y la comisión convino en ello "

M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely). " Un francés puede ir á las colonias por sus negocios; entonces debe permitirsele obligar á su mujer á seguirle, porque la separación pudiera acarrear dificultades. "

El Primer Cónsul. " La obligación impuesta á la mujer de seguir al marido es general y absoluta. "

M. Emmery. " Esa obligación no debe extenderse, empero, á seguir al marido á otra nación. "

M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely). " El marido, á no dudarlo, no tiene el derecho de naturalizar á la mujer en otro Estado; pero no se le debe obligar á separarse de ella cuando sus negocios le lleven fuera del territorio francés. "

El Primer Cónsul. " La obligación de la mujer no comporta excepción alguna, y la mujer debe seguir al marido cuando él se lo ordene. "

M. Réal. " ¿ Cómo se compelería á la mujer cuando no consiente en seguir al marido á nación extranjera. "

M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) " El marido la hará

201. La obligación de seguir al marido á dondequiera que traslade su residencia se ha de entender racionalmente; pues el marido debe establecerse, y dar á la mujer habitación que corresponda á las facultades y á la posición social de ambos cónyuges.

Luego, si el marido tuviera una vida errante, si propiamente no residiese en ninguna parte, la mujer no estaría obligada á seguirle.

Tampoco lo estaría si el marido, que tiene facultades, no estableciese un hogar separado, y pretendiera que la mujer viva con los padres de él.

Pero si las circunstancias competiesen al marido á vivir á expensas de su familia, y tampoco la mujer tuviese bienes propios, ella debería vivir con el marido aunque éste se hallase subordinado á sus padres (4).

requerir para que le siga, así como lo ha establecido el uso, y si ella persiste en denegarse, se reputará que le ha abandonado."

M. Réal. "Será necesaria una sentencia, y pregunto cómo se ejecutará."

El Primer Cónsul. "Esta discusión atañe al divorcio. Los tribunales han observado que el abandono, en cuanto al divorcio, sería restablecer la causal de incompatibilidad de caracteres."

M. Boulay. "Todas estas dificultades deben ser resueltas por las costumbres y según las circunstancias."

"Suprimese la segunda parte del artículo." (Locré. 395, 32).

(4) "Si la vida conyugal es un deber indispensable, ¿puede á lo menos la mujer diferir el cumplimiento de esa obligación, mientras el marido no tiene habitación cierta y suficientemente amueblada? Conforme al tenor literal del art. 214, el marido debe proveer á la habitación de su consorte y á todas sus necesidades según sus facultades y posición social. Los derechos del marido son correlativos á sus obligaciones, y de ahí se deduce que el marido no tiene derecho á reclamarlos cuando no las cumple. ¿Pero pierde sus derechos cuando carece de facultades para cumplir sus deberes? Es evidente que no, porque no está obligado sino según sus facultades; y si se halla reducido á penuria, la esposa debe asistirle y proveer á sus necesidades. Por regla general se concede la separación de bienes si el marido está en insolvencia, *quando vergit ad inopiam*, y si aun entonces es dueño de su residencia, la mujer debe seguirle, á cualquier lugar donde él resida, y no podría ella excusar su negativa fundándose en que el marido no tiene residencia cierta

202. Cuando la mujer no cumple la obligación de vivir con el marido, y éste ha alcanzado de los tribunales una

ó que la habitación no es capaz ni suficientemente amueblada. El hallará habitación segura cuando pueda gastar; departamento cómodo y buenos muebles, cuando para ello tenga facultades. Si por falta de éstas carece de habitación cómoda en proporción á los bienes de fortuna de la mujer, ella establecerá esa proporción en cualquier lugar á donde el marido juzgue conveniente trasladarse. Si también la mujer carece de recursos, ambos soportarán juntos el peso de su desgraciada situación.

" Pero los tribunales pueden rehusar al marido que tiene bienes de fortuna el empleo de medios coercitivos para obligar á la mujer á vivir con él, si no ofrece á la mujer una habitación conveniente según sus facultades y posición social. El marido debe cumplir sus obligaciones, si exige que la mujer cumpla las suyas. Demandada por el marido, la mujer puede excepcionarse alegando ó que él no tiene hogar ó que las habitaciones que designa no son suficientes, ó que no están provistas de los muebles necesarios; y pueden los jueces, según las circunstancias, ordenando la cohabitación de los cónyuges, declarar que la mujer no estará obligada á vivir con el marido sino cuando él la provea de habitación conveniente y de los medios de satisfacer las necesidades de la vida. Pero el determinar la extensión de la comodidad de las habitaciones y los medios de subsistencia que el marido suministrará á su consorte, es punto muy delicado en que los tribunales deben proceder con suma circunspección. " (Vazeille. II. 296-297.)

" El marido no puede ejercer el derecho de obligar á la mujer á vivir con él, si no cumple la obligación correlativa de recibirla según sus facultades y su posición social.

" Debería pues declararse que la demanda de él no es admisible :

" 1º. Si no tuviese habitación cierta y residencia fija : '*Mulier sequi debet maritum nisi vagabundus sit*' :

" 2º. Si la habitación del marido no es decente, atenta su posición social y la de la mujer :

" 3º. Si aun teniendo él una morada exteriormente confortable, acaeciesen en ella hechos que no puede soportar una mujer digna, como si, por ejemplo, el marido ejerciese algún oficio vergonzoso.....

" 4º. En fin, si el marido no tuviese un domicilio propio é independiente, si hubiese confusión de hogares aunque fuera con los del padre ó madre del marido, ó en caso de que esa comunidad de habitación fuese para la mujer causa de molestias. " (Demolombe. IV. 95.)

sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la cual declara que la mujer debe trasladarse á la residencia del marido, ¿qué medios pudiera emplear el marido para compelerla á que se traslade á su habitación?

Evidente es que en tal caso el marido no estaría obligado á suministrarle ni los alimentos necesarios (5); pues todas las obligaciones y los derechos de los cónyuges en

(5) " ¿El deber de la vida conyugal tiene sanción? Es uno de los puntos más controvertidos en el Código civil. Preséntase con frecuencia en cuanto á la mujer. Si abandona el domicilio conyugal, ¿puede el marido obligarla á volver, y cuáles son los medios coercitivos que puede emplear? La opinión más general consiste en que los tribunales ejercen en esta materia atribuciones discrecionales. Hay fallos que fundan esa pretensa facultad en el silencio de la ley. El Código declara un deber ó mejor dicho una obligación civil; nada dice de la sanción de ese deber, ¿dedúcese de ahí que se refiere á los tribunales? Ese razonamiento nos parece muy poco jurídico. Es un principio que los jueces no ejercen atribuciones discrecionales en cuanto concierne á la ejecución de las obligaciones legales ó convencionales: el Código de enjuiciamientos determina los medios, y el juez no puede prescribir otros....

" La única sanción jurídica de que se trató en el Consejo de Estado, es la que hizo presente el Primer Cónsul. Si la mujer abandona el domicilio conyugal, es cierto que el marido no le debe alimentos, porque en ese domicilio es donde debe recibirlos. Pero esta sanción no basta. Si la mujer no exige alimentos, el marido no se los rehusa. Si la mujer se casa según el régimen de la separación de bienes ó el dotal, ella es la que dispone de sus rentas. En ese caso no tiene necesidad de alimentos, y por consecuencia la obligación de cohabitar con el marido no tiene sanción. ¿No habrá otra?

" ¿Puede el marido embargar las rentas de la mujer, y exigir que se le entreguen los bienes de ella? Eso supone que los cónyuges se han casado según el régimen de la separación de bienes ó el dotal. La mujer, según ellos, goza de sus bienes. Hay una hipótesis en que el marido tiene un derecho incontestable de embargar los bienes de la mujer, y ella consiste en que la mujer no entrega al marido la porción de las rentas con que debe contribuir para las cargas del matrimonio. La Corte de París ha resuelto que la mujer que ha obtenido la separación de bienes, y que debe soportar, proporcionalmente á sus facultades y á las del marido, los gastos de la familia, debe entregar al marido una parte de las rentas hasta que vuelva al domicilio conyugal. " (Laurent. III. 89-91.)

cuanto á las personas mismas son correlativos. Si el marido debe suministrar á la mujer lo necesario según sus facultades, ella debe vivir con el marido como consecuencia necesaria del matrimonio.

También es evidente que si la mujer se separase del marido, no tuviera derecho para vivir con los hijos varones menores de cinco años ni con las hijas; porque ese derecho no se concede á la mujer sino en caso que la separación hubiere sido autorizada por juez competente.

203. Los más notables expositores del Código de Napoleón discuerdan, al comentar el art. 214, sobre si el juez pudiera emplear la fuerza pública para obligar á la mujer á trasladarse á la residencia del marido (6).

(6) " Demolombe enumera los medios de que el marido puede valerse para obligar á la mujer á que vuelva al domicilio conyugal, y añade : " Queda todavía otro medio : el empleo de la fuerza pública, *manu militari*. "

" Se ha pretendido que este expediente sería ilegal, ineficaz y escandaloso; ilegal, porque según el art. 2063 (a) la fuerza pública no puede ordenarse sino en los casos determinados por una ley expresa; y ninguna ley la autoriza en el caso de que tratamos. Sería ineficaz, porque después de emplear la fuerza para conducir á la mujer al domicilio del marido, consumándose un atentado contra la libertad individual, á nada conduciría ello, si no se la encerrase en ese domicilio; lo cual sería una prisión evidentemente imposible. En fin, fuera escandaloso que los gendarmes condujeran violentamente á la mujer á la casa conyugal. Semejante proceder pugnaria con las costumbres modernas y no surtiría otro efecto que aumentar las rencillas entre los dos cónyuges.

" Me parece que estas observaciones no son fundadas.

" El empleo de la fuerza no es en este caso ilegal, porque no se trata de la prisión propiamente dicha, que priva de su libertad al deudor encarcelado. Nuestra hipótesis es muy diversa; el empleo momentáneo de la fuerza pública no conduce sino á la

(a) Hors les cas déterminés par les articles précédents, ou qui pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tous Français de consentir pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étranger; le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts.

Parécenos más razonable la opinión según la cual el empleo de la fuerza, sobre estar en pugna con el respeto á

ejecución de una orden legítima y regular de la justicia.... Se replica que la mujer abandonará inmediatamente el domicilio del marido, á no encerrarla, y que tal medida no puede ser eficaz sino convirtiéndose en ilegal. Creo, al contrario, que el emplear la fuerza surtiría algunas veces, y acaso con frecuencia, saludables efectos. Más de una mujer volvería ella misma al domicilio conyugal en vez de ser conducida por una escolta de gendarmes. Basta la amenaza de emplear la fuerza pública para la intimidación, y para una prevención que no pudiera ser desatendida. Y á suponerse que fuera necesaria la ejecución, niego que siempre sea cierto que la mujer, una vez conducida al domicilio conyugal, se apresurara á evadirse. ¿Quién no sabe cuán frívolas son con frecuencia las causas de las rencillas domésticas, y que influencias extrañas y malos consejos pueden influir en el proceder de la esposa. ? Tal vez un disgusto momentáneo, un resentimiento accidental han determinado su partida; pero quiere volver y acaso no se atreve. Por pertinacia, amor propio ó mal entendida vergüenza, la mujer se queda fuera del domicilio sin que tenga contra el marido ninguna queja fundada. No exageremos el pretense escándalo; muy bien puede suceder que nadie, ni aun el vecindario, conozca que los agentes de la fuerza pública llevan á la mujer al domicilio conyugal. "

" De la regla que la mujer debe obedecer al marido se deduce que está obligada á vivir con él y seguirle á dondequiera que juzgue conveniente residir, aun á nación extranjera. El marido puede denegar á la mujer que no cumple esta obligación todo socorro pecuniario en la renta de sus bienes personales y sus bienes comunes, y aun en las rentas de los bienes propios de ella cuya administración y goce le pertenezcan. Si esos medios son insuficientes para vencer la resistencia, y la mujer misma percibe todas sus rentas ó parte de ellas, pueden los tribunales, condenándola á volver al domicilio conyugal, permitir al marido obligarla, bien embargándole las rentas, bien empleando la fuerza pública. Los tribunales deben ordenar el empleo de la fuerza cuando sean requeridos, á falta de otros medios de ejecución, ó cuando los que han empleado son ineficaces. " (Zachariae. A. R. V. § 471.)

" La jurisprudencia y la teoría admiten que el juez puede autorizar al marido para que empleándose la fuerza pública compela á la mujer á restituírse al domicilio conyugal. Alégase el principio que permite el empleo de la fuerza para la consecución de todo derecho garantizado por la ley. El deber de la mujer de cohabitar con el marido no sólo es un deber moral sino una obligación civil; de ahí nace un derecho para el marido; de ese

los derechos esencialmente personales, garantizados por leyes modernas, sería de todo punto nugatorio; porque

derecho se origina acción contra la mujer; luego el juez debe ordenar, á petición del marido, que la mujer vuelva al domicilio conyugal. ¿Qué sería de la eficacia de las leyes, del respeto á las sentencias de los tribunales, si la mujer pudiese burlarse del legislador y del juez? Leyéndose estos fallos, se recuerdan las palabras de Napoleón en el Consejo de Estado: ' No sabéis en qué consiste el matrimonio '. Sin duda el deber de cohabitar es un deber civil; pero ¿dedúcese de ahí que esa obligación ha de cumplirse por medio de la fuerza pública? Veamos los resultados. Los gendarmes conducen á la mujer á la casa conyugal. Ahí no encerrarían á la mujer, pues hubieran atentado contra la libertad individual. Tampoco el marido pudiera guardarla bajo llave. Luego, en el instante mismo en que cese la fuerza, la mujer puede salir del domicilio conyugal. ¿Se emplearía de nuevo la fuerza? ¿Estuvieran los gendarmes permanentemente ocupados en conducir al domicilio conyugal á la mujer pertinaz? ¿Restabléciese de esa manera la vida conyugal? Confesémoslo; la acción de los gendarmes carece absolutamente de eficacia. No hay fuerza en el mundo que pueda compeler á la esposa á vivir con el marido.

" Los autores están discordes. Algunos, y de los mejores, enseñan que puede emplearse la fuerza. Los argumentos de Zachariae, aceptados por Marcadé, bastarían para que se rechace una teoría tan mal defendida. ' El marido ', dice el jurisconsulto alemán, ' tiene un derecho cuyo objeto es la persona de la mujer: donde está el derecho real, lo reivindico '. Zachariae olvida que si la mujer es cosa, por lo menos es cosa mueble, y que las cosas muebles no se reivindicán. Marcadé da otro sesgo á ese argumento brutal. En el matrimonio la mujer me ha prometido la persona misma; ¿por qué no podría exigir yo por los medios legales la posesión de esa persona? ¿Por qué, añaddiremos, no hay gendarmes en la cámara nupcial? " (Laurent. III. 93.)

" ¿Puede el marido acudir á la fuerza pública para compeler á la mujer á restituirse al domicilio conyugal? Así lo han resuelto algunos tribunales y especialmente el de París. No puedo aceptar esa opinión. Se confiesa que se trata del cumplimiento de una obligación. Ahora bien, el juez no puede emplear la fuerza para el cumplimiento de las obligaciones sino en los casos especialmente designados por la ley. ¿Y dónde está la disposición que faculte para emplear la fuerza pública contra la mujer y obligarla á cohabitar con el marido? Por otra parte, ¿cuál es en los casos ordinarios el empleo de la fuerza? Encarcelar al deudor hasta que pague la deuda ó cumpla la obligación. ¿Puede

tan luego como sea compelida la mujer á trasladarse á la habitación del esposo, puede salir de ella. Ninguna ley, por bárbara que sea, autorizaría al juez para encerrar á la mujer en casa del marido, ó para poner en ésta guardias que impidiesen la evasión.

El respeto á los derechos individuales ha abolido la prisión por deudas en casi todas las naciones civilizadas; y los medios coercitivos para obligar á la mujer á vivir con el marido serían más odiosos y vejatorios que la prisión de los deudores.

Si la mujer persiste en abandonar el domicilio conyugal, el marido pudiera solicitar la separación de las personas, llamada por el Derecho canónico divorcio *quoad thorum*; lo cual acarrea á la mujer consecuencias tan onerosas, que serían sanción suficiente de la ley que obliga á la mujer á vivir con el marido.

204. II. La regla segunda es obra del talento eminentemente ecléctico de Don Andrés Bello.

Hallándose en pugna dos obligaciones: la de habitar la mujer con el marido, y la de la propia conservación, ésta es la que prevalece (7).

efectuarse tal cosa tratándose de la mujer? La obligación que á ésta se impone se prolonga durante el matrimonio. Cuando el marido compela á la mujer á restituirse al domicilio conyugal, ¿la tendrá encerrada? Opónese el orden público á que se le conceda tal derecho. La mujer podrá, pues, abandonar inmediatamente la casa conyugal, y el efecto de la fuerza sería absolutamente nugatorio." (Delvincourt. I. p. 331 (4).)

(7) " Aunque no fuera razonable la determinación del marido de establecerse en cualquier lugar, y aun en nación extranjera, la mujer no pudiera emplear, para disuadirle, sino consejos y súplicas; no pudiera acudir al juez para exigir que el marido manifieste las causales ni para justificar la resistencia personal.

" Pero si la mujer dice que el clima del paraje donde el marido quiere residir no le conviene á la salud; que está ya enferma, y que el viaje puede hacerle mal; no sería escuchada, decía Pothier, aunque reinasen enfermedades contagiosas en el lugar donde el marido va á establecerse. Tal es, en mi concepto, la regla general; conviene aplicarla, y desconfiarse de las razones, de los pretextos que la mujer alega para eludir esa obligación la más esencial del matrimonio.

" Pero no se puede afirmar que esta regla sea absoluta y que

El peligro debe ser inminente, esto es, que no pueda evitarse ni tomándose precauciones, y que haya suma probabilidad de que si la mujer continúa habitando con el marido, ó se traslada al nuevo domicilio, pueda perder la salud ó morir.

No es necesario que el clima del lugar donde el marido tiene su domicilio sea por sí mismo mortífero; basta que, atento el estado de la salud de la mujer ó su constitución física, haya peligro de que el habitar en el domicilio del marido le ocasione grave daño.

Comprendido el significado de la regla, la controversia consistiría en hechos.

El dictamen de facultativos sería en este caso decisivo.

205. III. Hemos visto que las obligaciones de los cónyuges son mutuas. Si el marido ejerce el derecho de compeler á su consorte á vivir con él, tiene la obligación de recibirla en su casa.

También hemos visto que el marido no la cumple si la habitación no corresponde á las facultades de los cónyuges. Ni en burlas pudiera sostenerse que el marido recibe á la mujer en su casa, si la habitación de ella no es decente, y si la mujer no recibe el trato que le corresponde como á señora de la familia.

Los medios que podrían emplearse para compeler al marido á recibir en su casa á la consorte, serían análogos á los que se determinan cuando se trata de obligar á la mujer á vivir con el marido. Si se deniega éste á recibir en su casa á la mujer, ella tiene derecho para exigirle alimentos congruos, tanto para sí como para los hijos varones menores de cinco años, y para las hijas de cualquier edad.

no comporte excepciones. Si, en efecto, se probase que la salud de la mujer no le permite, sin peligro, ó sin graves dolencias, seguir al marido; si el marido se propusiese ir á tierras remotas á buscar fortuna; si, en fin, todas las pruebas justificasen la resistencia de la mujer fundada en el mal estado de la salud, juzgo que el juez podría exonerarla de emprender un viaje superior á sus fuerzas, y que podría poner en peligro su existencia. Ante todo el marido debe protección á la mujer. " (Demolombe. IV. 93.)

Art. 134. El marido debe suministrar a la mujer lo necesario segun sus facultades, i la mujer tendrá igual obligacion respecto del marido, si éste careciere de bienes (*).

REFERENCIAS.

El artículo 321. 324. 329-333.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 151.

C. E. 128.

C. de N. 214 (Véanse las *Concordancias* del art. 133).

C. Arg. 185 (Véanse las mismas *Concordancias*).

C. P. 177. El marido está obligado a tener en su casa a la mujer y a suministrarle todo lo preciso para las necesidades de la vida, segun sus facultades y situacion.

C. M. 191. El marido debe dar alimentos á la mujer, aunque ésta no haya llevado bienes al matrimonio.

193. La mujer que tiene bienes propios, debe dar alimentos al marido cuando éste carece de aquéllos y está impedido de trabajar.

194. Lo dispuesto en el artículo anterior se observará aun cuando el marido no administre los bienes del matrimonio.

C. A. 91. (Véanse las *Concordancias* del art. 131).

COMENTARIO.

206. Acabamos de ver (195) que una de las principales obligaciones de los cónyuges es la de suministrarse mutuamente la congrua subsistencia.

Si ambos viven juntos, el marido la suministra en el hogar doméstico, y sólo á no proveer de lo suficiente segun la posición social de la familia, pudiera la mujer acudir al juez para que, atentas las circunstancias, deter-

(*) Dalloz.—Mariage 638. 668. 669.—Laurent. III. 52. 54-57.—Demolombe. IV. 84. 94.—Zachariae. (M. V.) I. § 132.—Zachariae. (A. R.) I. § 470.—Huc. II. 231. 232.—Fiore. II. 601.

mine la suma de dinero que ha de invertirse (1). Si la mujer está separada de bienes, ambos cónyuges deben proveer á prorrata de sus facultades á los gastos de la familia.

207. Si de común acuerdo los cónyuges viven separados, ó si por lo menos el marido tolera que la mujer establezca otra habitación, la mujer tiene derecho para exigirle alimentos congruos (2). Pero el marido puede en cualquier

(1) " El art. 212 dice que los cónyuges están obligados á socorrerse y auxiliarse mutuamente, y el art. 214 añade que el marido debe suministrar á la mujer todo lo necesario para los menesteres de la vida, según sus facultades y su estado. De ahí resulta la obligación impuesta á los cónyuges sobre los alimentos. Regularmente el marido es quien los suministra; la mujer, recibéndolos como acreedora, contribuye conforme á lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales. Pero si el marido no tuviere facultades para cumplir esa obligación, la mujer deberá soportar la carga con sus bienes propios; pues, en virtud del art. 212, es reciproca la obligación.

" Decimos que los cónyuges se deben mutuamente alimentos. El Código no emplea esa expresión hablando de los deberes de los cónyuges, y parece que de propósito la omite. En general los alimentos se proveen mediante una pensión. Ahora bien, entre cónyuges no puede tratarse de pensión alimentaria, pues la vida conyugal es el primero de sus deberes. La mujer, dice el art. 214, está obligada á vivir con el marido; en el domicilio conyugal es donde la mujer recibe la subsistencia. Si las facultades del marido no le permiten proveer á la subsistencia de la familia, si la mujer debe contribuir, también durante la vida conyugal contribuirá al mantenimiento de toda la familia. Siguese, pues, que entre cónyuges no se concede pensión alimentaria. " (Laurent, III, 52.)

(2) " En el domicilio, ó más bien en la habitación misma del marido, es donde la mujer puede exigir los alimentos que se le deben; y los terceros que se los provean en otra parte, no tendrán acción contra el marido.

" Tal es la regla general; pero recibirá excepciones :

" 1º Si el marido mismo hubiere consentido en que la mujer obtenga alimentos fuera de la casa conyugal; y entonces se tomaría en consideración el monto de las expensas y la circunstancia de que el marido administra los bienes de la mujer :

" 2º Si la mujer, prescindiéndose del consentimiento ó tolerancia del marido que la dejase vivir separada, tuviese fundados motivos para no volver á la casa conyugal. " (Demolombe, IV, 91.)

" Si en vez de una separación judicial, los cónyuges se han

tiempo exigir que la mujer vuelva al domicilio conyugal, y, á denegarse ella, el juez no podría concederle alimentos.

Volveremos á esta materia al comentar el respectivo Título.

Art. 135. Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, i toma el marido la administracion de los de la mujer, segun las reglas que se espondran en el título De la sociedad conyugal.

Los que se hayan casado en pais extranjero i pasaren a domiciliarse en Chile, se miraran como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes (*).

separado de hecho, teóricamente puede sostenerse que la acción de alimentos es inadmisibile; que los tribunales no pueden sancionar una situación que la ley no reconoce; que el reclamante sólo puede pedir, bien el restablecimiento de la vida conyugal, bien el divorcio ó la separación de personas.

“ Pero debe notarse que en la teoría de la ley no se comprende el compeler á los cónyuges á pedir el divorcio ó tal separación. La ley tolera las situaciones que permiten la reconciliación. En fin, cuando entre cónyuges separados de hecho se permite la acción por alimentos, no se sanciona una situación que la ley no reconoce.

“ En efecto, tal acción no seria aceptada al cónyuge necesitado, sino cuando conviniese al mismo tiempo en continuar la vida conyugal; de manera que los alimentos se deberían sólo en caso que el cónyuge demandado la rehusase sin motivo plausible, y no se deberían en el caso contrario. En fin, la promesa del marido condenado á recibir convenientemente á su mujer en el domicilio conyugal, surtiría el efecto de que la pensión cesara desde el día de la promesa. ” (Huc. II. 232.)

(*) Locré. XIII. 127 art. 7.-146. 2. 3-275. 7-324. 5-7.—Savigny. VIII. § 379. 396.—Troplong. Du contrat de mariage. I. 18-31.—Pothier. Communauté. I. 2. 8-14.—Dalloz. Contrat de mariage. 192-213.—Laurent. XXI. 2. 198-205.—Laurent. (D. C. I.). V. 183-240.—Zachariae. (A. R.). V. § 501. 504 bis.—Demolombe. I. 87.—Colmet de Santerre. VI. 10-10 bis.—Huc. II. 2. 16-19.—Otier. I. 25-36.—Toullier. XII. 1-4. 10. 11. 87-97.—Chabot. Communauté

REFERENCIAS.

- Matrimonio. 102.
 Sociedad de bienes. 1718.
 Según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal. 1749-1757.
 Domiciliarse. 59-62.
 Separados de bienes. 159. 163.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 152.....

Las reglas de esta administracion son las mismas aunque la mujer renuncie los gananciales.

C. E. 129.....

Los que se hayan casado en nación extranjera y pasaren á domiciliarse en el Ecuador, se mirarán como separados de bienes siempre que, en conformidad á las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes.

C. Arg. 160. Los derechos y los deberes de los cónyuges son regidos por las leyes del domicilio matrimonial, mientras permanezcan en él. Si mudasen de domicilio, sus derechos y deberes personales serán regidos por las leyes del nuevo domicilio.

161. El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera que sean las leyes del domicilio matrimonial, ó del nuevo domicilio en que los esposos se hallaren.

162. No habiendo convenciones nupciales, ni cambio del domicilio matrimonial, la ley del lugar donde el matrimonio se celebró, rige los bienes muebles de los esposos, donde quiera que se encuentren, ó donde quiera que hayan sido adquiridos. Los bienes raíces son regidos por la ley del lugar en que estén situados.

163. Si hubiese cambio de domicilio, los bienes adquiridos por los esposos ántes de mudarlo, son regidos por las leyes del primero. Los que hubiesen adquirido despues del cambio, son regidos por las leyes del nuevo domicilio.

conjugale. I.—Despagnet. 257. 324-328.—Rolin. II. 1075-1079.—Fiore. II. 605. 630-638.—Brocher. II. 183.—Gibbon. III. XLIV. p. 201.—Foelix. I. 90-91.—Story. 145-159.—Wharton. 188-192.—Kelly. p. 100-114.

186. Si no hubiese contrato nupcial, el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, incluso los de la mujer, tanto de los que llevó al matrimonio como de los que adquirió después por título propio.

P. de G. 60. El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio.....

C. C. 180. Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el Título 22, Libro 4º. De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal.

C. Esp. 1325. Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera ó extranjero y española, y nada declarasen ó estipulasen los contratantes relativamente á sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen del derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles.

P. IV. XI. 24. Contece muchas vegadas, que quando casan el marido, e la mujer, que ponen pleyto entre si, que quando muriere el uno, que herede el otro la donacion, o el arra que da el uno al otro por el casamiento; o fazen su auenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno. E despues que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, en que vsan costumbre contraria de aquel pleyto, o de aquella auenencia que ellos pusieron. E porque podria acaescer dubda, quando muriesse alguno dellos, si deue ser guardado el pleyto que pusieron entre si, ante que cassassen, o quando se casaron, o la costumbre de aquella tierra do se mudaron, porende lo queremos departir. E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron, ante que casassen, o quando casaron; e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuessen a morar. Esso mismo seria, maguer ellos non pusiessen pleyto entre si : ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes, e en las arras, e en las ganancias que fizieron; e non la de aquel lugar do se cambiaron.

COMENTARIO.

208. El art. 135 modifica esencialmente el sistema del Código de Napoleón en dos puntos de suma importancia :

1° Cuenta entre las obligaciones y derechos de los cónyuges el establecimiento de la sociedad conyugal ; y

2° Declara que ésta se contrae siempre por el ministerio de la ley aun contra la voluntad de los esposos.

209. I. El Código de Napoleón no encierra disposición alguna sobre la sociedad conyugal en el título de los mutuos derechos y deberes de los cónyuges; pues dejándoles la más amplia libertad para estipular, en las capitulaciones matrimoniales, todo cuanto concierne á los bienes, no da reglas sobre esto sino en el título del contrato de matrimonio. Al paso que el Código chileno establece la sociedad conyugal por el ministerio de la ley ; por eso la enumera entre los derechos y deberes que nacen inmediatamente del matrimonio.

210. Ignoramos por qué Don Andrés Bello no concede á los esposos amplia libertad para estipular en las capitulaciones matrimoniales, todo cuanto concierne á sus bienes ; libertad garantizada así por el Derecho romano (1)

(1) “ Después de las guerras púnicas las matronas de Roma aspiraron á los comunes beneficios de una república libre y opulenta; accedió á sus deseos la indulgencia de los padres y esposos, y no pudo resistir á su ambición la gravedad de Catón el Censor. Rehusaban las solemnidades de las antiguas nupcias, eludían la prescripción anual por la ausencia de tres días, y sin perder su nombre ó su independiencia, suscribían los liberales y precisos pactos de las capitulaciones matrimoniales. Concedían el usufructo de sus bienes y aseguraban la propiedad; los predios de la mujer no podían enajenarse ni hipotecarse por un marido pródigo; prohibiéronse las mutuas donaciones de los cónyuges, y la mala conducta de cualquiera de las partes podía acarrear, en lo sucesivo, con otro nombre, una acción de hurto; para estas capitulaciones, los ritos civiles y religiosos no fueron ya esenciales; y entre personas de una misma posición social, la notoria comunidad de vida se consideró como suficiente prueba de las nupcias.

como por el art. 1387 del Código de Napoleón (2).
En materia de contratos es un principio inconcuso que

La dignidad del matrimonio fué restaurada por los cristianos, que derivaban todas las gracias espirituales de las oraciones de los fieles y de la bendición del obispo ú otro sacerdote. El origen, validez y deberes del sacramento fueron reglamentados por la tradición de la sinagoga, los preceptos del Evangelio y los cánones de los concilios provinciales ó generales; y la conciencia de los cristianos estuvo sujeta por los decretos y censuras de los jefes eclesiásticos. Los magistrados de Justiniano no estuvieron, empero, sujetos á la autoridad de la Iglesia; el emperador consultaba á los jurisconsultos de la antigüedad, y la elección de las leyes del matrimonio en el Código y en las Pandectas se efectuó según las razones terrenales de justicia política y natural libertad de los dos sexos." (Gibbon. III. XLIII. 201.)

(2) " Pueden los esposos no sólo someter la sociedad al régimen dotal ó al de la comunidad, sino también modificarlos como lo estimen conveniente. Pueden excluir expresamente toda sociedad de bienes entre sí, y separar sus bienes y sus intereses pecuniarios. En vez de investigar si es permitida tal ó cual estipulación en las capitulaciones matrimoniales, debe preguntarse si es prohibida. Principalmente en esta materia es menester aplicar en toda su extensión el gran principio de que la ley permite todo lo que no prohíbe. Así, hay plenísima libertad en las capitulaciones matrimoniales. Nada ordena la ley, ni prohíbe sino lo que contraviene al orden público y á las buenas costumbres.

" La ley, "dice el art. 1387", "no rige la sociedad conyugal, sino á falta de estipulaciones especiales que los esposos pueden hacer como lo estimen conveniente, siempre que no sean contrarias á las buenas costumbres y con las modificaciones que siguen.....

" Este artículo encierra tres disposiciones :

" La primera consiste en que la ley no impone á la sociedad conyugal, en cuanto á los bienes, ningún precepto contrario á la voluntad de los esposos.

" La segunda, que es consecuencia de la primera, que pueden estipular en las capitulaciones matrimoniales todo cuanto estimen conveniente.

" La tercera modifica las dos precedentes.

" La primera disposición concerniente á la libertad de las capitulaciones matrimoniales en cuanto á los bienes, es dictada por la razón. Debe facilitarse el matrimonio, fuente de las familias que forman y perpetúan el Estado. Ahora bien, el hombre, independiente por naturaleza, huye de la sujeción : el menor obstáculo á que durante el matrimonio disponga de sus bienes presentes y futuros; la obligación de trabajar para dividir el fruto

las partes son absolutamente libres para estipular todo cuanto conceptúen conveniente á sus intereses. Los derechos y las obligaciones no nacen entonces sino de la voluntad de los contratantes; la cual ne debe tener otro límite que el derecho público de la nación, bien prescriba éste ciertos requisitos concernientes á la esencia ó á la forma de los contratos, bien prohíba los pactos contrarios á la moral y á las buenas costumbres. En otros términos, las leyes sobre los contratos son meramente supletorias; pues se limitan á declarar la obscuridad ó á completarlo omitido.

Ahora pues, si los esposos son capaces ¿por qué no pudieran convenir en que cada uno de ellos conserve el dominio y la administración de sus bienes, sin que ninguno de los dos impida la libre disposición de los bienes del otro, y sin que participe de las utilidades provenientes de la respectiva administración? ¿Por qué en el contrato de matrimonio, que debe ser libre por excelencia, se constituye el legislador en representante de los esposos?

Cierto, certísimo que viviendo siempre juntos los cónyuges, nada más natural que sus bienes se confundan y que los frutos sean comunes. Pero la consecuencia que de ahí deducen la lógica y el derecho consiste en que á falta de capitulaciones matrimoniales, presume el legislador que los esposos han convenido en formar sociedad conyugal (3).

de su industria y de sus fatigas con los herederos de su consorte, podría bastar para disuadir del matrimonio á cualquier individuo, y huya de él como de la esclavitud. La libertad de las capitulaciones matrimoniales se funda, pues, en un interés de orden público.

"Sin obstar á esa libertad, se ha juzgado útil para los ciudadanos trazarles separadamente las reglas que se adaptan mejor al régimen de la sociedad conyugal y á los del régimen dotal. Son consejos que la sabiduría de los legisladores dan á todos los ciudadanos á quienes evitan acudir á un consejo extraño. Si quieren alterar esas reglas, basta expresar las respectivas modificaciones." (Toullier. XII. 10. 11.)

(3) "M. Tronchet dice que es imposible que no haya un derecho común que, á falta de capitulaciones matrimoniales, supla el silencio de los esposos, y decida si hay entre ellos sociedad conyugal de gananciales.....

"El matrimonio es la unión de dos personas que se asocian

Mas ¿por qué fomarla contra la voluntad de ambos? La sociedad conyugal necesaria es, á nuestro ver, uno de los gravísimos defectos del Código chileno.

tan intimamente cuanto es posible para su reciproca felicidad. Tal unión debe conducirlos á confundir sus intereses; la sociedad de bienes es consecuencia de la sociedad de las personas. El uso contrario se ha originado de los principios, no conformes á la naturaleza, que entre los romanos daban el jefe de la familia un imperio despótico sobre la mujer y los hijos. Esas leyes no han sido recibidas por nuestras costumbres: en Francia los cónyuges no son sino socios." (Locré. XIII. 150. 3.)

"La sociedad conyugal es la que forman un varón y una mujer cuando se casan.

"Tal sociedad se funda en la naturaleza misma del matrimonio; pues siendo éste *virí et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens*, esa convención entre el hombre y la mujer, que el matrimonio encierra, de vivir juntos siempre, conduce á la presunción de hacer comunes sus muebles, frutos, rentas, economías y trabajo" (Pothier, De la Communauté. 1. 2.)

"La prueba más palmaria de la solicitud con que mira el legislador el contrato de matrimonio, es el no haber permitido que los esposos se casen sin capitulaciones expresas ó tácitas y legales, que reglen sus intereses.

"El orden público halla tantas ventajas en el acuerdo de los esposos sobre las bases civiles de la sociedad conyugal, que la ley interviene para suplir el silencio de los que no las han estipulado. Hay un régimen legal para los esposos que se casan sin capitulaciones; presúmese de derecho que se han sometido á él en el acto del matrimonio; este es uno de los casos necesarios, en que conviene que el legislador, penetrando en el santuario de la voluntad, interprete la intención de los que callan, y declare lo que han pensado, lo que han querido y lo que hubieren expresado, si hubiesen hecho constar sus capitulaciones matrimoniales." (Troplong. Contrat de Mariage. 1. 18.)

"El contrato de matrimonio, propiamente dicho, consiste en las capitulaciones matrimoniales..... ¿Por qué las hay necesariamente entre cónyuges, expresas ó tácitas? La ley les impone deberes que nacen del matrimonio: están obligados á la subsistencia y educación de los hijos; el marido tiene que suministrar á la mujer todo cuanto sea suficiente para las necesidades de la vida, según sus facultades y posición social. Luego, hay obligaciones de ambos cónyuges: ¿cómo las cumplen? ¿en qué proporción contribuyen el marido y la mujer? Es necesario estipular sobre todo esto en las capitulaciones matrimoniales. El marido

Al comentar el título de la sociedad conyugal determinaremos las modificaciones de que son susceptibles las reglas generales que la rigen.

211. Si bien el Código chileno establece necesariamente la sociedad conyugal por el ministerio de la ley, no obsta ello á que las capitulaciones matrimoniales sean presuntas; pues la ley debe suponer que si los esposos se han unido para siempre, han convenido en la sociedad conyugal, cuyas bases esenciales consisten en que el marido administre tanto los bienes sociales como los de la mujer, en que los frutos de los bienes se destinen á proveer á las necesidades de la familia, en que todo cuanto adquieren, ya los cónyuges (á título oneroso), ya la sociedad conyugal, pertenezca á la misma, y en que, disuelta, todos los gananciales se dividan, por mitad, entre los dos cónyuges ó sus herederos.

debe subvenir á las necesidades de la mujer; ¿significa esto que ella no contribuye? Regularmente la mujer aporta al marido una dote para ayudarle á soportar las cargas del matrimonio; es preciso que los dos esposos determinen qué bienes son dotedales y qué derechos se conceden al marido sobre esos bienes: ¿tiene él su administración y goce, ó la mujer los administra y usufructúa? ¿Los cónyuges aportan la propiedad de sus bienes ó cada uno conserva la de los suyos? ¿Cómo se reglan los bienes adquiridos durante el matrimonio: son comunes ó pertenecen al marido? Absolutamente necesaria una regla, esto es, capitulaciones matrimoniales que determinen los derechos y deberes de los cónyuges en cuanto á los bienes." (Laurent. XXI. 2.)

"Dejando á los ciudadanos la libertad de derogar sus disposiciones, la ley presume que se han conformado á ellas cuando no han manifestado voluntad contraria: *Velle videtur qui non impedit quod impedire potest*. Es una consecuencia lógica de los principios del Código, que dice á todos los franceses: tenéis plena libertad para reglar la sociedad conyugal, en cuanto á los bienes, de la manera que os plazca. Á este respecto, nada os mando ni prohibo, sino lo que es contrario al orden público y á las buenas costumbres. Pero, si no determináis expresamente las reglas de esta importante sociedad, y si guardáis silencio, deduciré tanto en vuestro propio interés como en el de vuestra familia y aun en el del público, que habéis aceptado el régimen de la comunidad sin modificación, y tal como os lo presenta el Código" (Toullier. XII. 87.)

Porque, efectivamente, si no aceptásemos las capitulaciones matrimoniales presuntas, sería difícil explicar cómo las leyes que, concernientes á la sociedad conyugal, rigen á los esposos domiciliados en Chile, deban surtir efecto extraterritorial y comprender todos los bienes de los cónyuges sea cual fuere el lugar donde estén situados (4).

(4) " Cuando los esposos no han extendido capitulaciones matrimoniales, la ley rige la sociedad conyugal; presúmese que los esposos aceptan el régimen de la comunidad de bienes, régimen de derecho común, nacido del uso y de una práctica inmemorial de la comunidad tácita, régimen que prevalece sobre todos los otros por la preferencia del legislador. Pero esa ley que interpreta la intención de vivir en sociedad conyugal no impera sino en Francia; no siempre la aceptan los Estados donde son más frecuentes las relaciones comerciales de los franceses. ¿Qué sucederá, pues, si el matrimonio se efectúa en nación extranjera, esto es, en un territorio en donde no impera la ley francesa? ¿Se aplicara la ley francesa al contrato no celebrado en Francia?

" No, si la ley impera sólo como ley; pues su jurisdicción territorial expira en los límites de Francia. Pero si se acepta que la ley rige entonces, *non per modum legis, sed tanquam pars contractus ut contrahentibus volita, inducta et disposita*, se comprende muy bien que la intención de los franceses que, casándose en territorio extranjero, quieren volver á Francia; se interpreta á favor de la sociedad conyugal como si se hubiesen casado en Francia. Todo induce á juzgar que se acepta el régimen legal francés: la preferencia nacional, y, si se quiere, las preocupaciones de nacimiento y de costumbres, la adhesión á las costumbres de la patria..... La intención presunta, tan natural y arraigada, esa intención presunta demostrada por Dumoulin y admitida en la jurisprudencia francesa, combate todas las objeciones y disipa las dudas. No es la jurisdicción territorial de la ley, sino la eficacia de las estipulaciones tácitas la que forma la ley de los contratantes. " (Troplong. Contrat de mariage. I. 33.)

" Los esposos pueden haber estipulado sobre sus intereses pecuniarios ó no haber extendido capitulaciones matrimoniales. En el primer caso no se investiga cuál es la ley aplicable sino para suplir el silencio de las capitulaciones matrimoniales ó para interpretar las cláusulas obscuras; en el segundo, se trata de saber qué ley determina el régimen de derecho común según el cual se ha celebrado el matrimonio. Los dos problemas, á decir verdad, son idénticos; pues ambos se reducen á investigar la intención de las partes. En efecto, el régimen de dere-

212. II. Los que se hayan casado en nación extranjera y pasaren á domiciliarse en Chile, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad á las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad de bienes.

Aunque no es clara la redacción del inciso, de los principios asentados por el mismo Código se deduce que se habla sólo del matrimonio de los extranjeros.

Cuando dos chilenos se casan en otra nación y regresan á Chile, es aplicable el inciso primero de este mismo artículo. La ley concerniente al contrato presunto de sociedad conyugal se extiende á todos los chilenos domiciliados en Chile, y sólo cuando los chilenos se casan y domicilian en otro Estado, podrán formar la sociedad conyugal según las leyes que en él rigen.

213. En cuanto á los extranjeros, el Código chileno reconoce la eficacia é inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales celebradas en otro Estado.

Si los cónyuges han otorgado capitulaciones matrimoniales, y la ley que las rige los autorizaba para estipular todo cuanto estimasen conveniente, las capitulaciones son la regla de los extranjeros que pasan á domiciliarse en Chile. De suerte que la ley extranjera es la que determina los derechos y las obligaciones de los cónyuges en cuanto á los bienes, ya hubiesen estipulado separación de éstos, ya sociedad conyugal.

Esa ley por lo general es la que regía en la patria del marido (5), pero las circunstancias pueden hacer presumir

cho común debe considerarse como presuntivamente aceptado por los esposos; pues el legislador lo establece sólo para suplir la falta de capitulaciones matrimoniales, é interpretando la voluntad probable de los cónyuges. Tal es el carácter generalmente atribuido al régimen de derecho común en nuestro Código civil; mas, según algunos autores, ese régimen debe mirarse como un efecto directo de la ley y como consecuencia de una de sus disposiciones imperativas "..... (Despagnet. 324.)

(5) " Si los esposos determinaron la ley cuyas disposiciones aceptan, debe cumplirse lo estipulado. En caso contrario, se investigará su intención en cuanto á la ley que debe suplir las omisiones y explicar la obscuridad de lo estipulado, ó indicar el

que eligieron otra ley (6). Si, por ejemplo, dos esposos se casan en Inglaterra, y estipulan que trasladarán inme-

régimen de derecho común, cuando no han extendido capitulaciones matrimoniales.

“Entonces, como en los contratos ordinarios, se presume naturalmente que los esposos se han propuesto referirse á su ley nacional, cuando ambos tienen una misma nacionalidad : esa ley es, generalmente, la que rige el matrimonio y sus consecuencias en cuanto al estatuto personal; luego es muy verosímil que los esposos no se han propuesto separar, en cuanto á la ley aplicable, la condición de sus bienes de la de su persona. Si los dos cónyuges son de nacionalidad diferente, no se puede, como en los contratos ordinarios, acudir á la *lex loci contractus* : las circunstancias, muchas veces fortuitas, que conducen á la redacción de las capitulaciones en un Estado más bien que en otro, no pueden razonablemente influir en la intención de las partes acerca del régimen matrimonial que se proponen adoptar. Parece, al contrario, probable que los esposos acepten la aplicación de la ley nacional del marido : esa ley será la de la mujer; rige el matrimonio y sus consecuencias, y es lógico el extenderla así á la condición moral de los cónyuges como á sus intereses pecuniarios, y no puede suponerse que los esposos hubiesen distinguido entre las dos leyes.” (Despagnet. 321.)

(6) “Pero las circunstancias de hecho pueden manifestar otra intención en los esposos, que á menudo quieren que su régimen matrimonial dependa de la ley de la nación donde se establecerán después del matrimonio. Esa ley no es necesariamente la de la nación donde el marido está domiciliado cuando se casa, sino la del lugar donde los esposos van á establecerse : la ley del domicilio matrimonial. La aplicación de esa ley se justifica considerándose que con frecuencia los cónyuges se proponen reglar lo concerniente á los intereses pecunarios por las leyes del Estado donde establecerán el asiento de sus negocios y donde estén situados sus bienes : compréndense fácilmente las ventajas prácticas que pueden obtener de la aplicación de esa ley, observándose que se evitan muchos conflictos de legislación.” (Despagnet. 325.)

“Al comenzar las disposiciones referentes al contrato de matrimonio, se asienta este principio : la ley no rige la sociedad conyugal sino á falta de estipulaciones especiales que pueden hacer los esposos como lo juzguen conveniente, siempre que no sean contrarias á las buenas costumbres, y, además, con las modificaciones que siguen.

“El art. 1400, que casi se limita á repetir, en términos más claros, el art. 1393, dice :

“La comunidad que se establece por la simple declaración

diatamente su domicilio á Francia, donde se proponen residir siempre, las leyes francesas serán las que reglen la sociedad conyugal.

Insistimos en que las capitulaciones matrimoniales, expresas ó tácitas, celebradas por dos cónyuges extranjeros que pasan á domiciliarse en Chile, deben surtir pleno efecto no sólo acerca de la separación de bienes, sino también en cuanto á las reglas que rigen la sociedad conyugal. Salta á la vista que puede haber enormes diferencias, en cuanto á la sociedad conyugal misma, entre el Código chileno y las leyes extranjeras bajo cuyo imperio se casaron los cónyuges que pasan á domiciliarse en

de que los esposos se casan bajo el régimen de la comunidad, ó á falta de contrato, se regla según las seis secciones que siguen ”.

“ Esta última disposición anuncia reglas idénticas, bien á falta de contrato, bien cuando los esposos se hayan limitado á puntualizar el régimen á que quieren sujetarse. Dedúcese de esta asimilación que la comunidad puramente legal se deriva de un contrato tácitamente celebrado, y debe surtir los mismos efectos que si hubiese habido estipulaciones expresas. Dedúcese también que las reglas, así aceptadas, regirán los bienes de los cónyuges en todo tiempo y en todos los lugares; subsistirán unas mismas en el tiempo y en el espacio, á menos que hubiere disposiciones de orden público que se opongan á ellas en cada territorio.

“ Esta presunción de una regla legal aceptada convencionalmente no es contradictoria, por cuanto los esposos eran libres para proceder de otra manera. Dos problemas quedan por resolverse :

“ 1º En qué se funda la competencia de la ley francesa; y

“ 2º Cómo se deduce la voluntad de los esposos.

“ Estos dos problemas hallan su solución en un solo y mismo hecho : el domicilio matrimonial, esto es, el domicilio que los futuros cónyuges adoptarán para fijar ahí su residencia.

“ La preponderancia del marido como jefe de la sociedad conyugal induce á considerar como asiento futuro de la sociedad conyugal el domicilio que tiene cuando el matrimonio, ó el que se propone aceptar inmediatamente ó poco después.

“ La competencia y la ley francesa son así libremente aceptadas por un acto de voluntad más ó menos explícito. Este argumento se apoya en la naturaleza de las cosas, en la historia y en la tradición ”. (Brocher. II. 183.)

Chile, y que, por lo mismo, si se aplicase el Código chileno á la sociedad conyugal celebrada en nación extranjera, se alterarían esencialmente las estipulaciones de los cónyuges. Pues bien, ningún principio más generalmente aceptado por todos los Códigos modernos que, contraído el matrimonio, son absolutamente inalterables todas las reglas concernientes á la sociedad conyugal (7).

(7) " La nacionalidad del marido es lo que determina el domicilio matrimonial, si no se prueba que al celebrar el matrimonio tenía la intención de transferir su domicilio á un Estado distinto de su patria...

" Y es un principio inconcuso, consecuencia de lo invariable de las capitulaciones matrimoniales, que la sociedad conyugal, una vez formada según la ley del domicilio ó la de la nacionalidad del marido, no se modifica, después del matrimonio, ni por cambio de nacionalidad ni por adquisición de otro domicilio. El derecho común, aceptado tácitamente por los esposos cuando el matrimonio, continúa vigente en cualquier nación y bajo cualesquiera leyes que el matrimonio se disuelva, ó que se liquide la sociedad conyugal. " (Dalloz. *Contrat de mariage*. 200. 203).

" Cuando se ha establecido el régimen matrimonial de los franceses casados en nación extranjera ó de los extranjeros casados en Francia, es de todo punto inalterable, aun cuando los cónyuges establezcan su domicilio en otro Estado..... Admítese esto aún en el sistema según el cual las capitulaciones matrimoniales se reglan por el domicilio de los cónyuges. Sea cual fuere el domicilio ó la nacionalidad de los conyuges, se sujetan éstos al principio de que las capitulaciones matrimoniales son inalterables, porque ese principio, como establecido en interés de terceros, es de orden público. " (Laurent. 111. 205.)

" Aunque las capitulaciones dependen de la ley nacional del marido ó de la del domicilio matrimonial, según las distinciones que hemos hecho, las capitulaciones no se modifican á causa del cambio de nacionalidad ó de domicilio de los cónyuges: si su voluntad es referirse á las disposiciones de su ley nacional ó de la ley de su domicilio matrimonial, razonablemente no se puede suponer que hayan querido alterar el régimen de los bienes por consecuencia de su naturalización ó del establecimiento de su domicilio en otro Estado. Esta doctrina, que es conforme al principio de la inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales, declarado por varios Códigos, se explica muy bien, aun prescindiéndose de la idea de convención tácita, en cuanto concierne á la aceptación del régimen de derecho común. La solución contraria originaría muchas dificultades á causa de

Art. 136. Sin autorización escrita del marido, no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí, ni por procurador: sea demandando o defendiéndose.

Pero no es necesaria la autorización del marido en causa criminal ó de policía en que se proceda contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido, o del marido contra la mujer.

El marido, sin embargo, será siempre obligado a suministrar a la mujer los auxilios que necesite para sus acciones i defensas judiciales (*).

REFERENCIAS.

Procurador. 2116.
El inciso 1º. 43.
Autorización. 138.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 154. Sin autorización escrita del marido no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí ni por procurador, sea demandando o defendiéndose.

Pero no es necesaria la autorización del marido en causa criminal o de policía en que se proceda contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido o del marido contra la mujer.

las modificaciones en el régimen matrimonial, y, por otra parte, es evidente que el cambio de nacionalidad no tiene efecto retroactivo: las capitulaciones matrimoniales celebradas no se modifican, pues, por el cambio ulterior de nacionalidad. Lo cual se aplicará asimismo á los bienes adquiridos por los cónyuges posteriormente al cambio de nacionalidad ó de domicilio; porque los derechos sobre esos bienes nacen, en cuanto atañe á la sociedad conyugal, del contrato de matrimonio, mas no del acto de adquisición." (Despagnet. 328.)

(*) Locré. IV. 391. art. 3º.—396. 33.—433 art. 53.—468 art. 65. 66.—523. 64.—Pothier. Puissance du mari. 55.56. 63-66.—Dalloz. Mariage. 775. 801. 828. 834. 835.—Laurent. III. 102-110. 125.—Demolombe. IV. 122-143.—Zachariae. (M. V.). I. §134.—Zachariae. (A. R.). V. 472. 1º.—Marcadé. I. 728-731.—Demante. I. 301-304 bis. III. 305. IX. XII.—Huc. II. 241-244.—Vazeille. II. 701-306. 311.—Delvincourt. I. 322. (8).—Toullier. 619.620. 624.625. 658-661.—Chabot. Autorisation maritale. 1.—Gutiérrez (B). I. p. 469. A. Gomezzi. Ad legem 55 Fauri. 344. 3.

C. E. 130.....

El marido, sin embargo, estará siempre obligado á suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus acciones ó defensas judiciales.

C. de N. 215. La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens.

216. L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police.

215. La mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización del marido, aunque sea mercadera pública, ó no se hubiere casado bajo el régimen de la comunidad, ó esté separada de bienes.

216. La autorización del marido no es necesaria cuando se procede contra la mujer en materia criminal ó de policía.

C. Arg. 185 (Véanse las Concordancias del art. 133).

188. La mujer no puede estar en juicio por sí, ni por procurador, sin licencia especial del marido, dada por escrito, ó supliendo esta licencia el juez del domicilio, con escepción de los casos en que este Código, ó presume la autorización del marido ó no la exige, ó solo exige una autorización general ó solo una autorización judicial.

191. No es necesaria la autorización del marido, en los pleitos de la mujer contra el marido, ó del marido contra la mujer, ó cuando la mujer es acusada criminalmente, ó cuando hiciere su testamento ó revocare el que hubiese hecho, ni para la administracion de bienes que ella se hubiese reservado por el contrato de matrimonio.

P. de G. 62. El marido es el representante legítimo de su muger.

Esta no puede sin su licencia comparecer en juicio por sí, ni por medio de procurador.

65. La mujer no necesita licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar ó defenderse en los pleitos con su marido.

C. C. 181.

C. P. 179. La muger no puede presentarse en juicio sin autorización de su marido; pero no la necesita, cuando es acusada en causa criminal.

C. M. 197. El marido es el representante legítimo de su

mujer. Ésta no puede, sin licencia de aquel, dada por escrito, comparecer en juicio por sí ó por procurador, ni aun para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio y pendientes en cualquiera instancia al contraerse éste; mas la autorización, una vez dada, sirve para todas las instancias, á menos que sea especial para una sola, lo que no se presume si no se expresa.

202. La mujer mayor de edad no necesita licencia del marido ni autorización judicial :

I. Para defenderse en juicio criminal :

II. Para litigar con su marido :

III. Para disponer de sus bienes por testamento :

IV. Cuando el marido estuviere en estado de interdicción :

V. Cuando el marido no pudiere otorgar su licencia por causa de enfermedad :

VI. Cuando estuviere legalmente separada :

VII. Cuando tuviere establecimiento mercantil :

C. de la L. 123 (el 215 del Código de Napoleón).

C. Esp. 60. El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí ó por medio de procurador.

No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar ó defenderse en los pleitos con su marido, ó cuando hubiere obtenido habilitación conforme á lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento civil.

N. R. X. I. 11 (Ley LV de Toro). La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido no puede estar en juicio haciendo nin defendiendo.....; y si estuviere por sí o por procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.

COMENTARIO

214. I. Sin autorización escrita del marido no puede la casada comparecer en juicio por sí ni por procurador, sea demandando ó defendiéndose.

La redacción de esta regla, reminiscencia de la ley 55 de Toro (copiada en las *Concordancias*) es en extremo redundante; pues la prohibición de comparecer en juicio, envuelve la de demandar ó defenderse, por sí ó por procurador.

Es imperdonable tal redundancia, porque Don Andrés Bello tuvo á la vista la redacción del art. 215 del Código francés : « La mujer no puede comparecer en juicio sin autorización del marido ».

Si el marido es el representante legal de la mujer, si administra tanto los bienes propios de ella como los de la sociedad conyugal, si los litigios contra la mujer comprometen los intereses de la familia; dedúcese lógica y jurídicamente que el marido debe representar á la mujer en el litigio, ó por lo menos autorizarla para que en él intervenga (1).

Ya sea el tercero actor ó reo en la instancia, la demanda se propone, bien contra el marido, bien por el marido como representante legal de la mujer, y sólo en caso de que él lo conceptúe conveniente, puede autorizarla para seguir el litigio.

La regla comprende los pleitos que interesan sólo á la mujer, porque se refieren á los bienes cuya propiedad le pertenece. Porejemplo, si la mujer reivindica bienes raíces cuya posesión aportó al matrimonio, ó si se deduce contra la mujer acción reivindicatoria por inmuebles que la mujer posee como propios.

Cuando el litigio atañe al marido ó á la sociedad conyugal,

(1) " El art. 215 expresa que la mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización del marido; lo cual significa que no puede litigar, sin tal autorización, como actora ni como demandada. Esta incapacidad es más absoluta que la de contratar. La mujer separada de bienes puede ejecutar los actos relativos á su administración sin autorización marital; pero si á causa de esos actos se suscita un litigio, no puede comparecer en juicio. ¿Por qué, siendo capaz de administrar, es incapaz de seguir los litigios concernientes á su administración? Permitiendo á la mujer administrar sus bienes, debía el legislador, para ser lógico, permitirle los actos de administración sin autorización marital, porque esos actos son de todos los días y de todos los instantes. La misma razón no milita en cuanto á los litigios, que felizmente son raros en la vida civil. Además, los litigios son peligrosos, y pueden comprometer los bienes de fortuna á causa de los gastos; al paso que los actos de administración le son siempre más ó menos provechosos. Hé aquí por qué la prohibición de litigar es absoluta " (Laurent. III. 102.)

y la mujer comparece en juicio, procede, no autorizada por el marido, sino en virtud de mandato que él mismo le confiere.

Como la prohibición se limita á los litigios, no se comprenden en ella otros actos judiciales : la mujer es hábil para declarar, absolver posiciones, &c., &c.

215. II. No es necesaria la autorización del marido en causa criminal ó de policía en que se procede contra la mujer.

Causas criminales son aquellas en que se trata de la pesquisa y castigo de un delito ó crimen.

Causas de policía, las que se refieren á meras faltas.

Son en realidad de verdad dos géneros de causas del todo distintas, cuyo conocimiento corresponde á jueces diversos.

Así en las causas criminales como en las de policía, si á la mujer se imputa la infracción ó falta, *no es necesaria* la autorización del marido para que la mujer se defienda, porque se trata entonces, no de derechos que atañen á la sociedad conyugal ni á la familia, sino del castigo de las infracciones, esto es, de los intereses de la vindicta pública, que en ningún caso dependen de la voluntad del marido (2).

Pero atiéndase al tenor literal de la regla : « No es necesaria la autorización del marido », significa que la justicia procede contra la mujer aunque el marido no la autorice; pero como no pugna con la regla de que el marido es el representante legal de la mujer, puede él representándola comparecer en juicio criminal ó de policía. Le es potestativo intervenir en el juicio representando á la mujer; pero si él no comparece, se sigue contra ella la causa criminal ó de policía.

Si contra la mujer se comete alguna infracción ó falta, el caso se comprende en la regla general; pues el marido

(2). “ La mujer ”, decía Portalis, “ no puede comparecer en juicio sin autorización del marido. No hay excepción á esa regla sino cuando la mujer es perseguida criminalmente ó en materia de policía. Entonces la potestad del marido no obsta á la de la ley, y la necesidad de la defensa natural exonera á la mujer de la autorización. ” (Locré. IV. 523, 64.)

es quien decide si ella puede comparecer en juicio para deducir las respectivas acciones.

216. III. Tampoco necesita la mujer autorización alguna para litigar con el marido.

Esta regla, tan obvia y sencilla, no se comprende en el art. 215 del Código de Napoleón, y de ahí que sus comentadores opinan que si en los litigios entre los dos cónyuges la mujer es actora, debe autorizarla el marido, ó, en su caso, el juez; pero que si ella es la demandada, no necesita ninguna autorización para defenderse.

Cuando el litigio es entre los dos cónyuges, nada más pueril que la mujer acuda al marido para que la autorice.

Si la mujer es la demandante, el juez no puede fallar sobre sus reclamaciones sino observando los trámites por la ley prescritos; y, por lo mismo, sin investigar cuál de las partes tiene derecho, procede á la sustanciación del juicio. Luego, nunca procedería el juez con conocimiento de causa á decidir si la mujer puede demandar al marido. La autorización que en este caso conceden los tribunales franceses no es sino una pesadísima rueda que entorpece el mecanismo de las gestiones judiciales, siempre difíciles y complicadas en virtud de la naturaleza de las cosas.

Cuando el marido es quien demanda, más evidente todavía la necesidad de que la mujer se defienda sin que él la autorice; ó, más bien dicho, la demanda misma encierra autorización.

217. IV. El marido está siempre obligado á suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus litigios.

La palabra auxilios comprende no sólo las litisexpensas sino también todo cuanto conduzca al buen éxito de la controversia judicial.

Como el marido es el administrador de los bienes de la mujer y de los sociales, nada más equitativo que le suministre litisexpensas; esto es, el dinero que ha de invertirse en los derechos judiciales, honorarios de abogados, &c. &c.

En vista del proceso, tasa el juez las litisexpensas, y dicta los decretos más eficaces para que en el acto las satisfaga el marido,

Los demás auxilios consisten en que el marido suministre á la mujer todos los datos que le sean necesarios para el buen éxito del litigio.

Si, por ejemplo, la mujer reivindica un predio, y los títulos se hallan en poder del marido; el juez, á virtud de la regla que comentamos, debería compeler al marido á que los ponga en manos de la mujer.

Esta importantísima obligación se extiende aún al caso en que la mujer litiga con el marido.

Art. 137. La mujer no puede, sin autorizacion del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donacion, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso ó lucrativo, ni enajenar, hipotecar ó empeñar (*).

REFERENCIAS.

Contrato. 1438.

Remitir una deuda. 1652-1654.

Aceptar ó repudiar una donación, herencia ó legado. 1225-1229. 1411.

Título. 703.

Oneroso ó lucrativo. 1440.

Hipotecar. 2407. 2414.

Empeñar. 2384.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 155.

C. E. 131.

C. de N. 217. La femme, | 217. La mujer, aunque
même non commune ou | no esté casada bajo el ré-

(*) Locré IV. 394. art. 4.—397. 35.—434. art. 54.—458. 21.—468. art. 67.—523. 65. — Pothier. Puissance maritale. 50-54. — Dalloz. Mariage. 771. 802-817. 825. — Zachariae (M. V.). § I. 134. — Zachariae. (A. R.). V. § 472. 1°. — Laurent. III. 95-102. — Demolombe. IV. 144-156. — Marcadé. I. 732-735. — Demante. I. 305-305 bis VI-VIII. X. XI. — Huc. II. 240. 245-249. — Chabot. Autorisation maritale. I. — Delvincourt. I. 334 (9). — Toullier. I. 617. 619. 620. 622. 623. — Vazeille. II. 307-309. 312-314. — Pacheco. Comentario á la Ley LV de Toro. — Gutiérrez (B) I. p. 465-468. — Febrero. 11. 665. 8. — Laurent. (D. C. I.). I. 221. — Massé. I. 548. — Asser. 97. — Despagne. 258. — Fiore. II. 602. 604.

séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.

905. La femme mariée ne pourra donner entre vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au Titre du Mariage.....

934. La femme mariée ne pourra accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au Titre du Mariage.

gimen de la comunidad ó se halle separada de bienes, no puede donar, enajenar, hipotecar, adquirir, á título gratuito ú oneroso, sin intervención del marido ó sin su consentimiento por escrito.

905. La mujer casada no podrá donar entre vivos sin la presencia ó el consentimiento especial del marido, ó sin autorización de la justicia, conforme á lo prescrito por los artículos 217 y 219 en el Título del matrimonio.

934. La mujer casada no podrá aceptar donación sin el consentimiento del marido, ó, en caso de negativa del marido, sin autorización de la justicia, conforme á lo prescrito por los artículos 217 y 219, en el Título Del Matrimonio.

C. Arg. 189. Tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder del marido, celebrar contrato alguno, ó desistir de un contrato anterior, ni adquirir bienes ó acciones por título oneroso ó lucrativo; ni enajenar, ni obligar sus bienes; ni contraer obligación alguna, ni remitir obligación á su favor.

P. de G. 63. Tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse.

Esta disposición ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el título 6, libro 3 de este Código.

C. C. 182.

C. P. 182. La mujer no puede dar, enajenar, hipotecar, ni adquirir á título gratuito ú oneroso, sin intervención del marido, ó sin su consentimiento por escrito.

C. M. 198. Tampoco puede la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por título oneroso ó lucrativo, enajenar

sus bienes ni obligarse, sino en los casos especificados en la ley.

C. de la L. 124. (El 217 del Código de N.).

C. Esp. 61. Tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley.

N. R. X. I. 11. La mujer durante el matrimonio sin licencia de su marido como no puede facer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar ni desistir de ningún contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie de él; ni pueda facer casi contrato.....

COMENTARIO.

218. No procedió Don Andrés Bello con su acostumbrado eclecticismo al imitar la redacción del art. 217 del Código francés; el cual, según lo hemos visto en las *Concordancias*, declara que la mujer casada « no puede donar, enajenar, hipotecar, adquirir, á título gratuito ú oneroso ».

Cuando este artículo se discutía en el Tribunado, opinó éste que también debía prohibirse á la mujer el obligarse (1). Pero el Consejo de Estado no aceptó la modificación, fundándose en que la mujer sí podía obligarse cuando

(1) “ El art. 54 expresa que la mujer, aun separada de bienes, no puede donar, enajenar, hipotecar ni adquirir, sin la intervención del marido en el acto, ó sin su consentimiento por escrito.

“ Si bien se aprueba esta disposición; se juzga que al enumerarse las proposiciones antes especificadas, no se halla en los términos precisos la de obligarse, y podría haber alguna duda sobre esta última prohibición, cuando la intención expresa del legislador es sujetar á la autorización del marido todas las obligaciones que la mujer quiera contraer, excepto cuando la mujer es mercadera pública en lo concerniente á sus negocios. Por consecuencia la comisión acepta esta añadidura, y el artículo comenzará como sigue :

“ La mujer, no separada de bienes, no puede obligarse, donar, etc.

“ Se juzga, también, que para dar á la palabra *adquirir* toda la latitud que comporta, conviene expresar, después de esta palabra, *á título gratuito y oneroso*. ” (Locré. IV. 458. 21.)

la obligación proviene de la ley ó de un hecho ilícito de la misma mujer.

La jurisprudencia y la lógica exigían que se fijase la regla general concierne a la incapacidad de la mujer casada; pues la enumeración hecha en la Ley 55 de Toro, en el Código de Napoleón y otros modernos, debía ser redundante y deficiente.

Redundante, bien porque de la prohibición de contratar se sigue que la mujer no puede adquirir á título oneroso, enajenar, hipotecar ni empeñar, bien porque si no puede adquirir á título gratuito, es incapaz para aceptar donaciones, herencias ó legados.

Deficiente, por cuanto hay actos comprendidos en la enumeración del art. 137, y que la mujer no puede ejecutar á consecuencia de la incapacidad legal declarada en el art. 1447.

La regla general concierne a la incapacidad de la mujer casada consiste en que ésta no es hábil para ejecutar ningún acto jurídico (2), esto es, ningún acto que cree, modifique ó extinga obligaciones.

El art. 137 se completa por el art. 1447, que enumera á la mujer casada entre las personas incapaces para todos los actos y declaraciones de voluntad; los cuales comprenden no sólo los contratos, sino también los actos que extinguen las obligaciones.

Al estudiar el art. 140 determinaremos en qué se fundan la incapacidad de la mujer y la autorización del marido.

219. Establecida la regla, general y exacta, de que la mujer no puede, por ningún acto entre vivos, contraer obli-

(2) " Según el art. 217, la mujer no puede donar, enajenar, hipotecar, á título oneroso ó gratuito. ¿Es restrictiva esta enumeración? Equivale á preguntar si la incapacidad de la mujer casada es general, ó si se refiere sólo á ciertos actos determinados por la ley. Es un principio que la mujer es incapaz de todo acto jurídico sin autorización del marido.... " (Laurent. III. 97.)

" La autorización marital se requiere para toda clase de actos jurídicos, bien se trate de enajenar, de adquirir, de disponer, de administrar, de actos á título oneroso, en que la mujer se obliga á terceros, ó de actos á título gratuito á su favor, y que no le impusiesen ninguna obligación ". (Zachariae. A. R. V. § 172. 2º.)

gaciones ni adquirir derechos, se desprenden, como consecuencia, los actos en que la mujer se obliga aún sin el consentimiento del marido.

Si la obligación proviene de actos de un tercero, no está comprendida en la regla. Así, cuando un tercero paga la deuda contraída por la mujer antes del matrimonio, aquél pudiera exigir el reembolso aún ejecutando los bienes de la mujer.

De la misma manera, si un tercero, constituyéndose agente oficioso, administra los bienes de la mujer, y ella reporta beneficio, quedará obligada con sus bienes propios.

También se obliga la mujer si comete un delito ó cuasi-delito; pues la obligación nace en este caso de la ley.

Aun de los contratos nulos nacen las obligaciones provenientes, no de los contratos mismos, sino de la ley; la cual declara que nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro. Así, cuando la mujer casada celebra un contrato de venta, y éste se anula en virtud de acción deducida por la mujer ó por el marido, deberá restituirse lo que, recibido en virtud del contrato, exista realmente.

También restituiría la mujer lo que recibió en virtud de un pago indebido, si lo pagado existiese en su poder.

220. Al estudiarse la validez y consecuencia de los actos y contratos de la mujer casada, debe atenderse al derecho de la familia, al de los bienes y al de las obligaciones. El derecho de la familia puntualiza los de los cónyuges; el de los bienes, todo lo concerniente á su adquisición; y el de las obligaciones completa las reglas sobre la incapacidad de la mujer casada, determinando los casos en que la mujer, aun sin autorización del marido, pueda contraer obligaciones provenientes, ya de actos de terceros, ya de actos ilícitos de la misma, ya inmediatamente de la ley.

Estos derechos son á manera de tres círculos, que si bien tienen centros diversos, con frecuencia se tocan, superponen y confunden.

Art. 138. La autorización del marido deberá ser otorgada por escrito, o interviniendo él mismo, expresa y directamente, en el acto.

No podrá presumirse la autorización del marido sino en los casos que la ley ha previsto (*).

REFERENCIAS.

Autorización. 136.

Presumirse. 47. 1712.

Los casos que la ley ha previsto. 147. 150.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 156. Deberá constar la autorización del marido por su participación expresa y directa en el acto, o su declaración escrita.

C. E. 132. La autorización del marido deberá ser otorgada por escrito, ó interviniendo él mismo, expresa y directamente, en el acto.

No podrá presumirse la autorización del marido sino en los casos que la ley la ha previsto.

C. de N. 217. (Véanse las *Concordancias* del artículo 137).

C. Arg. 189. (Las mismas *Concordancias*).

C. C. 183.

COMENTARIO.

221. Este artículo divide la autorización en expresa y presunta, y distingue la autorización expresa escrita de la que consiste en que el marido mismo intervenga expresa y directamente en el acto ó contrato que la mujer ejecuta ó celebra.

222. La autorización escrita no origina dificultades. Cla-

(*) Pothier. Puissance maritale. 71-74. — Dalloz. Mariage. 772. 774. 820. 829. 833. 836. 845. — Merlin. Autorisation maritale, Sect. VI. § I. — Toullier. I. 618. — Laurent. III 117. 125. — Demolombe. IV. 190. 197. — Zachariae (M. V.) I. § 134. (A. R.). V. § 472. 4º. 71-74. — Demante. I. 305 bis VII. VIII. — Huc. II. 250-252. — Pacheco. Comentario de la Ley LVI de Toro.

rísimo es el sentido de la ley : la autorización del marido debe ser otorgada por escrito; regla especial que excluye cualquier otro género de prueba (1). El legislador se ha

(1) « Dedúcese del art. 217 que la autorización marital puede ser expresa ó tácita. En estos términos generales la regla que el Código fija no es sino la aplicación de un principio elemental. La autorización es consentimiento, y éste puede manifestarse, bien por una declaración expresa, bien por hechos de donde se deduzca la voluntad de consentir. Pero el art. 217 modifica los principios generales en lo concerniente á los caracteres del consentimiento expreso y del consentimiento tácito. El consentimiento expreso puede manifestarse, en general, verbalmente ó por escrito; mientras que el art. 217 exige, según parece, consentimiento escrito. Asimismo el consentimiento tácito resulta de todos los hechos, sean cuales fueren, que manifiesten la voluntad de consentir; pero parece que el art. 217 limita el consentimiento tácito á un solo hecho, la intervención del marido en el acto. ¿Modificanse realmente los principios generales ó debe interpretarse el artículo según esos principios? Hay controversias, y, á nuestro ver, inconsecuencias en la doctrina sobre estos puntos elementales.

« El Código define la autorización tácita : la intervención del marido en el acto. También define la autorización expresa : el consentimiento por escrito. Estas definiciones modifican el derecho común. Son excepciones. ¿Puede el intérprete prescindir de ellas y afirmar que, aun cuando los términos son excepcionales, debe aplicarse el derecho común? Esto nos parece inadmisibile. Preguntaremos á qué conducen las definiciones que, en realidad, son excepciones, si el legislador se propuso que subsista el derecho común? Dícese que lo que llamamos definiciones son en realidad ejemplos; que es menester interpretar en ese sentido el art. 217, porque no hay razón para modificar los principios generales. Eso es lo que negamos. Tal vez no hay acto jurídico más frecuente que la autorización marital, que es un acto tan importante como diario. Debían, pues, evitarse las controversias que puede originar; y ellas se multiplicarían indefinidamente, si el legislador hubiese admitido cualquier especie de manifestación de la voluntad del marido. Lo cual es certísimo, sobre todo tratándose de la autorización tácita; nada más vago y por consecuencia nada más difícil que determinarla. Lo mismo puede decirse de la autorización expresa; si se admitiese el consentimiento verbal, palabras pronunciadas á la ligera ó arrancadas por la importunidad, se alegarían como autorización. El marido debe examinar la naturaleza y las consecuencias del acto que la mujer se propone ejecutar; es preciso que reflexione en él seriamente, y

propuesto, cortar de raíz los litigios que, en materia tan usual, pudieran suscitarse á cada paso, admitiéndose la prueba de testigos ó aún la confesión del marido. El que contrata con la mujer sabe á ciencia cierta que no se le admitirá otra prueba que la autorización escrita del marido.

223. Cuando el marido no autoriza por escrito, debe intervenir él mismo expresa y directamente en el acto. El art. 217 del Código de Napoleón, como lo hemos visto en las *Concordancias* del art. 137, exige la intervención (*le concours*) del marido en el acto; y algunos de los más notables intérpretes del propio Código afirman que tal autorización es tácita (2), contraponiéndola á la autorización que el mismo artículo exige por escrito. Pero si el marido interviene en el acto ó contrato, es una anomalía afirmar que la autorización es tácita. ¿Cómo cabe autorización más expresa que la intervención del marido mismo en el contrato que la mujer celebra?

224. Tanto el art. 217 del Código de Napoleón como el 138 del Código chileno se limitan á distinguir dos casos, esto es, si el marido interviene ó no interviene en el acto ó

por lo mismo que manifieste que ha dado su aprobación con pleno conocimiento de causa. Hay esa manifestación si se atiende al art. 217 : cuando el marido interviene en el acto, ello prueba una voluntad seria y razonada; cuando da su consentimiento por escrito, pesa sus palabras y calcula el efecto de su resolución. El espíritu de la ley se halla, pues, en armonía con el tenor literal; y ambos exigen que el art. 217 se interprete restrictivamente. Tal es, en nuestro concepto, el principio. » (Laurent. III. 117.)

(2) " La autorización del marido puede ser expresa ó tácita:

" Expresa, cuando el marido la concede directamente á la mujer.

" Tácita, cuando resulta implícitamente de los actos del marido. Ambas están sujetas al art. 217.

" La autorización expresa es el consentimiento por escrito del marido.

" La autorización tácita, su intervención en el acto. " (Demolombe. IV. 192.)

" En virtud de una presunción legal, que no admite prueba en contrario, la autorización tácita consiste en la intervención del marido en el acto que la mujer ejecuta, importando poco que los intereses de los cónyuges sean unos mismos ú opuestos. " (Zachariæ. (A. R.). V. § 472. 4º.)

contrato que la mujer ejecuta ó celebra. En el primero, el marido habilita á la mujer; en el segundo, es necesario preceda autorización escrita.

Pero aun á ser cierto que según el Código francés la autorización que entonces concede el marido es tácita; no lo sería la prevista por el art. 138 que comentamos; el cual prescribe con la mayor claridad que el marido mismo intervenga. EXPRESA Y DIRECTAMENTE en el acto; y nada más absurdo que interviniendo expresamente, sea tácita la autorización.

Los dos Códigos, insistimos en ello, no distinguen sino la autorización que precede al acto ó contrato, y la que con él coexiste. Si la autorización precede, debe ser escrita; y exigiendo la ley esta única prueba, no sería admisible la confesión del marido, ni menos la prueba testimonial.

Cuando éste interviene en el acto ó contrato de la mujer, tal acto ó contrato se sujeta, acerca de la prueba, á las reglas generales; pues el hecho mismo de la autorización no presenta entonces ninguna dificultad.

225. En cuanto á la autorización presunta, el art. 138 dice que no la hay sino en los casos que el legislador ha previsto. Al comentar el art. 147 examinaremos la pretenida autorización para los contratos que en él se enumeran.

Art. 139. La mujer no necesita de la autorización del marido para disponer de lo suyo por acto testamentario que haya de obrar efecto despues de la muerte (*).

REFERENCIAS.

Acto testamentario. 999. 1108. 1136. 1137.

Que haya de surtir efecto despues de la muerte. 1140-1142.

(*) Locré. IV. 395. art. 12—135 art. 62—524. 70. — Pothier. De la puissance du mari. 43. — Dalloz. Mariage. 823. — Lois. 219. — Troplong. Du Contrat de mariage. 57-59. — Demante. I. 314. — Huc. II. 280. — Vazeille. II, 322. — Zachariae (M. V.). I. § 134. — Zachariae (A. R.). V. § 472. 2º. — Demolombe. IV.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 157. La mujer no necesita de la autorización del marido para disponer de lo suyo por acto testamentario.

C. E. 133.

C. de N. 226. La femme peut tester sans l'autorisation de son mari.

905. La femme mariée..... n'aura besoin ni de consentement du mari, ni d'autorisation de la justice, pour disposer par testament.

226. La mujer puede testar sin autorización del marido.

905. La mujer casada..... no necesita consentimiento del marido ni autorización de la justicia para disponer por testamento.

C. Arg. 191. (Véanse las *Concordancias* del art. 136).

P. de G. 66. Tampoco necesita la mujer licencia del marido para disponer de sus bienes por testamento.

C. C. 133.

C. P. 183. Puede sin embargo la muger sin necesidad de autorización del marido : 1º. Testar : 2º. Suceder por testamento o ab intestato con beneficio de inventario.

C. de la L. 132. (El 226 del Código de Napoleón).

C. Esp. 63. Podrá la mujer sin licencia de su marido : 1º Otorgar testamento.....

COMENTARIO.

226. Según el artículo 139, la mujer puede testar sin autorización del marido; pero el acto testamentario no surte ningún efecto mientras viva la mujer, á menos que el marido la autorice.

227. I. Acaso ni era necesario expresar que la mujer casada puede otorgar testamento.

De ahí proviene que ni el Derecho romano ni el español encierran una disposición especial equivalente al artículo

183-185. XVIII. 456. — Laurent. III. 99. — Laurent (D. C. I.). VI. 199. — Chabot. Autorisation maritale. 2º.

que comentamos; pues ambos derechos enumeran los incapaces para testar; y como la mujer no se comprende entre ellos, nadie pone en duda la idoneidad.

Por otra parte, el testamento es esencialmente acto de una sola persona, y la mujer, al otorgarlo, dispone de sus bienes para cuando se halla extinguida la potestad marital (1).

La capacidad de la mujer casada para disponer de sus bienes por testamento, se presenta, pues, con la claridad de los axiomas.

228. II. Pero como la ley amplía el derecho de testar extendiéndolo á darle efectos aún en vida del testador, era menester que tal derecho no menoscabase los del marido, administrador de todos los bienes cuyo usufructo pertenece á la sociedad conyugal; y de ahí proviene la limitación que, copiada por Don Andrés Bello de los comentadores de las leyes de Toro, no se halla en el Código de Napoleón: la mujer no puede, sin autorización del marido, poner ella misma en ejecución sus actos testamentarios.

229. ¿Cuáles son los actos testamentarios que pueden surtir efecto mientras viva el testador? Hélos aquí.

"Las donaciones revocables á título singular.", dice el art. 1141, "son *legados anticipados*, y se sujetan á las mismas reglas que los legados. Recíprocamente si el testador

(1) "La mujer," decía Portalis, "puede disponer de sus bienes por testamento sin autorización del marido, porque esta especie de disposiciones, que no pueden ponerse en efecto sino después de la muerte, es decir, cuando la unión conyugal esté disuelta, no pueden menoscabar los derechos del marido." (Loché. IV. 524. 70.)

"Según el derecho común la mujer no necesita autorización sino para los actos entre vivos, mas no para las disposiciones testamentarias. Fúndase esto en que por la naturaleza de tales disposiciones son obra exclusiva de la voluntad del testador, sin que deba influir la de ninguna otra persona; y en que siendo los testamentos la última voluntad del testador, no surten efecto sino después de la muerte, tiempo en que cesa la potestad del marido sobre la persona de la mujer, y en que debe por consecuencia cesar la necesidad de la autorización." (Pothier. De la Puissance du mari. 43.)

da en vida el legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable”.

“ La donación revocable de todos los bienes ó de una cuota de ellos ”, añade el art. 1142, “ se mirará como una institución de heredero, que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante.

“ Sin embargo, podrá el donatario de una cuota de los bienes ó de todos ellos ejercer el usufructo sobre las especies que se le hubieren entregado. ”

A estos artículos se refiere la regla segunda. Luego, aun cuando la donación revocable y el legado son actos testamentarios, la mujer casada no podría dar al legatario ó donatario el goce de la cosa donada ó legada; porque es evidente que se menoscabarian los derechos de la sociedad cónyugal.

Art. 140. La autorizacion del marido puede ser jeneral para todos los actos en que la mujer la necesite, o especial para una clase de negocios, o para un negocio determinado (*).

REFERENCIAS.

Autorización. 138.

Todos los actos en que la mujer la necesite. 136. 137.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 158.

C. E. 134.

C. de N. 223. Toute auto- | 223. Toda autorización
risation générale, même sti- | général, aun estipulada en

(*) Locré. IV. 395 art. 9.— 400. 41.— 435 art. 39.— Pothier. Puissance maritale. 3-8. 67-70.— Troplong. Contrat de mariage. I. 56.— Toullier. I. 643-648.— Laurent. III. 111. 114.— Zachariae (M. V.) I. § 134.— Zachariae (A. R.) V. § 472. 4º.— Demante. I. 311-311 bis V.— Vazeille. II. 300. 336. 337.— Demolombe. IV. 203-210. 275-279.— Gutiérrez (B) I. p. 470.— Febrero. II. 665. 9.— Pacheco. Comentario á Ley LVI de Toro.— Despa-gnét. 258. 5º.

pulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.

contrato de matrimonio, no es válida sino en cuanto á la administración de los bienes de la mujer.

C. C. 185.

C. M. 199. La licencia, tanto para litigar como para contraer obligaciones, puede ser general ó especial.

C. de la L. 130 (el 223 del Código de Napoleón).

N. R. X. I. 12. (Ley LVI de Toro) Mandamos, que el marido pueda dar licencia general á su mujer para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia; y si el marido se la diere, vala todo lo que su mujer hiciere por virtud de la dicha licencia.

COMENTARIO.

250. En este artículo debemos examinar :

1º. En qué consiste la autorización :

2º. Por qué le es necesaria á la mujer :

3º. Cuándo es general la autorización y cuándo especial.

231. I. En derecho se toma la palabra autorización en dos sentidos distintos, según que la persona autorizada se halle ó no bajo la potestad ó guarda de otra persona, ó que de ésta no dependa.

Cuando la persona autorizada, como incapaz, se halla bajo la potestad ó guarda de otra, la autorización consiste en habilitar al incapaz para la ejecución de actos ó celebración de contratos que de otra manera no serían válidos. El marido autoriza á la mujer; el padre legítimo, al hijo de familia; el guardador, al pupilo.

En este sentido la autorización es sinónima de permiso ó licencia; pues las tres palabras expresan una misma idea : el acto de habilitar á un incapaz mediante el consentimiento del representante legal.

Si la persona autorizada no se halla bajo la potestad ó la guarda de otra, la autorización no es otra cosa que un mandato, esto es, el encargo de gestionar en los asuntos de otra persona por cuenta y riesgo de la misma. El mandante autoriza al mandatario para comprar, vender, hipotecar...

Concretándonos ya á la autorización concedida á la mujer casada, importantísimo es distinguir entre la autorización y el mandato; porque significando la palabra autorización el permiso para que la mujer contrate, ya por su derecho propio, ya como representante de la sociedad conyugal ó del marido; hemos de atender, no á las palabras que se empleen, sino á la esencia de las cosas, esto es, á la intención claramente manifestada por las partes.

Cuando el marido permite ó da licencia á la mujer para que acepte una herencia ó legado que á ella se le defiere, hay en realidad de verdad autorización, sujeta á las reglas que le son peculiares; mas si el marido le permite adquirir un inmueble á título oneroso, lisa y llanamente hay mandato; porque, aun cuando la mujer procediese sobre el supuesto de que adquiere para sí el inmueble, por el ministerio de la ley pertenecería éste á la sociedad conyugal (1).

232. II. La necesidad de la autorización proviene de la esencia misma del matrimonio y de la sociedad conyugal que forman los esposos al contraerlo. El marido es el jefe

(1) " No debe confundirse la autorización con el mandato. La mujer debe estar autorizada por el marido, cuando procede ella por su derecho propio, cuando litiga ó es parte en el contrato; ella se obliga, mas no el marido que la autoriza; limitase él á aprobar la obligación que la mujer contrae. Cuando el marido confiere mandato á la mujer, trátase de sus derechos de él, de sus intereses : él es quien litiga, él celebra el contrato, y él se obliga; la mujer mandataria se obliga como cualquier otro mandatario. Cuando el marido confiere mandato á la mujer no hay autorización, y aun cuando se sirviese de esta palabra, hubiera mandato. Conforme al art. 223 la autorización no puede ser general sino especial, so pena de nulidad; mientras que el mandato puede ser general. Cuando la autorización es expresa, el Código ordena que conste por escrito; pero no es necesario que sea escrito el mandato. Importantísimo es distinguir cuándo hay autorización y cuándo mandato. Para resolver el problema no se atiende á las palabras; es posible que el marido haya empleado la palabra autorización aunque confiera á la mujer un verdadero mandato. Debe examinarse si el acto jurídico concierne á los derechos de la mujer ó á los del marido; en el primer caso, debe autorizarse á la mujer; en el segundo, procede ella sólo en virtud de un mandato. " (Laurent. III. 111.)

de la familia, y debe velar siempre para que los actos ó contratos de la mujer no comprometan los derechos de la misma, del marido ó de la sociedad conyugal. Luego, la incapacidad proviene, no de que la mujer carezca de juicio y discernimiento para la administración de sus bienes, sino de que está subordinada al marido en todo cuanto concierne á los intereses de la misma mujer y de la familia (2).

(2) "La necesidad de que la mujer sea autorizada por el marido no se funda en que ésta sea falta de razón; porque una mujer casada tiene la misma razón que las solteras y las viudas que contratan libremente.

"La necesidad de la autorización del marido se funda en que la potestad marital sobre la persona de la mujer no la permite proceder con independencia de él.

Siguese de estos principios que la autorización del marido, necesaria á la mujer, es muy diversa de la autorización del guardador necesaria al pupilo. Esta se requiere sólo en beneficio del menor, para impedir que se le sorprenda, y que contraiga obligaciones que le sean perjudiciales; por lo cual la falta de la autorización no puede oponerse sino por el menor ó por los que le representan. Cuando juzga el pupilo que el contrato que ha celebrado sin autorización del guardador le es conveniente, puede exigir su cumplimiento sin que aquellos con quienes ha contratado puedan oponerle la falta de autorización del guardador que no intervino en el contrato *Placuit*, dice Justiniano, *meliozem quidem conditionem licere eis (pupillis) facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriozem, vero, non aliter quam cum tutoris auctoritate, unde ex quibus causis obligationes mutue nascuntur, ut in emptionibus etc., si tutori auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his (pupillis) contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur*,

"Al contrario, la autorización del marido, necesaria para que la mujer contrate válidamente, no se requiere en beneficio de la mujer sino del marido, para que éste conserve la potestad marital, y, en cuanto á la nulidad de los contratos de la mujer sin autorización del marido, no se atiende á que ellos sean ó no convenientes á la mujer." (Pothier. *Traité de la puissance du mari*. 3. 4.)

"La mujer mayor de edad, soltera ó viuda, es tan capaz como el hombre para todos los actos de la vida civil; pues la ley no atiende á la ligereza ó inexperiencia que se imputa al sexo hermoso. Ahora bien, el matrimonio no altera las facultades intelectuales de la mujer ni su aptitud para los asuntos de la vida

233. III. La autorización es general cuando el marido concede á la mujer permiso ó licencia para toda especie

civil; luego el matrimonio no es el motivo en que se funda la necesidad de la autorización. ¿Cuál es la causa? La potestad marital, la subordinación de la mujer. Muy diferente de la autorización del guardador, en otro tiempo necesaria al pupilo; y también hoy, cuando excepcionalmente el pupilo mismo es el que obra, la autorización marital no se funda en la falta de inteligencia de la mujer; no es sino medio de disciplina interior y de gobierno doméstico; sólo interesa á las prerrogativas maritales y al derecho de preeminencia y de dirección, que exigen que la persona de la mujer esté bajo la dependencia del marido; y esa dependencia de la mujer consistiría en meras palabras, si no se extendiese á su patrimonio y á las obligaciones que puede contraer. El Presidente Bouhier explicaba bien estos motivos cuando decía que las buenas costumbres y la pública honestidad no permitían á la mujer entrar en negocios sin permiso del marido, para evitar sospechas. No hay sino un solo régimen instituido exclusivamente para proteger los intereses colectivos y matrimoniales de la familia y el interés individual de la mujer, y ese régimen es el dotal, en que la mujer se halla, en efecto, destituida de su capacidad relativamente á los bienes dotales; pero ello es una excepción que manifiesta la exactitud de la regla general; porque el régimen dotal conduce precisamente á derogar el derecho común. Y, por otra parte, según ese régimen, el marido mismo no puede autorizar á la mujer para que enajene la dote. Por consiguiente, no se trata de saber si la autorización se exige en interés del marido ó de la mujer; la autorización misma no surte efecto en cuanto á esos bienes inalterables. Lo cual evidencia que en todos los otros casos nada obsta, ya á la disponibilidad de los bienes, ya á la capacidad de la mujer, cuando el marido la autoriza; luego, sólo en interés del marido y de su potestad marital se exige la autorización. De donde se deduce que cuando quiera que se respete ese interés y esa potestad, todos los actos que la mujer casada ejecute serán tan válidos como si los hubiese ejecutado una mujer soltera." (Demolombe. IV. 114.)

"Como la mujer obedece al marido, según lo declara el art. 213, la ley deduce la consecuencia de que, celebrado el matrimonio, la mujer es incapaz para los actos de la vida civil mientras no la autorice el marido. En este aspecto la incapacidad de la mujer proviene de que es necesario subsista la potestad marital.

"Pero esta causa no puede ser la única, porque cuando el marido está ausente ó es incapaz, su autorización se reemplaza por la del juez. ¿Trataráse acaso de una idea de protección respecto de la mujer, atenta su debilidad ó inexperiencia? Evidentemente

de actos ó contratos, aun cuando el permiso ó licencia encierre ciertas restricciones. General es, por lo tanto, la

no, porque el legislador moderno no ha pensado en tal protección en cuanto á la mujer soltera.

"Lo cierto es que hay gran diferencia entre la condición de la mujer casada y la de la mujer soltera. Los actos de ésta no le interesan sino á ella; los de la mujer casada tienen influencia, al contrario, en el marido y en los hijos, esto es, en la familia. Natural, pues, que el jefe de la familia intervenga para resguardar los intereses comunes, y que en el caso de serle imposible su intervención personal, le reemplace la justicia. Por tanto, la teoría de la autorización marital se funda :

"1.º En la necesidad de que subsista la potestad marital;

"2.º En la de resguardar los intereses comunes de la familia.

"Mas no en el interés particular ó individual de la mujer.

"Tal es el sistema general que, en nuestro concepto, se deduce claramente de las disposiciones del Código civil." (Huc, II, 240).

"Sancionar para todos los actos de la vida civil el deber de obediencia impuesto á la mujer, y resguardar su patrimonio en cuanto está destinado á subvenir á las necesidades de la familia y á asegurar el porvenir de la misma; tal es el doble objeto que el legislador se propone cuando fija la regla sobre la autorización del marido; la cual se requiere no sólo en interés personal de la mujer misma, sino en el del marido, considerado como jefe de la familia y como guardián de los intereses que á ésta se refieren." (Zachariae, A. R. V § 472).

(3) La disposición del art. 223 no es una mera regla de interpretación de voluntad como la del art. 1988, que limita á los actos de administración el mandato en términos generales, y exige sólo para otros actos mandato expreso. Aquí, al contrario, la autorización general, aunque fuese expresa, sería insuficiente para habilitar á la mujer, bien para comparecer en juicio, bien para los actos que no sean de administración. Evidentemente es necesario un consentimiento que debe prestarse atentas las circunstancias que constituyen la utilidad y las bases sobre las cuales debe contratarse. De ahí que á nuestro modo de ver no sería especial la autorización para enajenar tal ó cual inmueble, si las bases de la enajenación se dejasen al arbitrio de la mujer. Por lo demás, esta doctrina no excluye la facultad de autorizarla de antemano, siempre que sea especialmente, esto es determinándose las bases sobre que se ha de proceder.

"La especialidad que se exige para la autorización no es necesaria para el mandato que el marido confiera á la mujer. Entonces el mandato se limitaría á los asuntos del marido, cuya gestión puede confiar á quien le parezca; al paso que no puede

autorización cuando el marido faculta á la mujer para todos los actos ó contratos de la vida civil, exceptuándose la venta ó hipoteca de los bienes raíces.

La autorización especial consiste en determinar, genérica ó individualmente, los actos y contratos que la mujer puede ejecutar ó celebrar. Si el marido autoriza á la mujer para vender, comprar, arrendar, hipotecar, la autorización es especial; y con más razón cuando el permiso se refiere al predio rústico A ó á la casa B.

Importantísima es la distinción, porque la autorización general no habilita á la mujer sino para los actos administrativos, y para todos los demás es necesario que la autorización encierre cláusulas especiales.

234. Como lo hemos visto en las Concordancias, el Código de Napoleón prohíbe expresamente se conceda á la mujer autorización general, y aún el estipularla en las

delegar á nadie, ni por consecuencia á la mujer misma, la vigilancia que debe ejercer en los intereses de ésta, porque delegaría el ejercicio de la potestad marital. " (Demante, I. 311 bis I-III).

" Como jefe de la familia é investido de la potestad marital, el marido debe autorizar á la mujer para que contrate. Ese derecho es inherente al estado de marido y en él se fundan la unidad de administración y la buena dirección de la sociedad conyugal. El marido no puede renunciar ese derecho sin menoscabar su propia dignidad y sin deponer la experiencia y madurez atribuidas al sexo varonil. Prohibese al marido no sólo renunciarlo expresa, sino tácita ó indirectamente. Tal sería la cláusula de las capitulaciones matrimoniales según la cual el marido concediese á la mujer autorización para todos los actos ulteriores en que ella interviniese. Esa autorización no podría surtir efecto sino para los actos administrativos, mas no para disponer de los bienes.....

" Es claro, en efecto, que la autorización general equivale á la falta absoluta de autorización. La autorización debe ser especial, y una general es una mera fórmula, una precaución sin realidad, una garantía ilusoria.

" Ahora bien, renunciar á la autorización marital es contravenir á una ley natural y de orden público, emancipar á la mujer, que debe obediencia al marido, derogar una de las leyes fundamentales del matrimonio. No conviene que la mujer goce de libertad ilimitada, porque su patrimonio es el último recurso de las familias, y es necesario más bien restringir que ampliar sus derechos de enajenación. " (Troplong. *Contrat de Mariage*, I. 55. 56.)

capitulaciones matrimoniales; mas Don Andrés Bello, siguiendo la Ley 56 de Toro y las doctrinas de sus expositores, permitió que el marido concediese á la mujer autorización general.

Hé aquí un punto importantísimo en que hay la más abierta pugna entre el Código de Napoleón y el Código chileno; y por eso debemos investigar cual de los dos sistemas es más conforme á los graves deberes que la ley impone al marido como administrador de los bienes de la mujer y de los sociales.

Cuando la ley prescribe que la mujer exija autorización del marido, no sólo confiere á éste un derecho, sino que le impone la estricta obligación de examinar si cada uno de los actos ó contratos que la mujer ejecuta ó celebra puede menoscabar los derechos de la misma mujer ó los de la familia (3).

Ahora bien, si el marido concede á la mujer autorización para que disponga á su arbitrio de sus bienes propios, ¿no hay efectivamente una renuncia de la potestad marital? ¿No es cierto que el marido deja de cumplir el estrictísimo deber de protección á su consorte?

Porque no debemos olvidar ni por un instante que hemos distinguido entre la autorización y el mandato, y la autorización es lo único prohibido por el Código francés. El marido puede conferir mandato á la mujer para que administre los bienes del mismo y los de la sociedad conyugal; pues si cualquiera persona que inspire al marido plena confianza puede administrar esos bienes, ¿por qué no los administraría la mujer en virtud de mandato del marido? Pero si éste autoriza á la mujer para que administre los bienes de ella, y él se reserva la administración de los suyos y de los sociales, tal proceder es de todo punto incompatible, lo repetimos, con los deberes que la ley impone al marido como jefe de la familia (3).

Al hablar Don Benito Gutiérrez Fernández de la Ley 56 de Toro, se expresa en estos términos: " Los modernos Códigos rechazan la autorización general: en el Proyecto del nuestro se usaba de la palabra especial, dice el comentador, pero se suprimió por respeto al espíritu de las antiguas leyes. Con efecto, el texto de

No vacilamos, pues, en preferir el sistema del Código de Napoleón, y creemos que Don Andrés Bello, al redactar el art. 158 de su Proyecto, no se fijó en la diferencia entre la autorización y el mandato, ni en que la autorización general para que la mujer administre los bienes propios de ella, pugna con el sistema mismo del Código chileno en cuanto á la potestad marital y á los deberes que ésta impone al marido. ¿Qué efecto surte el declarar, en el art. 135, que por el mero hecho del matrimonio el marido es el administrador de los bienes de la mujer, si puede autorizarla para que la misma disponga de sus bienes libremente?

Art. 141. El marido podrá revocar a su arbitrio, sin efecto retroactivo, la autorización general o especial que haya concedido á la mujer (*).

REFERENCIAS.

Autorización. 138.

General ó especial. 140.

la Ley de Toro es terminante; su razón, la que pasamos á exponer. La autorización general del marido supone la confianza que le inspira la capacidad de la mujer, equivale al reconocimiento de sus derechos que por él y en consideración á la familia tiene cohibidos. Este recurso puede serle indispensable en caso de enfermedad, ausencia, etc. etc. Pero si no nos oponemos á que la ley le conceda esta facultad, tenemos, si, que resistir las consecuencias que de ella se deducen. Una cosa es autorizar á la mujer para que haga lo que sin licencia no puede contraer válidamente; y otra muy diversa creer que por virtud de esa licencia el marido abdica en su mujer los derechos que le corresponden sobre la familia..... Si se ha de entender de otra manera, digan lo que quieran las reglas de derecho, creemos que la ley es viciosa, que la licencia general es anómala, y que para hacer una excepción en las relaciones domésticas, lo razonable, lo prudente es mandar como otros Códigos que la licencia sea especial para cada caso". (I. p. 470).

(*) Dalloz. Mariage. 933.934. — Zachariae (A. R.). V. § 472.5.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 159.

C. E. 135.

C. Arg. 195. El marido puede revocar á su arbitrio la autorizacion que hubiere concedido á su mujer, pero la revocacion no tendrá efecto retroactivo, en perjuicio de tercero.

C. C. 186.

COMENTARIO.

235. Como la autorización es acto meramente facultativo, síguese que el marido puede revocarla cuandoquiera que lo estime conveniente, sin que nadie tenga derecho para fiscalizar la revocación.

Mas si en virtud de la autorización la mujer ha ejecutado actos ó celebrado contratos, que confieren derechos á terceros, tales derechos subsisten aun cuando el marido revoque la autorización. Evidentísimo, pues, que la autorización no tiene efecto retroactivo.

En cuanto á los medios que se emplean para que los terceros tengan conocimiento de la revocación, ésta se sujeta á las mismas reglas que la del mandato.

Art. 142. El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer, i la ratificacion podrá ser tambien general o especial.

La ratificacion podrá ser tácita, por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia (*).

REFERENCIAS.

Ratificar. 1693-1695.

Actos. 137.

General ó especial. 140.

El inciso 2°. 147.

Locré. IV. 394. art. 4. — Dalloz. Mariage. 857-862. — Zachariae (M. V.) I. § 134. 4°. — Zachariae (A. R.) V. § 172. — Pacheco. Comentario á la Ley LVIII de Toro. — A la LIX. n. 2. — Gutiérrez (B) I. p. 472. 473.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 160. El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer; i la ratificación podrá ser también jeneral o especial.

C. E. 136.

C. Arg. 196. El marido puede ratificar general ó especialmente los actos para los cuales no hubiere autorizado á su mujer. La ratificación puede ser tácita por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su adquiescencia.

C. M. 203. La nulidad de los actos de la mujer, fundada en la falta de licencia marital ó judicial, no puede oponerse sino por ella misma, por el marido ó por los herederos de ambos. Si el marido ha ratificado expresa ó tácitamente los hechos de su mujer, ninguno puede intentar la acción de nulidad.

N. R. X. I. 14. El marido puede ratificar lo que su mujer hubiere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificación sea general, ó especial.

COMENTARIO

236. Según el art. 142, el marido puede ratificar los actos ó contratos que la mujer hubiere ejecutado ó celebrado sin su autorización; y la ratificación puede ser general ó especial; expresa ó tácita.

237. La ratificación tiene dos sentidos :

Aprobación de un acto ejecutado por una persona á nombre de otra, sin que ésta se lo hubiere autorizado.

Validación de un acto ó contrato que adolecía de nulidad relativa.

(a). El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado á su mujer, y la ratificación podrá ser también general ó especial.

La ratificación podrá ser tácita, por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia. (Art. 160 del Proyecto Inédito).

En el primer sentido la ratificación equivale á mandato, porque hacemos nuestro el acto ejecutado por otra persona; y así decimos que se ratifica el contrato celebrado por el mandatario que no se limitó á las facultades por el mandante conferidas.

En el segundo sentido, la ratificación da validez á un acto ó contrato que adolece de vicios susceptibles de sanearse.

Cuando la nulidad es absoluta, no hay ratificación; y aunque las partes empleen esa palabra, celebran un contrato del todo distinto; el cual no surte efecto sino desde el día en que se observaron las solemnidades esenciales prescritas por la ley para su validez. Si, por ejemplo, la mujer casada vende bienes raíces sin otorgar la respectiva escritura pública, y el marido la extiende expresando que ratifica el contrato celebrado por la mujer, no hay en realidad de verdad ratificación, sino un contrato de venta que, lo repetiremos, no surte efecto sino desde que la escritura pública se otorga.

238. En ambos sentidos puede ratificar el marido los actos ó contratos ejecutados ó celebrados por la mujer. Si ella compra bienes para la sociedad conyugal ó vende los que á ésta pertenecen, el marido puede aceptar el contrato; y si la mujer, debidamente autorizada por el marido para contratar, incurre en error ó es engañada por dolo, también puede el marido validar el contrato por medio de la ratificación.

La ratificación se retrotrae al instante mismo en que se ejecutó ó celebró el primitivo acto ó contrato.

La ratificación es una facultad del todo discrecional, y consecuencia necesaria de la de contratar; pues si el marido puede celebrar todos los contratos que la ley no le prohíbe, puede hacer suyos los contratos que la mujer hubiere celebrado sin que preceda autorización.

239. El Código francés guarda silencio sobre la ratificación, y sus expositores discuerdan (1) sobre si es ó no válida

(1) " La autorización del marido puede concederse antes del acto, ó cuando la mujer lo celebra. ¿Pero después?

" Mucho se controvierte sobre esto.....

la ratificación del marido: Parécenos evidente que atentas las disposiciones de los arts. 217 y 223, el marido puede ratificar *nominalim* cada uno de los actos ó contratos de la mujer, mas no ratificarlos de una manera general.

240. Como según el Código chileno el marido puede autorizar á la mujer especial ó generalmente, síguese que la ratificación puede ser también especial ó general.

241. La ratificación puede ser expresa ó tácita.

Si bien la ley distingue entre la autorización que precede

“ El art. 1304 declara que la prescripción de diez años no corre contra la mujer sino desde el día de la disolución del matrimonio. Ahora bien, si el marido pudiese ratificar, durante el matrimonio, el plazo de diez años, cuya expiración no es otra cosa que un convenio tácito, debería también correr contra él durante el matrimonio; luego, la acción de la mujer también se hallaría prescrita después de los diez años durante el matrimonio y desde el contrato nulo celebrado por ella; luego se contravendría al art. 1304.

“ Es un principio, además, que una persona á quien la ley confiere un derecho ó acción, no puede perderlo por actos de otra persona; y como la ley concede á la mujer una acción de nulidad que le es peculiar, acción distinta é independiente de la que el marido puede ejercer, la mujer no puede perderla por hecho del marido, ni ser privada de un derecho adquirido y que pertenece á su patrimonio. Ese derecho acaso representa un inmueble de la mujer, y el marido no puede enajenarlo sin consentimiento de la misma. Hubiera sido necesario para eso una disposición expresa como la del art. 183; pero en nuestro caso no hay ninguna, y la excepción claramente establecida en el art. 183 se justifica por el favor especial del matrimonio. Aquí, al contrario, la facultad del marido de privar á la mujer de su acción de nulidad no presenta sino inconvenientes y peligros. ” (Demolombe. IV. 211).

“ Todos se acuerdan en que la expresión del consentimiento del marido puede preceder al acto ó contrato. Por la misma razón juzgo, contra el parecer de muchos, que el consentimiento del marido puede ser posterior, siempre que la mujer persevere en el suyo. ” (Demante. I. 305 bis. VIII.)

“ ¿Puede la autorización del marido conferirse después del acto ó contrato? Este es un punto muy controvertido..... El consentimiento posterior del marido ratifica el acto, siempre que intervenga durante el matrimonio, cuando ejerce la potestad marital, y que preceda á cualquier acción de nulidad deducida por la mujer; porque de otro modo habría un derecho adquirido desde el día de la demanda. ” (Dalloz. Mariage. 857.)

al acto ó contrato de la que consiste en la intervención del marido, y exige que la primera conste por escrito; en cuanto á la ratificación misma se siguen las reglas generales sobre la prueba; pues la excepción establecida en el art. 140 sobre la prueba escrita no es aplicable sino en el caso determinado taxativamente.

Art. 143. La autorizacion del marido podrá ser suplida por la del juez, con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo, i de ello se siga perjuicio á la mujer.

Podrá asimismo ser suplida por él juez en caso de algun impedimento del marido, como el de ausencia real o aparente; cuando de la demora se siguiere perjuicio (*).

REFERENCIAS.

Autorización. 138.

La del juez. 146. 1751.

Ausencia real ó aparente 473.

CONCORDANCIAS

P. de B. 161. La autorizacion del marido podrá ser suplida por la del juez, con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo, i de ello se siga perjuicio a la mujer.

162. Podrá asimismo ser suplida por el juez en caso de algun impedimento del marido, como el de ausencia real o aparente; cuando de la demora se siguiere perjuicio (a).

C. E. 137.

(*) Locré. IV. 394 art. 5. 7. 8. — 395 art. 10. — 399. 37. 40. — 434 art. 55. 58. — 468 art. 68. 69. — 524. 66. 68. — Pothier. Puissance maritale. 12. — Toullier. I. 649. 654. — Laurent. 111. 126. 127. 129. 141. — Zachariae (M. V.) I. § 134. — Zachariae (A. R.) V. § 472. — Demante I 306-306 bis V. 308-309 bis 111. 310-310 bis. — Huc. II. 255-261. — Vazeille. 11. 341-344. — Pacheco. Comentario á las leyes LVII y LIX de Toro. — Gutiérrez (B) I. p. 471. 473-476. — Febrero. 11. 665. 9. — Lacoste. 151. 152.

(a) La autorización del marido podrá ser suplida por la del

C. de N. 218. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation.

219. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil.

221. Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation, sans que le mari ait été entendu ou appelé.

222. Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

218. Si el marido se deniega á autorizar á la mujer para que comparezca en juicio, el juez puede conceder la autorización.

219. Si el marido se deniega á autorizar á la mujer para ejecutar un acto, la mujer puede hacer citar al marido directamente ante el tribunal de primera instancia del distrito del domicilio conyugal, que puede conferir ó denegar la autorización, oído el marido ó debidamente citado ante la cámara del consejo.

221. Cuando el marido es condenado á pena afflictiva ó infamante, aunque no se le haya impuesto sino por contumacia, la mujer, aun mayor, no puede, mientras dure la pena, comparecer en juicio ni contratar sino autorizada por el juez, que, en tal caso, puede conferir la autorización sin citar ni oír al marido.

222. Si el marido se halla interdicto ó ausente, puede el juez, con conocimiento de causa, autorizar á la mujer, ya para comparecer en juicio, ya para contratar.

juez con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo, y de ello se siga perjuicio á la mujer.

Podrá asimismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento del marido, como el de ausencia real ó aparente; cuando de la demora se siguiere perjuicio (Art. 161 del Proyecto Inédito).

224. Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

224. Si el marido es menor, la autorización del juez es necesaria á la mujer, ya para comparecer en juicio, ya para contratar.

C. Arg. 188 (Véanse las *Concordancias* del art. 136).

193. Bastará que la mujer sea solamente autorizada por el juez del domicilio, cuando estuviese el marido demente ó en lugar no conocido; en los casos del art. 177, por ser menor el marido ó la mujer, y se hubiesen casado sin las autorizaciones necesarias; ó en los casos del artículo 135, título De los menores, en cuanto á los actos que los menores casados no pueden ejecutar.

194. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden suplir la falta de la autorización del marido cuando éste se hallare ausente ó impedido para darla, ó la rehusare sin motivo fundado, y ella fuese necesaria y útil á la mujer ó al matrimonio.

P. de G. 64. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden suplir la falta de la licencia marital, requerida en los dos artículos precedentes, cuando el marido sea menor de 18 años y carezca de padres, ó cuando siendo mayor se halle ausente ó impedido, ó la rehusare sin motivo fundado.

C. C. 188.

C. P. 184. La muger que no está autorizada por el marido, puede serlo por el juez, con conocimiento de la necesidad ó utilidad, y expresándose los objetos á que se limita la autorización.

185. Si el marido se halla presente ó es conocido su paradero, se le citará y oirá ántes de autorizar judicialmente á la muger.

186. No se requiere la citación ni audiencia del marido para la autorización de la muger, en los casos siguientes:

1º. Si el marido está, por causa de interdicción, privado de la administración de los bienes:

2º. Si, estando ausente de su domicilio ó residencia, se ignora su paradero, ó es urgente la necesidad de la autorización.

C. M. 200. Si el marido estuviere ausente del domicilio conyugal, ó si estando presente rehusare sin causa justificada autorizar á la mujer para litigar ó contraer, la autoridad judicial podrá conceder esta autorización.

201. La mujer necesita autorización judicial:

I. Para litigar ó contraer, cuando tanto ella como su marido fueren menores de edad. En este caso la autorización será siempre especial :

II. Para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato.

C. de la L. 126. 127. 129 (los artículos 218, 219 y 222 del Código de Napoleón.

N. R. X. I. 13. (leyes LVII y LIX de Toro). El juez con conocimiento de causa legítima ó necesaria compela al marido, que dé licencia á su muger para todo aquello que ella no podria facer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, el Juez solo se la puede dar.

15. Quando el marido estuviere ausente, y no se espera de proximo venir, ó corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, seyendo legitima ó necesaria o provechosa á su muger, pueda dar licencia á la muger, la que el marido le habia de dar, la qual así dada, vala como si el marido se la diese.

COMENTARIO

242. La autorización del marido puede ser suplida por la del juez en los casos siguientes :

1º Cuando el marido se la denegare sin justo motivo :

2º Cuando la denegación acarrea perjuicio á la mujer; y

3º Cuando el marido tiene algún impedimento para concederla, si de la demora se sigue perjuicio.

243. 1. Como jefe de la familia y de la sociedad conyugal, sólo el marido conoce á ciencia cierta si debe ó no autorizar á la mujer. Pero hay casos excepcionales en que el marido, por mala fe, error ó capricho, no autoriza á la mujer; y como en la asociación civil, regida por leyes, no puede haber ningún poder ilimitado, síguese que el juez, á petición de la mujer, debe investigar si el marido procede legal y equitativamente cuando deniega á la mujer su autorización para ejecutar actos ó celebrar contratos (1).

(1) " Como la potestad de los particulares ", decia Portalis, " está sujeta á la ley, el juez puede intervenir para calificar la "

La mujer solicita del marido la autorización, y, denegada, acude al juez, el cual decide con pleno conocimiento de causa, es decir, en vista de las pruebas sobre los hechos puestos por las partes en tela de juicio.

Tales hechos atañen á dos puntos :

1º Que el marido deniega la autorización sin justo motivo; y

2º Que de ello resulta perjuicio á la mujer.

Ambas circunstancias deben concurrir conjuntamente, y si faltare alguna, el juez no debe autorizarla.

No pueden darse reglas fijas sobre el motivo justo, que depende de la necesidad del acto ó contrato ó de la utilidad que de él reportaría la mujer.

negativa del marido, y, si es injusta, restablecer las cosas á su estado legítimo." (Locré IV. 521. 66.)

"La potestad del marido debe ser, no de opresión, sino de protección. Si el marido deniega á la mujer autorizarla para los actos ó contratos que le son necesarios, puede ella acudir al juez." (Toullier. II. 649.)

"Según el artículo 218, si el marido deniega autorización á la mujer para que comparezca en juicio, el juez puede concederla. El artículo 219 encierra una disposición análoga para los actos extrajudiciales. En general, la justicia no interviene en el ejercicio de la potestad marital ni puede intervenir para modificar ó alterar los derechos de los ciudadanos. ¿Por qué, pues, el Código permite al juez conceder la autorización que el marido deniega? Porque la potestad marital es un deber más bien que un derecho, un deber de protección confiado al marido en interés de la mujer y de la familia; y la protección no debe degenerar en opresión. Si la negativa del marido puede ser injusta, debe facultarse á la mujer para que acuda á los tribunales. Proudhon expone otro motivo: 'El marido', dice, 'no es sino el delegado de la ley cuando ejerce el poder de que ella le reviste; el poder público, que absorbe todos los poderes individuales, puede, con mayor razón, suplirlos. Protestamos decididamente contra tal doctrina, que es la de la soberanía absoluta del Estado, esto es, la doctrina del poder absoluto, bien el Estado se denomine república, reino ó imperio. No, el Estado no absorbe los derechos; interviene el juez para resolver la controversia. El marido que deniega injustamente la autorización abusa de sus derechos. La mujer también los tiene; puede ejecutar los actos jurídicos que le interesan. Al juez le incumbe decidir la controversia entre el marido y la mujer." (Laurent. III. 126.)

Y no basta, como hemos dicho, que falte justo motivo para denegar la autorización; es necesario, además, que la no autorización acarree perjuicio *á la mujer*.

Tratándose de las obligaciones y derechos de los cónyuges, hay que distinguir los del marido, los de la mujer, y los de la sociedad conyugal.

El marido es el representante legal de la mujer, y el socio que administra libremente los bienes de la sociedad conyugal, sin que la mujer pueda intervenir, sino en casos anómalos, en esa administración. Cuando se trata, pues, de actos ó convenciones útiles al marido ó á la sociedad conyugal, la mujer no puede solicitar autorización de juez; porque en tal caso ella es un tercero que carece de derecho para intervenir en la administración. Si, por ejemplo, la mujer se propone adquirir, á título oneroso, un predio rústico, que, según dice, es muy útil para el progreso de la sociedad conyugal, porque contribuiría al fomento de otros predios que la misma sociedad posee; por evidente que fuese la conveniencia de la adquisición, y aun cuando se manifestara que la sociedad conyugal cuenta para ello con dinero ocioso, el juez no pudiera autorizar á la mujer para la compra; pues si ésta se efectuase, el inmueble pertenecería, no á la mujer, sino á la sociedad conyugal; y, lo repetimos, sólo el marido decide, como árbitro supremo, lo que es conveniente á los intereses de la propia sociedad. No hubiera en tal caso *justo motivo* para denegar la autorización; pero faltaría la otra circunstancia, la del perjuicio que ello acarrearía *á la mujer*.

Insistimos en esto porque es importantísimo. Según el sistema de la sociedad conyugal, el juez no puede inmiscuirse en los asuntos de ésta ó del marido sino cuando se trata de la separación de bienes, y, por lo mismo, puede calificar la denegación del marido sólo á exigir la mujer que se la autorice para ejecutar ó celebrar actos ó contratos que se refieran á sus intereses. Si, por ejemplo, la mujer hubiere contraído deudas anteriores al matrimonio, los bienes propios que ella aportare estarán obligados al pago de las mismas. Entonces la mujer pudiera exigir que el juez la autorice para vender sus alhajas y satisfacer aquellas deudas.

Lo dicho acerca de los contratos, es aplicable á la autoriza-

ción para que la mujer comparezca en juicio. Á falta de la autorización del marido, puede concedérsela el juez cuando el litigio se refiera, no á la sociedad conyugal ni al marido, sino exclusivamente á derechos ú obligaciones de la mujer. Ésta aporta al matrimonio créditos hipotecarios cuyo plazo esté vencido; suscítanse otras ejecuciones contra el predio que asegura el crédito; citado el marido para que conforme al art. 2428 comparezca á reclamar los derechos provenientes de la hipoteca, no se presenta, por negligencia ó mala voluntad, á exigir que se deposite el dinero que á su mujer se le adeuda. Salta á la vista que la mujer solicitará en tal caso autorización del marido para comparecer en juicio, y que si él se la deniega, el juez debe autorizarla para que ejerza la acción hipotecaria.

Lo mismo fuera aplicable si, deducida acción reivindicatoria contra un inmueble aportado por la mujer al matrimonio, el marido fuese omiso ó negligente en la defensa.

Exceptuándose los casos en que la falta de autorización perjudique á la mujer, el juez no puede concedérsela por infundada ó caprichosa que sea la denegación del marido.

Son manifiestos los inconvenientes que de la regla contraria resultarían. La mujer pretendiera intervenir directamente en los negocios de la sociedad conyugal, y el marido debería dar cuenta de todos sus actos y contratos para que el juez decida con acierto si la falta de autorización perjudica al marido ó á la sociedad conyugal.

Y de ello se deduce que el juez ni concedería término para la justificación de los hechos, sino cuando la demanda de la mujer se funde en que la falta de autorización le ocasiona perjuicio á ella mas no al marido ó á la sociedad.

244. II. Otras son las reglas que han de observarse cuando el marido se halle en imposibilidad transitoria para autorizar á la mujer.

La imposibilidad proviene de enfermedad, de ausencia real ó aparente, ó de cualquier otro motivo que por corto tiempo impide al marido la administración de sus bienes.

En cuanto á la ausencia, no se toma esta palabra en el

sentido que le da el art. 473, sino en la acepción de no presencia en el domicilio conyugal (2).

Si el marido, que no ha constituido mandatario, está enfermo ó ausente, y hay urgencia de ejecutar actos ó celebrar contratos cuya omisión sea en perjuicio de la

(2) "Discútese el artículo 8. (a).

"Pregunta el primer Cónsul si la comisión habla de un marido que esté sólo ausente del lugar donde reside la mujer, ó del marido á quien se ha declarado ausente."

"M. Berlier. "La mujer estaría mucho tiempo en imposibilidad de obrar, si no pudiese obtener autorización del juez antes que al marido se hubiera declarado ausente; y, además, el tribunal concede la autorización con conocimiento de causa."

"M. Tronchet. "Esta última razón disipa todo temor, y permite ampliar la disposición. Antiguamente se concedía la autorización por mera solicitud; los funcionarios civiles de Argouges y Angran han pedido que no se autorice sino con conocimiento de causa; lo cual salva todos los inconvenientes, y permite que subsista una práctica necesaria; pues aun cuando el marido no esté en lugar remoto, puede haber tanta urgencia, que la mujer no tenga tiempo para solicitar su autorización."

"Acéptase el artículo." (Locré IV. 399. 40.)

"No es necesario que la ausencia del marido sea declarada ni aun presunta; basta que esté él tan distante que no pueda conceder la autorización tan pronto como el caso lo exige. A los jueces incumbe decidir si hay peligro en la demora, y si deben autorizar á la mujer sin aguardar que el marido regrese ó sin determinar tiempo para consultarle." (Toullier. II. 651.)

"La ausencia del marido es la primera de las causas de imposibilidad,....., su ausencia, ó declarada, ó sólo presunta.

"Mareadé juzga que en caso de mera no presencia la mujer debe esperar que el marido regrese, ó pedirle autorización por carta.

"Tal proposición nos parece demasiado absoluta....., porque la palabra ausencia no tiene siempre en nuestras leyes su acepción técnica especial. Esta solución es por otra parte en realidad necesaria. Si bien la mujer no debe aprovechar de un viaje del marido para contratar sin que él lo sepa, la separación del mismo no debe ponerla en imposibilidad de ejecutar un acto urgente y muy legal. Los jueces apreciarán todas las circunstancias." (Demolombe: IV. 214.)

(a) Si le mari est interdit pour cause de démence, ou s'il est absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

mujer, del marido ó de la sociedad conyugal, pudiera la mujer solicitar que el juez, con conocimiento de causa, le conceda la respectiva autorización.

Entonces procede la mujer unas veces por su derecho propio, y otras como interesada en que prosperen los negocios del marido y de la sociedad conyugal.

Del tenor y espíritu del inciso último del art. 143 se deduce que éste no prevé sino un impedimento transitorio. Los casos en que el impedimento es de larga ó indefinida duración, como interdicción, prolongada ausencia etc., están previstos por el art. 145; y entonces la mujer, lejos de acudir al juez para obtener autorización, toma la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

244. III. Si bien el art. 143 expresa que en todos los casos en que el marido deniegue la autorización, pueda ser suplida por el juez; es evidente que éste no pudiera conceder á la mujer autorización general; porque esa autorización se hallaría en la más abierta pugna con el sistema mismo del Código civil sobre la potestad marital y sobre la administración de la sociedad que los cónyuges forman tan luego como el matrimonio se celebra.

Cuando el marido falta á los deberes que la ley le impone, ésta concede á la mujer varios medios para compelerle á cumplirlos.

Si el marido la despidе del domicilio conyugal, la mujer acude al juez para que obligue al marido á recibirla, y si el marido se deniega, el juez le compele á suministrarle á ella alimentos congruos.

Si la administración del marido es errónea ó descuidada, si emprende él en especulaciones aventuradas, si dilapida sus bienes, la mujer acude al juez para que declare la separación, y entonces la sociedad conyugal se disuelve. Pero ninguna ley autoriza al juez para que, no concurriendo las circunstancias previstas en el art. 145, autorice á la mujer para administrar la sociedad conyugal.

Acaso se alegue que si el juez autoriza á la mujer, los bienes de ésta son los que responden de las obligaciones que ella contrae. Pero el usufructo de los bienes raíces de la mujer pertenece á la sociedad conyugal, y los derechos que la ley confiere al marido se menoscabarían por la autorización judicial.

En los juzgados y tribunales del Ecuador se ha establecido la absurda corruptela de que los jueces concedan á la mujer autorización general.

Según el Código de Napoleón no puede suscitarse acerca de esto ni la más leve duda; pues, como lo hemos visto, ni el marido mismo puede conceder tal autorización.

Art. 144. Ni la mujer, ni el marido, ni ambos juntos, podrán enajenar o hipotecar los bienes raíces de la mujer, sino en los casos i con las formalidades que se dirán en el título De la sociedad conyugal (*).

REFERENCIAS.

Hipotecar. 2407.

Bienes raíces. 569-570.

En los casos y con las formalidades. 1754.

El artículo. 1681. 1682-1684.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 170. Si la mujer es menor de veinte i cinco años, no se podrán enajenar ni hipotecar sus bienes raíces, sin autorización judicial, con conocimiento de causa.

C. E. 138.

COMENTARIO.

245. Tanta importancia se da en el Código chileno á la prohibición de enajenar los bienes raíces de la mujer casada, que tal prohibición se comprende entre los derechos y deberes de los cónyuges.

Esos bienes deben conservarse para la subsistencia de la familia, y el marido no puede contar con ellos para sus especulaciones ni proyectos.

En cuanto á la enajenación misma y á sus requisitos, el Código los determina en el Título de la sociedad conyugal, y á él nos referimos.

Art. 145. Si por impedimento de larga ó indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia, o desaparecimiento, se suspende el ejercicio de la potestad marital, se observará lo dispuesto en el § 4 del título De la sociedad conyugal (*).

REFERENCIAS.

Interdicción. 412. 456.

Ausencia. 473.

Desaparecimiento. 80, 83.

Se observará lo dispuesto en el § IV del título De la sociedad conyugal, 1758-1763.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 163. Si por impedimento de larga o indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia o desaparecimiento, se suspende la potestad marital, se siguen los efectos indicados en el § IV del título De la sociedad conyugal (a).

C. E. 139.

P. de G. 61. Corresponde á la muger la administracion de los bienes del matrimonio ó solamente de los dotales, en los casos previstos en el capítulo 5, título 6, libro 3 de este Código.

C. C. 191.

COMENTARIO.

246. Vimos ya que el Código distingue entre el impedimento transitorio del marido para proveer á la administración de los bienes de la mujer ó de la sociedad conyugal, y el impedimento de larga ó indefinida duración, como el de interdicción, prolongada ausencia ó desaparecimiento. En el primer caso el juez autoriza á la mujer cuando ella tiene urgencia de un acto ó contrato cuya omisión perjudique á la mujer, al marido ó á la sociedad conyugal.

En el segundo se suspende el ejercicio de la potestad marital, y la ley misma confiere á la mujer la administración extraordinaria de los bienes sociales.

Las reglas sobre esa administración se determinan en el Título de la sociedad conyugal, y las examinaremos al comentarlo.

Art. 146. La autorización judicial representa la del marido i produce los mismos efectos, con la diferencia que va á expresarse.

La mujer que procede con autorización del marido, obliga al marido en sus bienes de la misma manera que si el acto fuera del marido; i obliga además sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto : i lo mismo será si la mujer ha sido autorizada judicialmente por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que haya podido presumirse el consentimiento de éste.

Pero si la mujer ha sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios; mas no obligará el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad, o el marido hubieren reportado del acto.

Además, si el juez autorizare a la mujer para aceptar una herencia, deberá ella aceptarla con beneficio de inventario; i sin este requisito obligará solamente sus propios bienes a las resultas de la aceptación (*).

REFERENCIAS.

- Autorización judicial. 143.
- La del marido. 136. 137.
- Obliga. 1437.
- Bienes. 565.
- De la misma manera que si el acto fuera del marido. 1751.
- Haber social. 1725.
- Hasta concurrencia del beneficio que la sociedad, ó el marido, hubieren reportado del acto. 1730.
- Aceptar una herencia. 954. 1225.
- Beneficio de inventario. 1247.
- Obligará solamente sus propios bienes á las resultas de la aceptación. 1245.

CONCORDANCIAS.

P. de B, 164. La autorización judicial representa la del

(*) Locré. IV. 339. 37.—Dalloz. Mariage. 849. 929. 932.—Contrat de Mariage. 1067-1069.—Toullier. I. 655-657.—Zachariae (A. R.). V. § 472.—Zachariae (M. V.) I. § 134.—Vazeille. II. 357.—Demolombe. IV. 318. 319.—Gutiérrez (B.) I. p. 376-489.

marido i produce los mismos efectos, con la diferencia que va a expresarse.

La mujer que procede con autorizacion del marido, obliga el haber social, de la misma manera que si el acto fuera del marido; i obliga ademas sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto : i lo mismo será si la mujer ha sido autorizada judicialmente por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que haya podido presumirse la voluntad del marido, i que el juez lo haya declarado así.

Pero, si la mujer ha sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios; mas no obligará el haber social sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieren reportado del acto.

Ademas, si el juez autorizare a la mujer para aceptar una herencia, deberá la mujer aceptarla con beneficio de inventario; i sin este requisito será de ningún valor la aceptacion (a).

C. E. 140. La autorización judicial representa la del marido, y surte los mismos efectos, con la diferencia que va á expresare.

La mujer que procede con autorización del marido

(a) La autorización judicial representa la del marido i produce los mismos efectos, con la diferencia que va á expresarse.

La mujer que procede con autorizacion del marido, obliga el haber social i los bienes del marido, de la misma manera que si el acto fuera del marido; i obliga ademas sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto : i lo mismo será si la mujer ha sido autorizada judicialmente por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que haya podido presumirse el consentimiento de éste.

Pero si la mujer ha sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obliga solamente sus bienes propios; mas no obligará el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad, o el marido hubieren reportado al acto.

Ademas, si el juez autorizare á la mujer para aceptar una herencia, deberá la mujer aceptarla con beneficio de inventario; y sin este requisito obligará solamente sus propios bienes a las resultas de la aceptación. (Art. 164 del Proyecto Inédito.)

obliga á éste en sus bienes, de la misma manera que si el acto fuere del marido; y además obliga sus bienes propios hasta el valor del beneficio particular que ella reportare del acto. Lo mismo será si la mujer hubiere sido autorizada judicialmente, por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que pueda presumirse el consentimiento de éste.

Pero si la mujer hubiere sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios; mas no el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta el valor del beneficio que la sociedad ó el marido hubieren reportado del acto.

Además, si el juez autorizare á la mujer para aceptar una herencia, ella deberá aceptarla con beneficio de inventario; y sin este requisito obligará solamente sus bienes propios á los resultados de la aceptación.

C. de N. 1417. Si la sucesion n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, et s'il y a eu inventaire, les créanciers ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession, et, en cas d'insuffisance, sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme.

1326. Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce.

1417. Si la sucesión fué aceptada por la mujer con autorización de la justicia, negándosela el marido, y si hubo beneficio de inventario, los acreedores no pueden perseguir el pago sino en los bienes tanto muebles como inmuebles de dicha sucesión, y, en caso de insuficiencia, la nuda propiedad de los otros bienes personales de la mujer.

1426. Los actos ejecutados por la mujer sin el consentimiento del marido, y aun con autorización de la justicia, no obligan los bienes de la sociedad conyugal, sino cuando la mujer ha contratado como mercadera pública, y por negocios mercantiles.

C. Arg. 197. Los actos y contratos de la mujer no autorizada por el marido, ó autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligarán solamente sus bienes propios, si no pidiera ella rescisión de la obligación en el

primer caso; pero no obligarán el haber social ni los bienes del marido, sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad conyugal o el marido hubiesen reportado del acto, á no ser que el régimen del matrimonio fuese el de una comunidad universal.

1282. La mujer que ejecuta actos de administracion, autorizada por el juez por impedimento accidental del marido, obliga á este como si el acto hubiese sido hecho por él.

COMENTARIO.

247. Juzgamos que se hubiera procedido más lógica y jurídicamente, limitándose el legislador á expresar que en el Título de la sociedad conyugal se determinarán los efectos que la autorización del marido ó la judicial surten.

Y aun hubiera podido suprimirse el art. 146, porque si bien la autorización del marido ó la judicial es uno de los efectos del matrimonio, las consecuencias de la autorización atañen al derecho de las obligaciones.

En el Título que en el Código de Napoleón tiene el epígrafe: " De los derechos y deberes de los cónyuges ", no hay ningún artículo análogo al que comentamos.

Art. 147. Se presume la autorizacion del marido en la compra de cosas muebles que la mujer hace al contado.

Se presume tambien la autorizacion del marido en las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia.

Pero no se presume en la compra al fiado de galas, joyas, muebles preciosos, aun de los naturalmente destinados al vestido y menaje, a ménos de probarse que se han comprado, ó se han empleado en el uso de la mujer ó de la familia, con conocimiento y sin reclamacion del marido (*).

(*) Merlin. Autorisation maritale. Sec. VII. n. VII.—Pothier. Puissance du mari. 49.—Toullier. XII. 261-277.—Vazeille. II. 335.—Laurent. III. 124.—Zachariae (M. V.). I. § 134.—Démolombe. IV. 169.—Huc. II. 259.

REFERENCIAS.

Se presume. 17. 1712.

Autorización del marido. 138, 2º.

Cosas muebles. 566. 567.

A menos de probarse que se han comprado, ó se han empleado en el uso de la mujer ó de la familia, con conocimiento y sin reclamación del marido. 142.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 165.

C. E. 141.

C. Arg. 190..... Se presume tambien la autorizacion del marido, en las compras al contado que la mujer hiciese, y en las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia.

C. C. 192.

C. Esp. 62. Son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. Las compras de joyas, muebles y objetos precisos, hechas sin licencia del marido, sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido á su mujer el uso y disfrute de tales objetos.

COMENTARIO.

248. El art. 138 fija la regla de que no se presume la autorización del marido sino en los casos que la ley ha previsto, y ahora se determinan algunos de los casos.

249. I. Presúmese tal autorización en la compra de muebles que la mujer hace al contado.

Si bien el marido es el jefe de la familia, sus atenciones en los graves negocios concernientes al patrimonio de la misma no le permiten atender á lo meramente doméstico, y para los gastos de la casa deja á disposición de la mujer una suma de dinero. Si la mujer la invierte en la compra de cosas muebles, que casi siempre se consumen en las necesidades de la familia, nada más natural

ni más equitativo que la mujer sea hábil para la compra de esas cosas.

250. En esto la regla es conforme á los principios de la ciencia del derecho; pero no lo es en cuanto declara que la mujer procede en virtud de *autorización presunta* del marido; pues hay en realidad de verdad una *autorización tácita* como sinónima de mandato; porque la mujer se limita á representar al marido, que es quien provee á las necesidades de la familia. Pothier enseña (1) que la mujer no necesita autorización del marido para los actos que ejecuta á nombre de él; pues si contrata como su mandataria, el mandante es el que se obliga. "Por la misma razón", añade, "cuando la mujer casada acepta las cuentas de mercaderes por las provisiones hechas á la familia, esta aceptación se efectúa por el *consentimiento tácito* del marido, que, por costumbre general, encomienda á la mujer tal encargo. Para la validez de la aceptación no es necesario que el marido autorice á la mujer, por cuanto ésta no procede á ella por su derecho propio; el marido es quien la acepta por el ministerio de la mujer."

Los más notables intérpretes del Código de Napoleón sostienen (2) que en cuanto á tales compras, la mujer procede en virtud de mandato tácito del marido.

(1) Puissance du mari. 49.

(2) "La mujer está autorizada para ejecutar, sin el consentimiento del marido, los actos concernientes á la dirección del hogar doméstico. Pero esa facultad proviene, no de una autorización tácita, sino de un *mandato tácito* que le confiere el marido, cuyos negocios administra dirigiendo el hogar doméstico, cuyo jefe es el mismo marido. De lo cual se deduce que los contratos que celebra ella en esta gestión no obligan sino al marido mandatario mas no á la mujer." (Zachariae. M. V. I. 134.)

"En todo tiempo se ha decidido que la mujer, sin obligarse, obliga al marido, por los contratos que celebra para las necesidades de la casa con mercaderes, proveedores, etc., etc.

"Que esta especie de necesidades y pormenores son de incumbencia de la mujer, es evidente en nuestras costumbres. Así lo exigen la utilidad, los hábitos sociales y el interés del marido mismo; por cuanto de otra manera la mujer no tendría crédito ni para las cosas más necesarias á la subsistencia de la familia. Pero no olvidemos que el marido es el único jefe y

De la naturaleza de la presunción legal se deduce que es admisible prueba en contrario, á no ser que la ley misma la rechace expresamente supuestos los antecedentes ó circunstancias. Y como en el presente caso la ley no rechaza la prueba de que el marido no autorizó á la mujer para la compra al contado de cosas muebles, síguese que según las disposiciones legales vigentes, el marido pudiera manifestar por escrito, cuya fecha sea cierta, que prohibió á la mujer tal compra, y anular el contrato exigiendo al vendedor la devolución del dinero. ¿No se abren entonces las

director de la casa, y que en ésta todo debe hacerse á su nombre.

“Entonces la mujer procede, no en virtud de autorización, sino más bien de *mandato* del marido; no trata por su derecho propio, y, por consecuencia, no necesita autorización propiamente dicha; trata como mandataria del marido, como trataría un mayordomo de casa. Júzgase que el marido confiere á la mujer *mandato* para todos los gastos necesarios á la familia según sus necesidades y su posición social.” (Demolombe. IV. 169.)

“La regla general de que los actos ejecutados por la mujer sin autorización no obligan al marido ni los bienes sociales, comporta una excepción notable en cuanto á las compras de comestibles y otras provisiones ordinarias de la casa, de medicamentos y vestidos para la familia, de utensilios y muebles necesarios para el menaje.

“Se ha juzgado siempre que las deudas contraídas por la mujer en razón de esos objetos, bien verbalmente comprando á crédito, bien por escrito cuando acepta las cuentas de los mercaderes y proveedores, ú otorgándoles pagarés, son deudas de la comunidad, que el marido debe pagar cuando no hay fraude”.

“Esta excepción se funda en el orden que la naturaleza misma ha establecido para el gobierno de la familia, y en la distribución general de la administración de los asuntos domésticos: al marido le incumben los negocios de fuera; á la esposa, los pormenores de la economía doméstica, el proveer á todo lo que exigen las necesidades diarias. Eso se practica en Francia; y si en las casas opulentas las mujeres desdennan atenciones que en otros tiempos eran propias aún de las hijas de los reyes, y se emplea en ellas domésticos que en otro tiempo se llamaban mayordomos de casa; nunca se ha puesto en duda que estos dependientes, en la parte que se les confía, obligan á sus señores á pagar las cuentas de provisiones que han comprado para la casa y los documentos suscritos por los mismos objetos.” (Toullier. XII. 261.)

puertas para que el marido, de acuerdo con la mujer, defraude á las personas que con ésta han contratado?

Se evitarían estos inconvenientes declarándose que hay mandato tácito del marido cuando la compra de cosas muebles que la mujer hace al contado. Salta á la vista que el mandato tácito puede ser revocado si el marido prohíbe á la mujer la compra, y lo pone en conocimiento del público ó de las personas que contratan con la mujer.

251. II. Presúmese asimismo la autorización del marido en las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia.

Esta regla se funda en los mismos principios que la anterior. La mujer conoce á ciencia cierta las necesidades de la familia, y debe proveerla de todo cuanto conduzca á satisfacerlas. Pero esas necesidades han de ser, no ficticias, sino reales y efectivas.

252. De la mera presunción nacen las mismas dificultades que de la precedente, y acaso ellas son más graves. Compra la mujer cosas al fiado; en vez de emplearlas en las necesidades de la familia, las revende, y disipa el precio; el marido alega que habiendo prohibido á la mujer la compra, no subsiste la presunción legal, y que no está obligado al pago. ¿No sería inicuo que esa prohibición, no conocida de terceros, les ocasionara un perjuicio irreparable?

Si se dijese que los terceros deben exigir en cada caso la autorización del marido, sería difícilísima la situación de la mujer; la cual con frecuencia acude al crédito para proveer á las necesidades de la familia. El marido se ausenta, las compras son urgentísimas, y si para cada contrato se exigiese á la mujer autorización escrita, la ley, lejos de proteger á la familia, la pondría en penosísima situación.

Conciliaríanse los intereses del marido y de la mujer con los de la familia, determinándose la regla general de que ya hablamos: la mujer procede en virtud de mandato tácito del marido si compra al fiado cosas destinadas á satisfacer las necesidades reales y efectivas de la familia. Si el marido revoca el mandato, la revocación debe ser notificada al público ó á las personas que contratan con la mujer.

253. III. No se presume la autorización del marido en la compra al fiado de galas, joyas, muebles preciosos, aún de los naturalmente destinados al vestido y menaje.

El mandato tácito del marido para la compra de ciertos objetos es una regla excepcional, y las excepciones son de derecho estricto. La mujer compra al contado porque el marido deja á su disposición una suma de dinero; la misma puede comprar al fiado objetos destinados á las necesidades de la familia; y eso no presenta inconvenientes tratándose de una mujer honesta y juiciosa.

Pero no cupiera ni como suposición que la mujer esté autorizada por el marido para arruinar á la familia, comprando joyas valiosísimas, y muebles lujosos, y ello pugnaría con la esencia misma de las presunciones, que se fundan en las leyes físicas, morales ó intelectuales de la naturaleza.

La reforma que ya propusimos tuviera, además, la ventaja de que se suprimirían, como superfluas, la regla tercera, así como la cuarta que pasamos á examinar.

254. IV. Presúmese que se han comprado con autorización del marido las galas, joyas, muebles preciosos..., si se prueba que esos objetos se han empleado en el uso de la mujer ó de la familia con conocimiento y sin reclamación del marido.

En este caso resalta más lo absurdo de la mera presunción legal.

Si el marido exige se declare la nulidad de la compra de galas, joyas, muebles preciosos; el vendedor puede alegar la ratificación tácita, esto es, que el marido ejecutó actos de los cuales se deduce inequívocamente que se propuso validar el contrato. ¿Y qué acto más inequívoco que el conocer el marido que la esposa empleaba las joyas, muebles preciosos, etc., en el uso de la familia sin haberlo reclamado? Rendida esa prueba, ¿qué otra rendiría el marido para combatirla? ¿Pretendiera acaso que no está obligado al pago del precio, porque no supo que los objetos se habían comprado? ¿No bastaría esa prueba para que al marido se le tenga por infame? Un hombre de bien no puede proponerse probar que él no sabe cómo adquirió su mujer galas, joyas, muebles preciosos...

255. En resolución, es necesario que el artículo, para ser conforme al sistema del Código, se redacte como sigue:

La mujer procede en virtud de mandato tácito del marido cuando compra al contado cosas muebles, y cuando compra

al fiado objetos destinados á satisfacer las necesidades reales y efectivas de la familia.

Si el marido revoca el mandato tácito, debe notificar la revocacion al público ó á las personas que contratan con la mujer.

Art. 148. El marido menor de veinte i un años necesita de curador para la administracion de la sociedad conyugal (*).

REFERENCIAS.

El artículo. 26. 266. 43. 342. 367.

CONCORDANCIAS

P. de B. 169.

C. E. 143.

C. Arg. 131. La emancipación de los menores, sin distinción de sexo, sólo tendrá lugar en el caso de matrimonio de éstos, 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 autorización necesaria, conforme á lo dispuesto en este Código.

132. Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada.

133. La emancipación es irrevocable y produce el efecto de habilitar á los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan ó no hijos.

134. Los menores emancipados por el matrimonio no podrán ni con autorización del Defensor de Menores, y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores, y dar finiquito á éstos, ni hacer donaciones de bienes de cualquier especie y valor, por actos entre vivos.

135. Tampoco podrán, sin expresa autorizacion del juez,

(*) Locré. IV. 524. 68.—Pothier. Puissance de mari. 29-32.—Dalloz. Mariage. 875.—Toullier. II. 653.—Laurent. III. 128. 129.—Demolombe. IV. 220. 221.—Vazeille. II. 349.—Huc. II. 272.

y bajo pena de nulidad, vender ó hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean :

Ni vender los fondos ó rentas públicas que tuviesen, ni las acciones de compañías de comercio ó de industria;

Ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos;

Ni hacer arrendamientos, como arrendadores ó arrendatarios, por plazo que esceda de tres años;

Ni recibir pagos que pasen de mil pesos;

Ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio á juicio arbitral;

Ni estar en juicio en pleito civil.

C. C. 193. El marido menor de diez y ocho años necesita de curador para la administración de la sociedad conyugal.

C. Esp. 59. El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1384.

Si fuere menor de diez y ocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre; y á falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

En ningún caso, mientras no llegue á la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces.

COMENTARIO

256. Expresando la ley que el menor de veintiún años necesita curador para la administración de la sociedad conyugal, síguese que tan luego como el marido los cumple es hábil para la administración de los bienes sociales, y que la emancipación proveniente del matrimonio surte no sólo el efecto de libertar al menor de su estado de hijo de familia ó de pupilo, sino también el de habilitarle para todos los actos concernientes así á la administración de sus bienes propios, como á los de la sociedad conyugal.

557. Pero si el Código chileno procede sobre el supuesto de que los hijos menores de veinticinco años carecen de suficiente juicio y discernimiento, debería restringir la

capacidad de los menores á los actos ordinarios de administración, exigiendo autorización judicial para los actos más importantes como los enumerados en el art. 135 del Código argentino (copiado en las *Concordancias*).

258. Cuando el marido es menor de veintiún años necesita curador para la administración de la sociedad conyugal; y como la mujer pudiera ser mayor, no parece razonable que ella esté subordinada al curador del marido.

Si la mujer fuese mayor, lo más conforme á los principios y al sistema del Código sería que la mujer tenga la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

Los inconvenientes son tanto más graves cuanto una mujer mayor de edad puede casarse con un individuo de catorce años, y estar subordinada durante siete años al curador del marido.

Art. 149. Las reglas de los artículos precedentes sufren excepciones ó modificaciones por las causas siguientes :

1ª. El ejercitar la mujer una profesion, industria ú oficio.

2ª. La separacion de bienes.

3ª. El divorcio perpetuo.

REFERENCIAS.

El ejercitar la mujer una profesión, industria ú oficio. 150.

La separación de bienes. 152.

El divorcio perpetuo. 168.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 168. Las reglas de los artículos precedentes sufren excepciones ó modificaciones por las causas siguientes :

1ª. La menor edad de uno de los cónyuges o de ambos;

2ª. El ejecutar la mujer una profesión, industria ú oficio;

3ª. La separación de bienes;

4º. El divorcio. (a).

C. F. 144.....

3º El divorcio.

C. C. 194. Las reglas de los artículos precedentes sufren excepciones ó modificaciones por las causas siguientes:

1º. El ejercitar la mujer profesión, industria ú oficio;

2º. La separación de bienes.

C. Esp. 66. Lo establecido en esta sección se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Código sobre ausencia, incapacidad, prodigalidad é interdicción del marido.

COMENTARIO

259. Pasa el legislador á determinar los casos en que las reglas concernientes á las obligaciones y derechos entre los cónyuges comportan excepciones.

Esos casos consisten :

1º. En ejercer la mujer una profesión, industria ú oficio:

2º. En la separación de bienes :

3º. En el divorcio.

260. No nos parece lógica ni jurídica la división.

Cuando la mujer ejerce una profesión, industria ú oficio, procede autorizada por el marido; subsiste la sociedad conyugal, y el marido continúa administrando sus bienes propios, los de la mujer y los bienes sociales.

Pero si hay separación de bienes ó divorcio, en el primer caso la sociedad conyugal se disuelve, y en el segundo no sólo se efectúa la disolución, sino que se suspenden las relaciones entre los dos cónyuges.

Si hay separación de bienes, el derecho de éstos experimenta profunda alteración; si divorcio, la alteración se extiende á las relaciones entre las personas.

De ahí que el Código de Napoleón da reglas especiales sobre la separación de bienes y el divorcio (separation de

(a) Las reglas de los artículos precedentes sufren excepciones ó modificaciones por las causas siguientes;

1º. El ejercitar la mujer una profesión, industria u oficio;

2º. La separación de bienes;

3º. El divorcio perpetuo. (Artículo 167 del Proyecto Inédito).

corps); que prescinde de que la mujer ejerza una profesión distinta del comercio, y que prevé, en el art. 220, el caso en que la mujer sea mercadera, comprendiéndolo en las reglas generales sobre los derechos y obligaciones entre los cónyuges.

COMENTARIO

261. Este artículo encierra dos reglas :

1°. Cuando la mujer ejerce públicamente una profesión ó industria, presúmese la autorización del marido para todos los actos ó contratos relativos á la misma profesión ó industria; y

2°. Cesa la presunción si el marido notifica al público ó especialmente al que contrata con la mujer, que ésta no puede ejercer la profesión ó industria.

262. Á la regla primera es aplicable, *mutatis mutandis*, todo lo que observamos, al comentar el art. 147, sobre la presunción establecida por la ley. En este caso la autorización es, no presunta, sino tácita; pues no se admitiría prueba en contrario. La autorización tácita consiste en el hecho inequívoco de que el marido permite que la mujer ejerza públicamente una profesión ú oficio.

Quando la mujer es actriz, obstetrix, profesora de colegio, maestra de escuela, y el marido guarda silencio, la autoriza tácitamente para todos los actos á ello concernientes. Después de un año ó dos de haber ejercido la mujer á vista y paciencia del marido la profesión de maestra de escuela, ¿pudiera alegar él que prohibió á la mujer la celebración del contrato y que éste adolece de nulidad? Si bien tal consecuencia se deduce de los términos textuales del artículo, su espíritu evidencia que la regla excepcional consiste en que la mujer queda autorizada, sin admitirse prueba en contrario, para todos los actos ó contratos concernientes á su profesión ú oficio.

263. La regla segunda, en realidad de verdad, no versa sobre la autorización del marido, sino sobre la manera de revocar la autorización tácita concedida á la mujer.

Conviniera, pues, modificar la redacción del art. 150, expresándose que si la mujer ejerce públicamente una

profesión ó industria, se halla habilitada, por autorización tácita del marido, para los respectivos actos ó contratos; y que el marido puede revocar la autorización, noticiándolo al público ó al que contrata con la mujer.

264. En todo cuanto no se opone el art. 150 á las reglas generales puntualizadas en el párrafo primero, éstas determinan los derechos y deberes de los cónyuges. Luego, la mujer que ejerce una profesión ú oficio es incapaz para todos los actos jurídicos no conexionados con su profesión ú oficio, y no puede litigar sin autorización escrita del marido.

265. En el Código ecuatoriano hallamos la reforma absurda de que en los casos del art. 145 (150 del Código chileno) la mujer es hábil para comparecer en juicio sin autorización del marido.

Resalta más lo absurdo de tal reforma, observándose que subsiste en todas sus partes el art. 154 (159 del Código chileno), según el cual la mujer separada de bienes necesita autorización del marido, ó, á falta de ésta, autorización judicial para comparecer en juicio. De manera que cuando subsiste la sociedad conyugal, y no hay sino autorización tácita para celebrar ciertos contratos, cuyos efectos redundan en daño ó provecho de la misma sociedad, la mujer litiga sin autorización del marido, y si la necesita cuando la mujer contrata por su propia cuenta administrando los bienes que se le han entregado en virtud de la sentencia sobre separación.

§ II.

Excepciones relativas a la profesion u oficio de la mujer.

Art. 150. Si la mujer casada ejerce públicamente una profesion ó industria cualquiera (como la de directora de colejo, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza), se presume la autorización jeneral del marido para todos los actos i contratos concernientes a su profesion ó industria, miéntras no intervenga reclamacion

6 protesta de su marido, notificada de antemano al público, ó especialmente al que contratare con la mujer.

REFERENCIAS.

Se presume la autorización general del marido. 47. 1712. 138, 2º 142. 140. 146. 1751.
Para todos los actos y contratos. 137. 1438.

CONCORDANCIAS.

C. E. 145.....

La disposición de este artículo habilita á la mujer, en los casos que él contiene, para parecer en juicio sin necesidad de la licencia del marido.

C. Arg. 190. Se presume que la mujer está autorizada por el marido, si ejerce públicamente alguna profesion ó industria, como directora de un colegio, maestra de escuela, actriz, etc., y en tales casos se entiende que está autorizada por el marido para todos los actos ó contratos concernientes á su profesion ó industria. Si no hubiese reclamacion por parte de él, anunciada al público ó judicialmente intimada a quien con ella hubiese de contratar. Se presume tambien la autorización del marido, en las compras al contado que la mujer hiciese, y en las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia.

C. C. 195.

Art. 151. La mujer casada mercadera está sujeta a las reglas dictadas en el Código de Comercio (*).

(*) Locré. IV. 394. art. 6.—339. 38.—134. art. 56.—521. 67.—XVII. 132. 2-4.—136. 7.—143. 2.—151. 4.—158. 2.—161. 2.—301. 4.—349. 4.—358. 2.—Pothier. Puissance du Mari. 20-22.—Daloz. Mariage. §22. 814. 882. 927. 928. 930. 931.—Commercant. 160-221.—Contrat de Mariage. 1028-1050.—Laurent. III. 116-123.—Demante. I 307-307bis VII.—Pardessus. I. 63-71.—Vazeille. II. 329-334.—Massé. II. 1106-1133 bis.—Zachariae. (M. V.) I. 134. IV. § 642.—Delvincourt. I. p. 341 (2). 342 (4). 343 (5. 6).—Huc. II. § 264-267.

REFERENCIAS.

El artículo. 4º.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 172. La mujer casada, mayor de veinte i un años, que fuere mercadera con autorización de su marido otorgada por escritura pública, podrá obligarse i obligar a su marido en actos y contratos concernientes a su comercio; i podrá asimismo hipotecar i enajenar sus bienes propios, para la seguridad o cumplimiento de sus obligaciones como tal mercadera; pero de cualquier edad que sea, no podrá enajenar ni hipotecar los bienes de su marido o el haber de la sociedad conyugal, sin autorización del marido otorgada por escritura pública; ni ménos parecer en juicio, por sí o por procurador, aun en causas relativas a su comercio, sin autorización escrita del marido, o de la justicia en subsidio; salvo en los casos excepcionales del artículo 154.

C. E. 146.

C. de N. 220. La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.

220. La mujer, si es mercadera pública, puede, sin autorización del marido, obligarse en lo que concierne a sus negocios; y, en tal caso, obliga también a su marido si hay sociedad conyugal.

Es reputada mercadera pública, no cuando se limita a vender por menor las mercancías pertenecientes al comercio de su marido, sino cuando ejerce el comercio separadamente.

COMENTARIO

266. Cuando la mujer casada es mercadera, se siguen las reglas especiales que se determinan en el Código de comercio.

El Código de comercio, en sus arts. 11, 12, 13, 14, 15,

16, 17 y 18 (1) sigue, aunque con ciertas modificaciones, las

(1) Art. 11. Puede asimismo comerciar la mujer casada mayor de veinticinco años, con previa autorizaci6n del marido, otorgada en escritura pública.

Sin embargo, si la mujer casada mayor de edad ejerce públicamente el comercio, se presume la autorizaci6n del marido para todos los actos relativos a esa profesi6n, aun cuando no se haya otorgado escritura pública, mientras no intervenga reclamaci6n o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratare con la mujer.

Art. 12. La mujer casada mayor de veintiun años i menor de veinticinco puede igualmente comerciar, llenando estos requisitos:

1º. Que el marido mayor de edad le otorgue la autorizaci6n competente. Si el marido fuere menor de veintiun años, la autorizaci6n deberá ser aprobada por la justicia ordinaria;

2º. Que el decreto aprobatorio sea registrado i publicado en la forma prescrita por la lei.

Art. 13. Revocada la autorizaci6n concedida a la mujer casada, el marido deberá hacer registrar i publicar un extracto de la escritura revocatoria, so pena de responder a los terceros de buena fe de las obligaciones que la mujer contrajere despues de la revocaci6n.

Art. 14. La mujer casada no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su marido.

Art. 15. La mujer que comercia con autorizaci6n expresa o tácita obliga a la responsabilidad de sus actos los bienes de su marido, los de la sociedad conyugal i los suyos propios, de cualquiera naturaleza que sean. Si comerciare con autorizaci6n expresa del marido, la escritura de autorizaci6n podrá limitar la responsabilidad, escluyendo el marido sus bienes i los de la sociedad.

Art. 16. La mujer divorciada i la que ha obtenido separaci6n de bienes, siendo mayores de edad, pueden comerciar, previo el registro i publicaci6n de la sentencia de divorcio i separaci6n.

Si la divorciada fuere mayor de veintiun años i menor de veinticinco, deberá obtener habilitaci6n de edad.

Si la mujer separada de bienes fuere mayor de veintiun años i menor de veinticinco, se sujetará a lo dispuesto en el art. 12.

Art. 17. La mujer casada mayor de edad que fuere comerciante puede hipotecar i vender libremente sus bienes inmuebles.

Si fuere mayor de veintiun años i menor de veinticinco, podrá tambien hipotecar i vender, observando en la venta lo dispuesto en los arts. 393 i 391 del Código civil.

Art. 18. El menor comerciante i la mujer divorciada o separada de bienes pueden comparecer en juicio por si solos en todas las cuestiones relativas a su comercio.

La mujer no divorciada ni separada de bienes no puede estar en juicio sin la autorizaci6n escrita de su marido o de la justicia ordinaria en subsidio.

reglas puntualizadas en los arts. 4, 5 y 7 del Código de comercio expedido en Francia (2).

Estudiemos esas reglas sólo en cuanto atañen á la capacidad de la mujer para ser comerciante; pues los efectos de los contratos que la mujer celebra, corresponden á la sociedad conyugal.

267. I. La mujer casada mayor de veintiún años puede ejercer el comercio, previa autorización del marido otorgada en escritura pública.

Hé aquí la única prueba de la autorización expresa. No sería admisible la testimonial ni la confesión del marido.

Si éste deniega á la mujer su autorización, el juez no puede concedérsela (3); ya porque sólo al marido le com-

(2) Art. 4. La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.

Art. 5. La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé.

Art. 7. Les femmes marchandes publiques peuvent également engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles.

Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil.

(3) "Mucho se controvierte sobre si el juez puede autorizar á la mujer para que ejerza el comercio, bien en caso de ausencia ó de incapacidad del marido, bien si éste deniega la autorización.....

"El parecer más conforme á la ley y á los motivos que la han dictado es, según nosotros, el que consiste en que la mujer no puede en ningún caso ser comerciante sin el consentimiento personal del marido.

"La autorización marital es la regla, y la autorización de juez la excepción. Pues bien, de los arts. 218, 219, 221, 222 y 224 del Código de Napoleón, se deduce que la autorización judicial no puede suplir la del marido sino cuando la mujer trata de comparecer en juicio, de ejecutar un acto ó de contratar.....; luego, tal autorización no se concede cuando la mujer pretende ser mercadera. El art. 220, que está entre aquellos artículos, que dan reglas sobre la autorización judicial, conduce únicamente á reglar

pete juzgar si la honestidad y decoro permiten que la mujer sea mercadera, ya porque los actos de comercio redundan siempre en utilidad ó perjuicio de la familia, por cuyos intereses debe velar constantemente el marido.

268. II. Conforme al inciso 2º, art. 11, del Código de comercio, si la mujer casada mayor de edad ejerce públicamente el comercio, presúmese la autorización del marido para todos los actos relativos á esa profesión, mientras no intervenga reclamación ó protesta del marido notificada de antemano al público ó especialmente al que contratare con la mujer.

Del contexto de este artículo y de su historia fidedigna (4) se deduce que la mujer no puede ejercer el comercio

el efecto de las obligaciones comerciales de la mujer y determinar en qué caso puede ser ella mercadera pública; pero no hallamos en él ni una sola palabra de donde se deduzca que la justicia puede autorizarla. " (Demolombe. IV. 248.)

" La autorización para el comercio es de una naturaleza especial : si la autorización ordinaria es indispensable para los actos de la vida civil, la autorización para el comercio es un consentimiento anticipado para todos los actos de la mujer comerciante. La primera es siempre especial; la general, al contrario, es el carácter distintivo de la segunda.

" De lo cual se deduce que si el marido denegase su autorización para que la mujer ejerza el comercio, ésta no puede ser autorizada por la justicia. Los arts. 218 y 219 del Código civil no permiten á los tribunales autorizar á la mujer, á denegarse el marido, sino cuando se trata de una autorización especial, y no cuando la autorización es general. Luego, si la mujer no mercadera pública tuviese necesidad de un acto aislado de comercio, para el cual le denegase el marido su consentimiento, la mujer pudiera acudir á la justicia; mas no si exige autorización para una serie de actos que le confieran la calidad de mercadera pública. " (Massé. II. 1113.)

(4) Discútense los arts. 4, 5 y 6 (a).

(a) Art. 4. Sont également habiles à faire le commerce et à s'engager, les femmes mariées et communes en biens, lorsque le mari a donné son autorisation, et qu'elle a été enregistrée et affichée, comme il est dit à l'article précédent.

Dans ce cas, le mari est responsable solidairement des engagements que sa femme a contractés.

Art. 5. Les femmes mariées et non communes en biens sont

públicamente, sino cuando proceda á ciencia y paciencia del marido. Si mientras éste se halla ausente principia la mujer

habiles à faire le commerce et à s'engager, lorsqu'elles auront fait enregistrer et afficher, comme il est dit en l'article 3, l'acte ou jugement qui constate leur séparation.

Art. 6. Les veuves faisant ou voulant faire le commerce feront enregistrer et afficher l'acte mortuaire de leur mari.

M. Bigot Prémeneu. " La disposición del art. 4 es nueva. Según el derecho actual para que la mujer se reputé mercadera pública, y, como tal, obligue á la sociedad, basta que la mujer ejerza el comercio á ciencia y paciencia del marido. Parece más justo que las obligaciones hacia terceros dependan sólo de ese hecho que de las solemnidades prescritas en el artículo y aun el Código civil lo supone "

M. Segur. " El derecho actual tiene el inconveniente de que el marido que ha hecho un viaje largo puede, á su regreso, hallar compromisos sin haber autorizado para ellos á la esposa. "

M. Bigot Prémeneu. " Trátase entonces de un caso particular, que se decidirá según las circunstancias y los hechos. "

M. Merlin. " La disposición del art. 4 modifica el Código civil, que debe respetarse con nimio escrúpulo. "

M. Beugnot. " Es indispensable no permitir que la mujer se constituya mercadera pública sino con autorización del marido. Si no se aceptan las precauciones propuestas, es necesario sustituirlas con otras. ¿Cómo suplirlas? ¿Se declarará que la mujer no autorizada es incapaz de obligarse? ¿Se ordenará que la denegación del marido se publique por carteles? Todo eso originaría dificultades. El sistema del artículo es á un mismo tiempo el más seguro y el más natural "

M. Cretet. " El objeto del artículo conduce á impedir que la mujer sea independiente. Pugnara con la naturaleza de las cosas y con los principios del Derecho civil que pueda ella disponer de los bienes sociales sin autorización del marido. Si bien es raro que la mujer ejerza el comercio sin tal autorización, de todo punto necesario que no pueda prescindir de ella. De otra manera, le bastaría, para obligar al marido, suscribir pagarés á la orden; pues en virtud de ellos se constituiría mercadera pública..... Ninguna precaución debe omitirse.

M. Bigot Prémeneu. " Nunca he visto litigios sobre si el marido ha concedido ó no la autorización. "

M. Treillard. " No se reputará que la mujer ejerce notoriamente el comercio por haber otorgado algunos pagarés á la orden, y entonces no obligaría ella al marido. Lo mismo fuera si abandonase el domicilio conyugal, y formase en otra parte un establecimiento. Trátase, pues, del caso en que la mujer hace el comercio en presencia del marido; entonces éste puede impedirsele; y si

el comercio, ó si la mujer abandona el domicilio conyugal, y ejerce en otra parte el comercio públicamente, será

no ejerce tal facultad, es evidente que presta un consentimiento tácito.

M. Bérenger. " Si la mujer ejerce el comercio notoriamente, es imposible que el marido no lo sepa; no hay, pues, que emplear precauciones para impedir que no se obligue él contra su voluntad; por lo mismo, todos los requisitos propuestos por la comisión serian nugatorios; tal sistema pudiera aun ser peligroso, en cuanto suministraría al marido de mala fe el recurso de eludir, por un disentimiento extemporáneo, las obligaciones para las cuales hubiese autorizado tácitamente á la mujer; luego, conviene preferir la redacción del ministro: " Si la mujer ejerce notoriamente el comercio, el marido es responsable de las obligaciones que en virtud de tal comercio contrae la mujer, si no hay separación de bienes, y si la separación no se ha registrado y publicado en la forma y plazo prescritos por el art. 37 ".

M. Defermon. " Abundo en este parecer. Juzgo con el ministro que debe atenderse á la calidad de la persona, y no, con la comisión, que todo dependa de un hecho particular. "

M. Bérenger. " El sistema del ministro es tanto más razonable cuanto se trata de personas que, no siendo *sui juris*, no pueden proceder sino notoriamente. "

M. Regnaud (de Saint-Jean d'Angeli). " Á lo ménos conveniria explicar lo que se entiende por la palabra notoriamente, cuyo sentido es muy vago y puede abusarse de ella en ciertas circunstancias. M. Ségur aduce un ejemplo notable: el de la mujer que hubiese ejercido el comercio mientras la ausencia del marido. En verdad habria ejercido ella notoriamente el comercio, y no fuera cierto que el esposo la autorizó. Debe, pues, expresarse que la mujer no obliga á la sociedad conyugal sino cuando ejerce el comercio á ciencia y paciencia del marido. "

M. Treilhard. " La palabra *notoriamente* supone que el comercio es público y que el marido lo conoce. "

M. Defermon. " La redacción propuesta por M. Regnaud no surtiria otro efecto que multiplicar las dificultades. Cuando una mujer ejerce públicamente el comercio, natural suponerse que el marido la ha autorizado. Necesario no exponer al público á sorpresas y disentimientos concertados entre los cónyuges de mala fe. "

El Archicanciller. " Para que haya método en la discusión convendria elegir entre lo propuesto por la comisión de lo interior y lo propuesto por M. Bigot Prémeneu, y tratar después de la redacción. "

" Acéptase la proposición de M. Bigot Prémeneu. "

" Continúa discutiéndose la redacción. "

absurdo afirmar que el marido le confirió autorización tácita.

Ya observamos, al comentar el art. 150, que aun cuando la ley exprese que *se presume* la autorización del marido, la autorización es tácita; porque, lo repetimos, si el marido sabe á ciencia cierta que la mujer ejerce el comercio públicamente, y guarda silencio, no pudiera rendir prueba alguna contra la pretensa presunción. Cuando notifica al público ó á las personas que contratan con la mujer, revoca la autorización tácita, y esa revocación nada tiene que ver con la naturaleza de las presunciones.

269. III. Si el marido es mayor de edad, puede autorizar, para que ejerza el comercio, á la mujer que habiendo cumplido veintiún años sea menor de veinticinco.

Si el marido fuere menor de veintiún años, la autorización debe ser aprobada por la justicia ordinaria, y registrarse la resolución aprobatoria en la forma prescrita en el art. 22 del mismo Código (5).

M. Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) " Seria peligroso limitarse á la palabra *notoriamente*. Una mujer, lo repito, pudiera ejercer el comercio notoriamente para todo el mundo, con excepción del marido. El marido puede estar ausente por una misión diplomática, el servicio militar... La tienda, el almacén de la mujer pueden abrirse muy notoriamente, pero sin saberlo el marido, que á su regreso estaria en ruina y deshonorado.

" M. Jaubert lee el art. 220 del Código civil y añade que esta redacción es preferible á la del ministro, porque las palabras : si es mercadera pública enuncian todas las ideas que se desea expresar."

" El Consejo resuelve que se emplee la redacción del art. 220 del Código civil. " (Loché. XVII. 132. 2-4.)

(5) Art. 22. En el registro del comercio se tomará razón en extracto i por orden de números i fechas de los siguientes documentos :

1º De las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de donación, venta, permuta, u otras de igual autenticidad que impongan al marido alguna responsabilidad a favor de la mujer;

2º De las sentencias de divorcio o separacion de bienes i de las liquidaciones practicadas para determinar las especies o can-

La primera parte de la regla es conforme á los principios.

Pero la segunda pugna con lo dispuesto por el art. 148 del Código civil, según el cual el marido menor de veintiún años necesita de curador para la administración de la sociedad conyugal.

Si el marido mismo es inhábil para la administración, ¿cómo puede autorizar á la mujer para que ejerza el comercio? ¿Prescindiérase en este caso de la autorización del curador, que es quien administra la sociedad conyugal? ¿No se alteraría esencialmente la sociedad concediéndose á la mujer la autorización para comerciar?

No desconocemos que el art. 12 del Código de comercio, como especialísimo, prevalece sobre el art. 148 del Código civil. Pero tampoco cabe duda en que no hay ninguna razón plausible para que en materia de tanta importancia y trascendencia se prescinda del curador.

270. IV. La mujer casada no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su marido (6).

tidades que el marido deba entregar a su mujer divorciada o separada de bienes;

3º De los documentos justificativos de los haberes del hijo o pupilo que está bajo la potestad del padre o guardador;

4º De las escrituras de sociedad, sea ésta colectiva, en comandita o anónima, i de las en que los socios nombraren jereñte de la sociedad en liquidación;

5º De los poderes que los comerciantes otorgaren a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios.

(6) " La mujer de un comerciante, aunque ayude al marido en el comercio, no es mercadera pública : como cualquiera otra mujer, no puede contratar válidamente por su derecho propio sin la autorización del marido, y cuando vende en la tienda del marido ó ejecuta cualesquiera otros actos que por costumbre se los permite el marido, no es ella la que contrata; limitase á servir al marido que es quien contrata. Procede ella entonces como un factor ó como una dependiente (fille de boutique)...

" Para que la mujer sea mercadera pública, es preciso que ejerza públicamente un comercio en que el marido no interviene, bien porque él no sea comerciante, bien porque ejerza uno diverso del de la mujer. (Pothier. Puissance du mari. 20.)

" Una mujer no es comerciante porque ejerza el comercio con

Cuando el establecimiento de comercio perteneciere al marido, y la mujer presta ahí servicios, limitase á cooperar á los negocios. Si entonces el marido le confiere mandato, se aplican las reglas que á éste conciernen.

Pero si el marido y la mujer tienen sendos establecimientos de comercio; cada uno de los cónyuges es comerciante, y ambos se sujetan á las reglas especiales dictadas en el Código de comercio.

271. V. Revocada la autorización, el marido deberá registrar y publicar un extracto de la escritura revocatoria.

Muy natural que el marido revoque á su arbitrio la autorización concedida á la mujer (7); mas, para evitar el

autorización del marido. Es necesario que éste no sea comerciante ó que, si lo es, tenga la mujer un comercio distinto y separado. De lo cual se deduce que si una mujer se casa según el régimen de la sociedad conyugal, y sin estipular que el comercio que ejerce continuará por su derecho propio, cesa de ser comerciante, porque se presume haber aportado á la sociedad su comercio que debe ejercer el marido.

“ No es necesario que el comercio de la mujer sea diverso del que ejerce el marido; bastaría que sea separado. Nada impediría, pues, que una mujer no casada bajo el régimen de la sociedad conyugal tuviese participación en una empresa en que también la tuviese el marido; y que sus derechos en ella se ejercieran lo mismo que los de los extraños.

“ Sólo las circunstancias pueden servir para disipar las dudas en cuanto á si el marido ó la mujer es comerciante. Basta saber que cuando el marido es comerciante, la mujer que ejecutase actos de comercio no contrataría sino como factor ó dependiente... ” (Pardessus. I. 65.)

(7) “ Según el artículo 4 del Código de comercio, la mujer no puede ser mercadera pública sin autorización del marido; luego si ésta es necesaria desde el principio para que la mujer sea mercadera pública, es igualmente necesario que el consentimiento persista cuando la mujer continúa ejerciendo el comercio. Luego, el marido puede revocar á su arbitrio la autorización que ha concedido á la mujer para que ejerza el comercio. Lo cual se deduce de los principios generales de la potestad marital, que no permiten que el marido la renuncie confiriendo una autorización que no pueda revocar. Ni debe distinguirse á este respecto entre la mujer que es mercadera pública cuando se casa, y la que viene á serlo después; porque ambas ejercen el co-

perjuicio de terceros, debe inscribirse la revocación. El registro de comercio se ha establecido para que todos los que quieran cerciorarse de la capacidad y solvencia de ciertas personas, acudiendo á él procedan con pleno conocimiento de las circunstancias que pueden influir en la validez y eficacia de las respectivas obligaciones.

272. VI. Si el marido no hace registrar, y publicar el extracto de la escritura revocatoria, será responsable de las obligaciones que la mujer contrae para con terceros de buena fe.

Esta regla es del todo conforme á los principios sobre los efectos que surte la revocación del mandato.

273. VII. La mujer divorciada y la que ha obtenido separación de bienes siendo mayores de edad, pueden comerciar, previo el registro y publicación de la sentencia de divorcio y separación.

« Si la divorciada fuere mayor de veintiún años y menor de veinticinco, deberá obtener habilitación de edad.

« Si la mujer separada de bienes fuere mayor de veintiún años y menor de veinticinco, se sujetará á lo dispuesto en el art. 12. »

El inciso primero habilita á la mujer divorciada ó separada de bienes para ejercer el comercio aún contra la voluntad del marido; lo cual nos parece opuesto á los principios esenciales que según el Código civil determinan los derechos y deberes entre los cónyuges.

Aunque haya divorcio, no se ha disuelto el vínculo del matrimonio, y el marido tiene el derecho de velar por la conducta de la mujer. Cuando ella no es honesta, ninguna profesión más peligrosa que la del comercio, y el marido debiera conservar el derecho de oponerse á que la mujer ejerza tal profesión.

Atendiéndose sólo á los intereses pecuniarios, acaso convenga que la mujer comercie libremente. Pero los redactores del Código de comercio chileno olvidaron que la moral y buenas costumbres son las que determinan prin-

mercio autorizadas por el marido, y el marido no podría estipular, expresa ó tácitamente, en las capitulaciones matrimoniales, que no puede revocar la autorización. " (Massé. II. 1115.)

principalmente las relaciones personales entre los cónyuges, y que ellas deben prevalecer sobre el derecho de los bienes y el de las obligaciones.

Todavía es más anómala la disposición tratándose de la mujer separada de bienes. Aunque la separación disuelve la sociedad conyugal, subsisten íntegras las obligaciones entre los cónyuges en todo cuanto atañe á las personas; entre esas obligaciones se cuenta la obediencia de la mujer, y pugna con la obediencia que la mujer sea mercadera contra la voluntad del marido.

274. VIII. La mujer divorciada ó separada de bienes puede comparecer en juicio en los litigios que atañen al comercio.

La mujer divorciada ó separada de bienes no puede estar en juicio sin la autorización escrita del marido, ó de la justicia ordinaria en subsidio.

No hay razón alguna para que la mujer separada de bienes, que ejerce el comercio, comparezca en juicio sin autorización del marido (8). Aun cuando la mujer ejerza el comercio, los litigos, como lo observa Laurent, son actos que rara vez acontecen, y que por su grande trascendencia pueden comprometer los intereses de la familia. Si bien la sociedad conyugal está disuelta, subsisten las relaciones personales entre los cónyuges, y ambos deben proveer de consuno á la subsistencia y educación de los hijos.

275. Como lo expresa el art. 149 del Código civil, las reglas puntualizadas en el Lib. I, Tit VI, § I, no se modifican sino por las excepciones que en el mismo artículo se determinan, y, en cuanto no sean aplicables las excepciones, subsisten las reglas generales concernientes á la mujer casada. Luego, siendo ésta incapaz para todos los actos y contratos no concernientes al comercio, para ejecutarlos ó celebrarlos necesita autorización del marido, ó, en su caso, autorización judicial.

(8) " En cualesquiera circunstancias la mujer no puede comparecer en juicio sin autorización del marido; lo cual no obsta á que ejecute actos extrajudiciales preparatorios ó conservatorios, tales como protestos... Basta que para litigar la autorice el marido ó que si éste se deniega, la autorice el tribunal. " (Pardessus. I. 70.)

III

Escepciones relativas la simple separacion de bienes.

Art. 152. Simple separacion de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial, o por disposicion de la ley.

REFERENCIAS.

Divorcio. 168. 170.
Decreto judicial. 155.
Disposicion de la ley. 166. 167.
El artículo. 1761.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 174.

C. E. 147.

C. de N. 1443 (Véanse las *Concordancias* del artículo 155).

C. Arg. 1292. Durante la union de marido y mujer, sólo ésta y no el marido, tendrá el derecho para pedir la separacion de los bienes de uno y otro y de los adquiridos hasta entonces.

P. de G. 1354. La separación de bienes no tendrá lugar entre los esposos durante el matrimonio, sino en virtud de providencia judicial.

C. C. 197.

C. M. 2072. Puede haber separación de bienes, ó en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, ó durante éste, en virtud de convenio de los consortes, ó de sentencia judicial.

C. de la L. 2401. Pedida por la mujer separación de bienes, puede ordenarse judicialmente, oídas las partes. El litigio no puede sujetarse á decision arbitral.

Toda separación de bienes voluntaria es nula así respecto de terceros como de los cónyuges.

C. Esp. 1432. Á falta de declaracion expresa en las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial, salvo el caso previsto en el artículo 50.

CÓMENTARIO.

276. Viciósísima nos parece la redacción del art. 152; pues no da idea exacta de la esencia de la separación de bienes ni de sus causas. No siempre fue feliz Don Andrés Bello en las definiciones jurídicas.

La esencia de la separación de bienes consiste en que la mujer casada ejerza el derecho de administrarlos, total ó parcialmente.

277. La separación de bienes puede provenir :

1º. De sentencia judicial, y

2º. De un hecho del hombre.

La sentencia judicial se expide :

En el juicio de divorcio;

O en el de simple separación de bienes.

El hecho del hombre puede consistir :

En estipulación en las capitulaciones matrimoniales; y

En una donación, herencia ó legado bajo la condición de que los respectivos bienes sean administrados por la mujer.

No hay separación de bienes por el ministerio de la ley; la cual se limita á reconocer y garantizar el derecho de estipular separación parcial en las capitulaciones matrimoniales, ó de hacer donación ó dejar herencia ó legado bajo la condición de que los bienes sean administrados por la mujer.

278. La separación de bienes es total ó parcial.

Total la que se efectúa por sentencia de juez, y surte el efecto de que la sociedad conyugal quede disuelta.

La separación parcial se efectúa :

1º. Cuando se ha estipulado en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administrará libremente parte de sus bienes; y

2º. Cuando se hace á la mujer una donación, ó se le deja una herencia ó legado, bajo la condición de que ella administre los respectivos bienes.

Como lo observamos ya, al comentar el art. 135, en las capitulaciones matrimoniales no puede estipularse separación total de bienes.

279. En las *Concordancias* hemos visto que los romanos

reconocieron el derecho de pedir la separación de bienes cuando la dote de la mujer estuviere en peligro.

Casi todos los códigos modernos conceden á la mujer el derecho de pedir separación de bienes.

Celebrado el matrimonio, fórmase una sociedad cuyo único administrador es el marido. Todo administrador debe emplear en la administración suma diligencia, y, á no haberla, puede disolverse la sociedad, porque falta uno de sus requisitos constitutivos esenciales (1).

280. Aunque el Código civil no lo dice expresamente, del conjunto de las disposiciones sobre la separación de bienes, se deduce que la mujer, mas no el marido; puede pedirla (2). Dicese que el marido no puede solicitar separa-

(1) "Hemos visto que la mujer, casándose bajo el régimen de la sociedad conyugal, como lo establece el Código civil, pierde irrevocablemente el dominio de todos sus bienes muebles, corporales ó incorpórahles, presentes ó futuros, y que, con la renta de sus inmuebles, lo confiere al marido, que puede disponer de ellos á su arbitrio.....; y como estas disposiciones legales no pueden modificarse después de la celebración del matrimonio, la mujer se arruinaría y quedara con sus hijos reducida á la miseria, por la disipación ó las desgracias del marido, si la previsora ley no le hubiese suministrado el medio de salvar sus bienes de fortuna del naufragio de los del marido, preparándole medios de subsistencia que pueden ser un recurso común para si y sus hijos y aún para el marido que viene á pobreza." (Toullier, XIII, 20.)

(2) "Sólo la mujer puede solicitar contra el marido la separación de bienes. Como el marido tiene á su disposición todos los de sociedad conyugal, no puede pedirla. Lebrun determina tres casos en que el marido puede solicitar la separación. Primero, cuando los negocios de la mujer son tan embrollados que todos los bienes del marido no bastan para desembrollarlos. Cita una sentencia que resuelve sobre separación de bienes del marido fundada en que la mujer tenía ciento catorce pleitos en curso. El segundo caso cuando los réditos de las rentas debidas por la mujer exceden mucho á los frutos. El tercero cuando la heredad de la mujer sea gravada con censos que excedan á los frutos, y la mujer se obstina en no consentir en la enajenación. Lebrun pretende que en estos tres casos el marido puede pedir separación de bienes; con la diferencia de que si la mujer pide separación de bienes, renuncia los gananciales tanto para lo pasado; como para lo futuro, y debe pagar todas las deudas de la mujer

ción de bienes, porque ésta se concede á la mujer para impedir que el marido disipe los de ella, pues los administra libremente, y que si la misma aporta deudas al matrimonio, el marido es quien se tiene la culpa de haber aceptado tal responsabilidad. Pero la segunda de estas razones se funda en el erróneo supuesto de que la mujer no pudiera ocultar las deudas que la constituyen en la más absoluta insolvencia.

En ese caso la justicia y los más obvios principios claman de consuno por la disolución de la sociedad conyugal, y por que la disolución se efectúe entonces á solicitud del marido. La sociedad conyugal debe regirse en su esencia por las reglas constitutivas de toda sociedad; la cual es nula cuando una de las partes ha sido engañada por dolo.

Supóngase que una mujer arruinada por infinidad de deudas consigue casarse con un joven rico. Este no supo,

comprendidas en la sociedad conyugal." (Pothier. De la communauté, 513.)

" La mujer puede pedir la separación de bienes, mas no el marido. Pothier se funda en que sólo el marido tiene la libre disposición de los bienes de la sociedad conyugal. En efecto, el poder absoluto del marido es lo que justifica el derecho ó privilegio que la ley concede á la mujer. Ella está excluida de la administración; aun cuando el marido disipase los bienes de la sociedad por gastos extravagantes ó por especulaciones aventuradas, no tiene el derecho de oponerse. Pero la mujer ha formado sociedad, aporta su dote, su trabajo, su economía en la gestión de los intereses comunes, todos sus bienes de fortuna pueden estar comprometidos en la sociedad conyugal; si el marido los disipa, la mujer perderá todo lo aportado á la sociedad conyugal en bienes, servicios, economías, y con sus hijos quedará reducida á la miseria. La ley debia á la mujer una compensación. Cuando se prueba que la sociedad conyugal, formada en interés de ambos cónyuges, amenaza la ruina de la mujer, debe concederse á ésta el derecho de pedir la disolución.

" Las razones que justifican el derecho de la mujer prueban también que al marido no puede concedérselo. Es una garantía contra el poder absoluto que él ejerce. El que ejerce poder tan absoluto no puede pedir que termine porque le acarrea perjuicio. El debe experimentar las consecuencias que resultan de la autoridad absoluta así como aprovecha de sus beneficios." (Laurent. XXII, 199.)

antes del matrimonio, la mala situación pecuniaria de la mujer; y tan luego como el matrimonio se efectúa, los acreedores de ella exigen el pago de las deudas. Como éstas gravan el haber social, el marido tendría que sacrificar parte de sus bienes, ó por lo menos los frutos, durante largos años, al pago de las deudas de la mujer.

Si bien el matrimonio mismo debe subsistir, porque es una sociedad relativa, no á los bienes, sino á las personas, nada más inicuo que se obligue al marido á continuar en una sociedad conyugal en que hubo dolo por una de las partes. Parece, pues, absolutamente necesario reformar el Código, declarando que si la insolvencia de la mujer es anterior al matrimonio, y el marido la ha ignorado, puede él pedir separación de bienes.

281. El art. 1466 del Código de Napoleón concede á los acreedores de la mujer el derecho de pedir separación de bienes, cuando la mujer presta su consentimiento; y como el Código chileno guarda silencio sobre este punto, deben aplicársele las reglas generales.

No tenemos otra regla que la del art. 2465, según la cual toda obligación da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes muebles ó raíces del deudor, sean presentes ó futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el art. 1618. Entre los bienes excepcionados por ese artículo, se cuentan los derechos cuyo ejercicio es meramente personal.

La cuestión se reduce, pues, á saber si es un derecho meramente personal el de pedir la separación de bienes.

Son derechos meramente personales los que se conceden atendiéndose, bien á la subsistencia misma de la persona, como el de alimentos, bien á un fin moral, como los que determinan las relaciones entre los padres y los hijos, ó entre los cónyuges.

Aunque la separación de bienes no se refiere sino á la disolución de la sociedad conyugal, altera las relaciones entre los cónyuges, suscita entre éstos desavenencias, y puede comprometer la honra del marido. Por eso la mujer muchas veces guarda silencio, prefiriendo el sacrificio de parte de su patrimonio á lastimar la reputación del marido. Luego, el derecho de la mujer es absolutamente

personal, y los acreedores no pudieran ejercerlo (3).

Por otra parte, en vista del citado art. 1446 del Código de Napoleón Don Andrés Bello guardó profundo silencio sobre este importantísimo punto, y de ahí se deduce con seguridad que no concedió á los acreedores, ni autorizados por la mujer, el derecho de pedir separación de bienes.

282. Sorprende si no hallar en el Código chileno una disposición análoga al art. 1447 del Código de Napoleón, según el cual los acreedores del marido pueden reclamar contra la separación de bienes sentenciada y aun ejecutada en fraude de sus derechos, y aun pueden intervenir en la instancia sobre separación de bienes para contradecirla.

Cierto que la falta puede subsanarse en el Código de enjuiciamientos. Pero es más lógico declarar el principio en el Código civil aunque en el otro Código se determinen los trámites del juicio.

283. Cuando Don Andrés Bello expresó que la simple separación de bienes se efectúa por decisión judicial ó por disposición de la ley, se propuso enunciar la idea de que, celebrado el matrimonio, los cónyuges no podían estipular la separación.

Según el Derecho chileno y el francés es un principio inconcuso que, celebrado el matrimonio, los cónyuges no pueden alterar en manera alguna las capitulaciones matrimoniales.

Como ya lo observamos, las capitulaciones constan de escritura pública, ó, en su caso, de instrumento privado; y á faltar ellas se incorporan al contrato de matrimonio todas las disposiciones concernientes á la sociedad conyugal, una de las cuales consiste en que al marido se le concede el usufructo así de los bienes sociales como de los de la

(3) " Como la separación confiere á la mujer grandes beneficios, importaría á sus acreedores asegurárselos, ejerciendo ellos la acción si la mujer no la dedujese. Pero consideraciones de mayor importancia inducen á reputar como exclusivamente personal de la mujer el derecho de pedir la separación de bienes."

" Salta á la vista que ello no obstaría á que los acreedores de la mujer ejerciesen las facultades de subrogarse en los derechos provenientes de la separación, una vez obtenida." (Colmet de Santerre. VI. 95).

mujer para que provea á las necesidades de la familia. La separación voluntaria contravendría, pues, á estos principios esenciales de la sociedad conyugal, y por lo mismo adoleciera de nulidad (4).

(4) "La separación de bienes no puede efectuarse por el mero consentimiento mutuo de las partes.

"Fúndase eso en que todas las convenciones de matrimonio son irrevocables, y no pueden alterarse durante el matrimonio aun por el consentimiento mutuo de las partes, porque tales alteraciones pueden encerrar concesiones indirectas, que durante el matrimonio no son permitidas á los cónyuges.

"Supongamos, por ejemplo, que dos esposos, uno de los cuales tiene mas rentas que el otro, se han casado bajo el régimen de la sociedad conyugal, cuyo patrimonio aumenta cada año con la inversión que da el marido á las rentas de la sociedad. ¿No es evidente que el cónyuge que tenga menos rentas que el otro favorecería á éste consintiendo en una separación de bienes.

"Necesario, pues, para impedir tales fraudes, rechazar la separación de bienes que se efectuase por el mero consentimiento de las partes.

"Nula sería, por tanto, una transacción en que las partes conviniere en disolver la sociedad conyugal, y que en lo sucesivo cada cónyuge goce separadamente de sus bienes, y que el marido los hubiese reconocido, porque la separación sería nula si no se ha efectuado en la forma por la ley prescrita.

"Y eso se verifica aun cuando las partes hubiesen hecho homologar judicialmente la transacción". (Pothier, De la communauté, 514.)

"Examinemos por qué medio jurídico puede la mujer conseguir que se disuelva la sociedad conyugal antes del tiempo ordinario.

"El primero que se presenta consiste en que la separación de bienes no puede ser sino judicial.

"La separación voluntaria no es admisible aunque aprobada por Justiniano, pues pugna con lo inalterable de las capitulaciones matrimoniales, y es á manera de contraescritura que casi siempre se opone á la buena fe y menoscaba el crédito. Hace mucho que no reconocemos en Francia sino la separación judicial, declarada por muy poderosos motivos y con pleno conocimiento de causa, consultándose el interés de la familia. La prudencia de los jueces es, en esta materia, la salvaguardia de la sociedad: bien escuchan las quejas de la consorte que levanta la voz por sus hijos, y que violenta sus afecciones para salvar del naufragio su dote comprometida; bien, al contrario, rehusan atender al mal humor de una mujer imperiosa ó exaltada, que exagera algunos reveses de fortuna, y es causa de trastorno en los negocios del marido. No olvidarán nunca que la separa-

De lo cual se deduce :

1°. Que no puede terminar por transacción el litigio sobre separación de bienes ; que si se transigiera sobre separación de bienes, continuaría legalmente la sociedad conyugal, así en cuanto á los esposos mismos como respecto de terceros, y que si la transacción consistiera en conferir á la mujer derechos opuestos á las disposiciones legales concernientes á los deberes mutuos entre los cónyuges, esos derechos no pudieran subsistir :

2°. Que tampoco pueden los cónyuges convenir en que se expida fallo arbitral sobre el litigio de separación de bienes ; y

3°. Que si los cónyuges hubieren estipulado separación de bienes, y en virtud de tal estipulación se entregan á la mujer así los suyos como la mitad de los gananciales, en cualquier tiempo pudiera el marido exigir la devolución de los bienes que la mujer administra ; y, disuelta la sociedad, la mujer tuviera perfecto derecho para ejercer todos los que la ley le confiere, prescindiendo absolutamente de los actos ejecutados para cumplir el contrato nulo sobre disolución de la sociedad conyugal.

ción de bienes entre marido y mujer destruye las capitulaciones matrimoniales, que son el más solemne y el más sagrado de todos los contratos que se ajustan en la sociedad de los hombres ; que la separación se aleja del objeto del matrimonio, el cual, para cimentar la unión de los cónyuges, procura la de los bienes ; que debe prescindirse de la voluntad de los cónyuges en cuanto á separar los bienes, porque viola la fe de los contratos, pugna con el derecho público y compromete los derechos de terceros. La separación de bienes es una necesidad penosa y extrema : no debe concederse sino después de maduro examen y por razones graves é irresistibles. Por la cual la sociedad no se resguarda contra la disolución del pacto matrimonial sino cuando la justicia es quien la declara ." (Troplong. Contrat de Mariage, II, 1336.)

Art. 153. La mujer ne podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separacion de bienes a que le dan derecho las leyes (*).

REFERENCIAS.

No podrá renunciar. 12.

Capitulaciones matrimoniales. 1715. 1722.

Leyes. 1º.

(*) Pothier. De la communauté. 511.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 178.

C. E. 148.

COMENTARIO.

284. No se expresó la prohibición que este artículo encierra sino atenta la importancia del principio; pues bastaba la regla general puntualizada en el art. 12: no pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, sino cuando miran sólo al interés individual del renunciante. El derecho de pedir la separación de bienes no mira al interés individual de la mujer; refiérese también al de la familia; la cual, sin ese preciosísimo derecho, en muchos casos estaría sacrificada.

La aplicación del principio no presenta ninguna dificultad. Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer no pueda pedir separación de bienes, tal estipulación se tendrá por no escrita.

Art. 154. Para que la mujer menor pueda pedir separacion de bienes, deberá ser autorizada por un curador especial (**).

(*) Troplong (C. de M.) 11. 1351.—Dalloz. Contrat de mariage. 1670-1672.—Zachariae (M.V.) I. 235.—Toullier. XIII. 43.—Demolombe. VIII. 596.

REFERENCIAS.

Menor. 26. 1147.

Curador especial. 13. 3-15. 3-19. 494. 495.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 175. Para que la mujer menor pueda pedir separación de bienes, deberá ser autorizada por un curador *ad hoc*, que se le dará por el juez (a).

C. E. 149.

C. Arg. 1293. La mujer menor de edad no podrá pedir la separación de bienes sin tener un curador especial, y la asistencia del Defensor de Menores.

COMENTARIO.

285. Obscura es, á no dudarlo, la redacción de este artículo.

No se sabe si á la demanda de separación debe preceder la autorización del curador especial, ó si éste representa á la mujer en el juicio.

Según las leyes que determinan los tramites de los litigios, la mujer menor es incapaz de comparecer en juicio aún autorizada por el juez, y debe proveersela de un curador *ad litem*; el cual es nombrado (art. 494) por la judicatura que conoce en la litis.

Si se trata, no de la representación en juicio, sino de que el curador autorice á la mujer para que deduzca la demanda sobre separación de bienes, esto es, de que sean dos actos distintos la autorización para demandar la separación de bienes, y la representación en el juicio, pudieran estar comprometidos los intereses de la mujer, pues el curador especial, que no quiera acarrearle la enemistad del marido, se opondría á la separación.

(a) Para que la mujer menor pueda pedir separación de bienes, deberá ser autorizada por un curador especial. (Art. 172 del Proyecto Inédito.)

En este caso la mujer acudiría al defensor de menores para que reclame contra el procedimiento del curador especial.

Art. 155. El juez decretará la separación de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido.

Si los negocios del marido se hallan en mal estado, por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada, podrá oponerse á la separación prestando fianzas o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer (*).

REFERENCIAS.

El artículo. 450. 463.
Fianzas. 2335. 2336.
Hipotecas. 2407. 2337.
Aseguren. 46. 14-12.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 177. No se necesita, para decretar esta separación de bienes, que se pruebe fraude o quiebra actual en el marido; basta el mal estado de sus negocios por especulaciones aventuradas por una administración errónea ó descuidada.

En estas circunstancias podrá decretarse la separación de bienes aunque haya seguridades suficientes para la restitución, y aunque la mujer no tenga otros bienes que su industria (a).

C. E. 150.

(*) Locré XIII. 133. art. 50. — 198. 21. — 199. 23. — 359. 35. — Pothier. De la Communauté. 510-512. 515-517. — Merlin. Séparation de biens. Sect. II. § I. — Dalloz. Contrat de Mariage. 1626-1663. 1667. 1673-1675. 1677-1681. — Troplong (C. de M.) I. p. XLIV. — II. 1312-1350. 1352. 1353. — Laurent. XXII. 208-337. — Demolombe. IV. 103. — Zachariae (M. V.). IV. § 649. — Zachariae (A. R.). V. § 516. 2°. — Toullier. XIII. 21-36. — Delvincourt. III. 265 (3). — Huc. IX. 263-266. — Vincent et Pénaud. Séparation de biens. 17-19. — Rolin. III. 1105.

(a) El juez decretará la separación de bienes en el caso de quiebra ó administración fraudulenta del marido.

Si los negocios del marido se hallan en mal estado, por conse-

C. de N. 1443. La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme.

Toute séparation volontaire est nulle.

1563. Si la dot est mise en péril, la femme peut poursuivre la séparation de biens, ainsi qu'il est dit aux articles 1443 et suivants.

1443. La separación de bienes no puede pedirse sino judicialmente por la mujer cuya dote se halla en peligro, y cuando el mal estado de los negocios del marido haga temer que los bienes de éste no sean suficientes para el pago de los derechos y recompensas de la mujer.

Toda separación voluntaria es nula.

1563. Si la dote se halla en peligro, la mujer puede pedir separación de bienes, como se ha dicho en los artículos 1443 y siguientes.

C. Arg. 1292. Durante la unión de marido y mujer, sólo ésta y no el marido, tendrá el derecho para pedir la separación de los bienes de uno y otro de los adquiridos hasta entonces.

P. de G. 1355. El marido y la mujer podrán solicitar en juicio la separación de bienes, y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiese sido condenado á una pena que lleve consigo la interdicción civil, ó declarado ausente, en conformidad á lo dispuesto en el capítulo II, título XI, libro I, ó hubiere dado causa al divorcio.

Para que se decrete la separación bastará presentar la ejecutoria que haya recaído contra el cónyuge culpable ó ausente, en cada uno de los tres casos expresados.

1329. La demanda de separación y la sentencia ejecutoriada en que aquella se declare, deben registrarse en el oficio de hipotecas.

C. C. 200.

C. de la L. 2399. (el 1443 del Código de Napoleón).

C. Esp. 1433. El marido y la mujer podrán solicitar la

cuencia de especulaciones aventuradas, ó de una administración errónea ó descuidada, podrá oponerse á la separación, prestando fianzas ó hipotecas especiales que aseguren suficientemente los intereses de la mujer. (Art. 173 Proyecto Inédito.)

separación de bienes, y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado á una pena que lleve consigo la interdicción civil, ó hubiera sido declarado ausente, ó hubiese dado causa al divorcio.

Para que se decrete la separación, bastará presentar la sentencia firme que haya recaído contra el conyuge culpable ó ausente en cada uno de los tres casos expresados.

P. III. IX. I. Seys razones señaladas son, e non mas; por que la cosa sobre que nasce contienda entre el demandador, e el demandado, deue ser puesta en fíeldad, a que dizen en latín *sequestratio*.....

La quarta es, quando algun marido de alguna muger fuesse de mal recabdo, e gastador de sus bienes, de manera que començasse ya de venir a pobreza. Ca estonce bien puede pedir su mujer al Judgador, que su dote, e los bienes que pertenecen a ella, que los tome de poderío de su marido, e los entregue a ella, o los meta en mano de fiel, que los guarde por ella. E los frutos que salieren de aquellos bienes, que los de a el, o a ella para su gouierno, e el Judgador deuelo fazer.....

IV. XI. 29. Barator, e destruidor seyendo el marido de lo que ouiere de manera que entendiesse la mujer, que venia el marido a pobreza por su culpa; assi como si fuesse jugador, o uiesse en si otras malas costumbres, porque destruyesse lo suyo locamente; si temiere la muger, que le desgastara, o le mal metiera su dote; puedele demandar por juizio, quel entregue della; o quel de recabdo, que la non enagene; o que la meta en mano de alguno, que la guarde, e que gane con ella derechamente, e de las ganancias guisadas, e honestas, que les de dellas onde biuan. E esto puede fazer en esta manera, maguer dure el matrimonio. Mas si el marido fuese de buena prouision, en aliñar, e endereçar lo que ouiesse, e non malmetiesse lo suyo locamente, segund que es sobredicho, maguer viniesse a pobreza por alguna ocasión, nol podria la muger demandar la dote mientras que durasse el matrimonio. E en tal razón como esta se entiende lo que dize el derecho que la muger que mete su cuerpo en poder de su marido, que nol deue desapo derar de la dote quel dio.

D. XXIV. III. 24. Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis

24. Si la mujer durante el matrimonio quisiese pedir la dote, por haber empezado á empobrecer el marido,

initium accipere ponamus?
Et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissimi apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem nos sufficere.

desde cuándo diremos que tendrá principio la exacción de la dote? Consta que desde que aparezca claramente que las facultades del marido no bastan para el cobro de ella.

COMENTARIO.

286. La mujer puede solicitar la separación de bienes :

1º Si el marido es insolvente :

2º Si administra fraudulentamente los bienes de la mujer ó los de la sociedad conyugal; y

3º. Si los negocios del marido se hallan en mal estado por consecuencia de especulaciones aventuradas ó de una administración errónea ó descuidada.

Pero en este último caso el marido puede oponerse á la separación, prestando fianzas ó hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer.

El art. 155 es mucho más claro que el art. 1443 del Código de Napoleón, que en la práctica ha presentado tantas dificultades (1).

(1) " Copiando Laurent el art. 1443 del Código de Napoleón, añade : " Pocas disposiciones han originado tantos fallos judiciales como esta; lo cual prueba que no es clara. Pregúntase si el art. 1443 prevé dos causas distintas por las cuales puede la mujer pedir la separación, ó si las dos causas que la ley enumera no son realmente sino una sola. Pregúntase, además, si esas dos causas son las únicas por las cuales puede obtenerse la separación de bienes. Es limitativa la ley? Los intérpretes y la jurisprudencia se han referido á su espíritu, antes que á un artículo mal redactado, y han permitido á la mujer pedir la separación en todos los casos en que su interés pecuniario lo exija. ¿No se modifica entonces la ley? Ejerce el intérprete ese derecho? Ante todo debe explicarse el artículo, porque su interpretación es controvertida.

" ¿Puede la mujer pedir la separación de bienes cuando la dote está en peligro? ¿Qué se entiende por dote en el art. 1443? Esta palabra tiene un sentido técnico definido por el art. 1540 : la dote es el caudal que la mujer aporta al marido para sostener las cargas del matrimonio. El art. 1540 dice expresamente que esta de-

287. I. La insolvencia del marido origina necesariamente la separación de bienes, cuando la mujer la solicita.

No se investiga si la insolvencia es anterior ó posterior al matrimonio, si es meramente fortuita, que provenga de desgracias imprevistas, como una guerra, un terremoto, ó si proviene de especulaciones aventuradas ó de una administración errónea ó descuidada (2).

finición se aplica al *Capítulo II*, esto es, al régimen de la sociedad conyugal. Luego, en este régimen hay dote: ¿qué bienes son dotedales? La mujer aporta á la sociedad los muebles presentes y futuros: la mujer no los recupera, en verdad, como según el régimen dotal; sin embargo son bienes que aporta al marido para ayudarle á soportar las cargas del matrimonio; por lo cual esos bienes constituyen dote, y á ésta se aplica el art. 1443... (Lau-rent. XXII, 208. 209.)

(2) "La mujer puede entablar contra el marido demanda de separación de bienes por las causas que, según el Derecho romano, podía demandar durante el matrimonio la restitución de la dote.

"La ley 21.D. *Sol. matrim.* determina tales causas. Cuandoquiera, dice, que la dote de la mujer está en peligro... No es necesario que el mal estado de los negocios del marido provenga de su culpa ni de su mala conducta. Aunque el mal estado de sus negocios se efectúe á consecuencia de pérdidas considerables sobrevénidas en el comercio, y que él no podía prever, basta para la separación que los bienes del marido no sean suficientes para responder de la dote." (Pothier. De la communauté. 510.)

"Puede suceder que el peligro de la dote provenga de desgracias imprevistas que el marido ha experimentado en su persona y bienes. Lebrun opina que la fuerza mayor no es causa de la separación...

"Pero juzgamos que esa opinión no es admisible. Pothier ha hecho la observación, que á no dudarlo tuvieron presente los redactores del art. 1513: no es necesario que el mal estado de los negocios del marido provenga de culpa ó de mala conducta. Basta que haya peligro de la dote ó mal estado en los negocios del marido. Ahora bien, el peligro de la dote puede provenir de fuerza mayor: el desorden de los negocios del marido, de catástrofes imprevistas que asaltan al hombre más prudente. Nosotros que hemos sido testigos, sesenta años há, de tantas revoluciones políticas, conocemos más que nuestros antecesores la verdad de estas observaciones. La proscripción, destierro, confiscaciones, crisis de la hacienda nacional, han alcanzado á las clases más laboriosas y arruinado á los hombres más ricos. ¿Será necesario que una mujer, cuyo marido sucumba á estas

El origen mismo de la palabra insolvenca (*in*, particula negativa, y *solvere*, pagar) es la mejor definición que

calamidades públicas, se exponga á perder todo lo que tenía, y que no pueda buscar en el naufragio la última tabla de salvación? No por eso la mujer abandona al marido, y en vez de ser ingrata, se muestra previsora. La separación de bienes no es injuriosa al marido desgraciado. Reserva un capital para la subsistencia de la familia : *Ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque, si quos habet.* " (Troplong. Contrat de Mariage. II. 1333.)

" La separación de bienes no puede declararse por los tribunales sino cuando la dote está en peligro. Pero como según el régimen de la sociedad conyugal todo lo que la mujer ha aportado, todo lo que le pertenecía cuando el matrimonio y todo lo que ha adquirido después constituye dote, la ley desenvuelve su primera fórmula añadiendo : y cuando el mal estado de los negocios del marido dé margen á temer que los bienes de éste no sean suficientes para restituir los derechos y aportes de la esposa...

" Muchos son los casos en que la dote está en peligro...

" En todas las hipótesis que hemos examinado, el único requisito para la separación de bienes es el peligro de la dote. La ley no añade, ni podía añadir, que ese peligro sea consecuencia de culpa del marido. Cualquiera que sea la causa del mal estado de los negocios del marido, cuando la dote está en peligro la separación puede obtenerse.

" El tenor del art. 1413, que no menciona sino el peligro de la dote y la insuficiencia de los bienes del marido, sin llamar la atención de los jueces á una apreciación general de la conducta del marido, es el resultado del propósito de proteger á la esposa. Primeramente, en cuanto á los intereses pecuniarios no se protegería eficazmente á la mujer, si la dote pudiera perderse sin recurso cuando ella hubiese tenido un marido de conducta juiciosa. Además, y aquí es donde se manifiesta el pensamiento moral del legislador, la mujer adicta al marido, que cuidase de la honra de él, no se atrevería á pedir la separación de bienes si debiese inculpar la conducta del marido. La demanda de separación de bienes no sería mera precaución para resguardar los intereses pecuniarios; sería como demanda de divorcio *quoad thorum* (separation de corps), que supone graves desavenencias entre los esposos y faltas graves de uno de ellos. El derecho de pedir separación no lleva consigo desorden de conducta de parte del marido; la ley salva la honra del marido, y garantiza la protección de la mujer. " (Colmet de Santerre. VI. 91 bis. II. III. VIII.)

" La mujer no puede demandar la separación de bienes sino

puede darse : insolvente es la persona que tiene más deudas que bienes.

La pobreza del marido, por extrema que sea, no faculta á la mujer para pedir separación de bienes; ni se distingue entre la pobreza anterior al matrimonio y la que proviniere de desgracias imprevistas; pues si ellas no acarrearán insolvencia, la mujer no tiene derecho para solicitar separación de bienes.

Saltan á la vista las razones en que se funda el legislador al disponer que la insolvencia sea causa de separación de bienes. Los frutos de los bienes que la mujer aporta al matrimonio se destinan á proveer á la familia de todo cuanto sea suficiente para que satisfaga sus necesidades; y cuando el marido tiene más deudas que bienes, los frutos se destinan, no á su objeto natural, sino á cumplir obligaciones de otro orden. Que los bienes del marido, como prenda constituida por la ley en beneficio de los acrees-

cuando la dote está en peligro ó comprometido el derecho de recuperar sus aportes. Esta disposición del art. 1443 comprende no sólo la dote constituida antes del matrimonio, sino también los aportes efectuados durante él de cualquiera manera, y por consecuencia si los cónyuges se han casado bajo el régimen de la sociedad conyugal, no sólo los inmuebles de la mujer, sino también los valores que por su cuenta ha recibido la sociedad conyugal.

“ En todos estos casos la mujer debe obtener la separación de bienes, aunque las deudas del marido provengan únicamente de causas fortuitas, aún honorables, y que no podía conjurarlas. Aun cuando se tratase de resguardar valores aportados á la sociedad conyugal, no es necesario justificar que el peligro que los amenaza provenga de culpa imputable al marido. La mujer tiene siempre derecho á la separación de bienes, tan luego como conste el peligro de que hablamos, aun cuando por su mala conducta y por sus gastos personales exagerados fuese ella la causa del mal estado de los negocios del marido, que no quiso ó no pudo impedir tales gastos. El marido no podría alegar una condescendencia que precisamente se le inculpa, ni impedir la separación de bienes.

“ Lo propio es aplicable si la dote se hubiese empleado integramente en pagar deudas contraídas por la mujer misma ó por el marido, si éste no contase con recursos suficientes para asegurar la devolución del capital. ” (Huc. IX. 263.)

dores, se inviertan en el pago de sus deudas, eso es conforme á la moral y á la justicia; mas no que la mujer y su familia carezcan aún de lo estrictamente necesario, para que el marido pague sus deudas.

Probada la insolvencia, el marido no puede oponerse á la separación ni constituyendo cauciones que aseguren los intereses de la mujer; pues si bien las cauciones aseguran el patrimonio de la mujer, no se extienden á los frutos que, como pertenecientes á la sociedad conyugal, se destinarían al pago de las deudas contraídas por el marido.

288. II. Cuando al marido administra fraudulentamente los bienes de la mujer ó los de la sociedad conyugal, es indigno de la confianza de la mujer y de la ley; y nada más necesario que privarle de la administración.

289. III. La causal tercera tampoco presenta ninguna dificultad: Ya hemos visto que los requisitos esenciales constitutivos de toda sociedad consisten en que el socio administrador proceda con inteligencia y actividad, de manera que los intereses de la sociedad prosperen.

Las faltas del marido pueden provenir de negligencia, de error, de especulaciones aventuradas.

La administración errónea ó descuidada conduce necesariamente á la ruina de la familia; la administración aventurada es incompatible con la prudente diligencia, porque los hombres juiciosos nunca exponen su patrimonio, ni menos el de su familia, á eventualidades que si bien en ciertos casos pueden surtir buenos efectos, lo más frecuente es que conduzcan á la insolvencia.

La mujer previsiva, que no quiere exponer su patrimonio á las contingencias de especulaciones aventuradas, tiene derecho para evitar el peligro exigiendo que, separados los bienes, se le entreguen así los suyos como los gananciales.

Esta regla, lo repetimos, no presenta, pues, dificultades.

290. Pero si las hay; y gravísimas, cuando se trata de aplicar la excepción, esto es, que en caso de una administración errónea ó descuidada, ó de especulaciones aventuradas, el marido puede oponerse á la separación prestando fianzas ó hipotecas que aseguren suficientemente los bienes de la mujer.

En primer lugar, el principio mismo no parece jurídico ni justo.

Cuando el marido da á los negocios una administración errónea ó descuidada, y la mujer lo justifica plenamente, el administrador carece de los requisitos que debe tener el buen padre de familia, á quien la mujer ha confiado toda su hacienda. La administración errónea ó descuidada es causa de disolución de toda sociedad, aunque no se comprometan intereses de monta, y debiérsele tratándose de la más importante de todas, la sociedad conyugal, cuyos derechos son los de la familia. ¿Por qué se compele á la mujer á continuar asociada á un hombre cuya ineptitud ó descuido es manifiesto?

La sociedad conyugal debe proponerse no sólo la conservación de los bienes, sino su progreso, porque la familia que permanece estacionaria va decayendo poco á poco y al fin se arruina. La mujer, si bien menos apta que el hombre para la administración de los negocios, tiene perspicacia para conocer los que ocasionan la ruina de la familia; é injusto y aun inicuo obligarla á continuar bajo la dominación de un hombre inepto ó descuidado.

No se diga que este medio impide las desavenencias de la familia, pues las hay cuando la mujer se presenta ante el juez manifestándole que la administración del marido es errónea ó descuidada; y continúan las desavenencias á medida que se aumentan los errores y la desidia del marido.

¿Cuáles son los intereses de la mujer que la ley se propone asegurar por medio de las respectivas cauciones? Cuando el marido dispone de bienes cuantiosos, suyos ó de la mujer, los aumenta en los primeros años del matrimonio; y después la codicia le sugiere especulaciones aventuradas. Al principiar éstas la mujer tiene derecho á sus bienes propios y á la mitad de los gananciales. ¿Debe el marido caucionar no sólo los bienes aportados por la mujer al matrimonio, sino también los gananciales que había cuando principiaron las especulaciones aventuradas? Parece que sí; pues la ley, sin limitación alguna, exige que á la mujer se le aseguren todos sus intereses; entendiéndose por intereses todo cuanto le pertenece, sin distinguirse entre los bienes aportados al matrimonio y los gananciales á que tiene derecho como miembro de la sociedad conyugal.

Por otra parte, lo que se propone la ley al exigir fianzas ó cauciones que aseguren los intereses de la mujer, es evitar que la administración errónea ó descuidada ó las especulaciones aventuradas le acarreen ni el más mínimo perjuicio; y el objeto de ley no se cumpliría si la sociedad conyugal, cuyos intereses prosperaron durante algún tiempo, cayese en pobreza á causa de las especulaciones aventuradas del marido.

291. Acabamos de observar (213) que una vez celebrado el matrimonio, no pueden alterarse las capitulaciones matrimoniales, ya consistan ellas en escritura pública redactada para hacer constar los pactos especiales, ya en incorporar presuntivamente en el contrato el título de la sociedad conyugal.

Si en las capitulaciones matrimoniales se han constituido hipotecas para seguridad de los bienes de la mujer, la respectiva escritura se inscribe; y las personas que contratan con el marido saben ó pueden saber á ciencia cierta que la responsabilidad del marido está limitada por las hipotecas que gravan sus bienes.

Salta á la vista que adolecería de nulidad la hipoteca que durante el matrimonio constituyese el marido para asegurar los bienes que la mujer aportó al matrimonio ó durante él adquiere; y de lo más injusto y absurdo sería que por el mero hecho de emprender el marido en especulaciones aventuradas, se alterasen las reglas esenciales concernientes á la sociedad conyugal, y que el marido pudiese hipotecar sus bienes ó los sociales para asegurar los intereses de la mujer.

Evidentísimo, pues, que la hipoteca mencionada en el artículo que comentamos no puede constituirse sino en bienes de terceros, que aseguren los intereses de la mujer cual se hallaban cuando principiaron las especulaciones aventuradas cuyos resultados contingentes dan margen á que la mujer exija cauciones.

292. IV. Como lo expresa Don Andrés Bello en las respectivas notas á los artículos de su Proyecto, la mayor parte de las disposiciones concernientes á la separación de bienes se expidieron copiándose las doctrinas enseñadas por Pothier en el Tratado de la comunidad. Lo cual explica las omisiones en que incurrieron, así el mismo Don Andrés

como los revisores de su Proyecto, al enumerar las causas que autorizan la separación de bienes, y, por ende, la disolución de la sociedad conyugal.

La insolvencia del marido, la administración fraudulenta, el mal estado de sus negocios proveniente, ya de una administración errónea ó descuidada, ya de especulaciones aventuradas, no son las únicas causas en que el juez puede fundarse para sentenciar la separación de bienes.

Los artículos 450, 463 y 1762 prevén otros casos en que la mujer puede pedirla.

Si el marido se halla en interdicción por disipador ó por demente, ó si por larga ausencia del marido sin comunicación con su familia se le nombra curador para la administración de los bienes, la mujer tiene el derecho de pedir la separación.

En estos casos la prueba se limitaría á presentar copia auténtica de la sentencia de interdicción del demente ó del disipador, ó del discernimiento conferido al curador de los bienes del ausente.

El método y la claridad exigian, pues, que en el art. 155 por lo menos se mencionasen los demás casos en que el juez puede sentenciar la separación de bienes; y su omisión, como lo veremos, origina graves dificultades.

Art. 156. Demandada la separacion de bienes, podrá el juez, a petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta, miéntras dure el juicio (*).

REFERENCIAS.

Separación de bienes. 152.
Intereses. 565.

(*) Toullier. XIII. 59-64. — Delvincourt. 1. p. 81. — Zachariae (A. R.). V. § 516. 3º. — Odier. I. 380.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 179. Demandada la separacion de bienes, podrá el juez, a petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta, mientras dure el juicio.

Y decretada la separación de bienes, se entregarán á la mujer los suyos, como en el caso de la disolucion del matrimonio (a).

C. E. 151. Demandada la separación de bienes, el juez, á petición de la mujer, y si hallare mérito, dictará las providencias que estime conducentes á la seguridad de los intereses de ésta, mientras dure el juicio.

C. C. 201.

COMENTARIO

293. La demanda misma sobre separación de bienes manifiesta que, en cuanto á la administración de éstos, hay desacuerdo entre la mujer y el marido. Necesario, pues, que se dicten inmediatamente providencias que no conduzcan sino á la seguridad de los intereses de la mujer; como el prohibir que el marido enajene ó hipoteque sus bienes raíces ó los de la sociedad conyugal.

294. Necesario en este caso conceder al juez facultades discrecionales, las que dependen de mil y mil circunstancias difíciles de preverse.

295. La reforma hecha en el art. 151 del Código ecuatoriano, agregándose las palabras : *y si hallare mérito*, es de todo punto injurídica; pues se compele á la mujer á que antes de la demanda rinda pruebas sumarias acerca del mal estado de los negocios del marido, lo cual dificulta

(a) Demandada la separacion de bienes, podrá el juez, a petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta, mientras dure el juicio.

Y decretada la separación de bienes, se entregarán á la mujer los suyos, como en el caso de la disolución del matrimonio. (Art. 175 del Proyecto Inédito.)

las providencias conservatorias que siempre son urgentísimas.

Ningún perjuicio se sigue al marido de que en vista de la demanda misma se dicten aquellas providencias, que nunca se extenderían á privarle de la administración de los bienes; y durante la secuela del juicio pudiera él manifestar que tales providencias son innecesarias.

Art. 157. En el juicio de separacion de bienes por el mal estado de los negocios del marido, la confesion de éste no hace prueba (*).

REFERENCIAS.

Separación de bienes. 152.

El mal estado de los negocios del marido, 155.

La confesión de éste no hace prueba. 1713. 2485.

El artículo. 164.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 180.

C. E. 152.

C. C. 202.

COMENTARIO

296. Tratándose de la confesión, la regla general consiste en que ella constituye prueba plena de los hechos controvertidos; pues cuando una persona reconoce la exactitud de los que le acarrearán perjuicio, sobre esos hechos ya no se controvierte.

Pero casos hay en que atendiendo á las relaciones entre el confesante y la otra parte, la confesión no merece fe; pues, admitida, se abrirían las puertas á la colusión.

Nada más fácil que se pongan de acuerdo entre la mujer

(*) Savigny. VII § 304. — Pothier. De la communauté. 516. — Troplong (C. de M.). II. 1355. — Bonnier. I. 352. — Zachariae (A. R.). V § 516. 3°. — Huc. IX. 261.

y el marido para perjudicar á los acreedores de cualquiera de los dos, ó por lo menos para disolver la sociedad conyugal.

De ahí proviene que el Código civil expresa que la confesión del marido no hace fe cuando la separación de bienes se funda en el mal estado de sus negocios.

297. Cuando la colusión no es probable, la confesión si constituye prueba plena.

Si la mujer pide la separación fundándose en la insolvencia del marido ó en su administración fraudulenta, ambos hechos acarrean deshonor al marido; y, á menos de ser éste un infame, no puede ponerse de acuerdo con la mujer para confesar que él es insolvente ó que en su administración ha procedido en fraude de los intereses de la mujer.

De la disposición del artículo no se deduce que aun en tales casos sea inadmisibile la prueba de la colusión. La diferencia consiste en que si la demanda sobre separación de bienes se funda exclusivamente en el mal estado de los negocios del marido, su confesión no es prueba; pero si lo es en otros casos, á menos de justificarse que ésta no se prestó sino en fraude de los acreedores.

298 Dijimos que la confesión no es prueba plena de los hechos controvertidos, porque los autores incurren en inexactitud cuando expresan que no vale la confesión contra la ley. Confunden entonces la confesión, como prueba, con los efectos que la prueba surte. Esta se refiere exclusivamente á los hechos, y al juez le corresponde determinar qué efectos surten según la ley esos hechos. Así, por ejemplo, á preguntarse al marido si antes del matrimonio se extendieron capitulaciones matrimoniales, y él contestara que si bien no se otorgó escritura pública, se estipuló á la voz que él hipotecaría los bienes de la mujer, el hecho de la estipulación no pudiera ponerse en tela de juicio; pero ese hecho probado no significa nada, porque según la ley las capitulaciones matrimoniales adolecen de nulidad absoluta cuando no constan, respectivamente, de escritura pública ó de instrumento privado suscrito por las partes y por tres testigos domiciliados en el cantón.

Art. 158. Decretada la separacion de bienes, se entregarán a la mujer, lossuyos, y en cuanto a la division de los gananciales se seguirán las mismas reglas que en el caso de la disolucion del matrimonio.

La mujer no tendrá desde entónces parte alguna en los gananciales que provengan de la administracion del marido; i el marido, a su vez, no tendrá parte alguna en los gananciales que provengan de la administracion de la mujer. (*)

REFERENCIAS.

Separación de bienes. 152.

Se entregáran á la mujer los suyos. 1764.

En cuanto á la división de los gananciales se seguirán las mismas reglas que en el caso de la disolución del matrimonio. 1765-1767. 1769. 1770. 1773. 1774. 1776-1778.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 179. (Véanse las *Concordancias* del artículo 156).

181. La mujer por el hecho de obtener la separacion de bienes, renuncia los gananciales de la sociedad conyugal.

No tendrá, pues, parte que alguna en los gananciales que hayan provenido o provengan de la administracion del marido; i el marido, a su vez, no tendrá parte alguna en los gananciales que provengan de la administracion de la mujer. (a).

C. E. 153.

(*) Locré. XIII. 133 art. 50 — 198. 21 a 99. 23. 248. 12. 359. 35. — Pothier. De la Communauté. 517-521. — Dalloz. Contrat de Mariage. 1794-1871. — Troplong (C. de M.). II. 1336-1349-1912-1946. — Merlin. Séparation de biens. Sect. II. § IV. V. — Toullier. XIII. 58. 59. 65. 66. 71-83. 95-105. — Laurent. XXII. 203-207. 249. 250. 253 — 263. 274. 275. 336-351. — Delvincourt III p. 268. (7). — Zachariae. (M. V.). IV § 649. — Zachariae (A. R.). V. § 516. 4°. — Colmet de Santerre. VI. 92-92 bis IX-94 bis I. II. — Huc. IX. 268. 269 271-273. — Odier. I. 382.

(a) Decretada la separacion de bienes, se entregarán a la mujer los suyos; i en cuanto a la division de los gananciales

C. de N. 1441. La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle si elle n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis.

1445. Toute séparation de biens doit, avant son exécution, être rendue publique par l'affiche sur un tableau à ce destiné dans la principale salle du tribunal de première instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile; et ce, à peine de nullité de l'exécution.

Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.

1444. La separación de bienes, aunque declarada judicialmente, es nula si no se ha ejecutado por el pago efectivo de los derechos y recompensas de la mujer, el cual conste de instrumento auténtico, hasta concurrencia de los bienes del marido, ó á lo menos por gestiones comenzadas en los quince días siguientes á la sentencia, y después no interrumpidas.

1445. Toda separación de bienes, antes de ejecutarse, debe ser publicada por carteles en un cuadro á ello destinado, en el despacho del tribunal de primera instancia, y, además, si el marido es mercader, banquero ó comerciante, en el del tribunal de comercio del lugar donde esté domiciliado; y ello so pena de nulidad de la ejecución.

La sentencia que declara la separación de bienes, se retrotrae, en cuanto á sus efectos, al día de la demanda.

C. Arg. 1299. Decretada la separación de bienes, queda estinguida la sociedad conyugal. La mujer y el marido recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad.

se seguirán las mismas reglas que en el caso de la disolución del matrimonio.

La mujer no tendrá desde entónces parte alguna en los gananciales que provengan de la administracion del marido; i el marido, á su vez, no tendrá parte alguna en los gananciales que provengan de la administracion de la mujer.

1301. Después de la separación de bienes, la mujer no tendrá parte alguna en lo que adelante ganare el marido; ni éste en lo que ella ganare.

P. de G. 1356. Decretada la separación, queda estinguida la sociedad legal, y se hará la liquidación de la misma.

Sin embargo, el marido y la mujer deben de contribuir, durante la separación á su propio mantenimiento recíprocamente, y á los alimentos y educación de sus hijos, en proporción á sus respectivos bienes?

C. C. 203.

C. de la L. 2402. (El artículo 1444 del Código de Napoleón).

2403. La separación de bienes, obtenida por la mujer, debe publicarse tres veces en los periódicos, á más tardar dentro de los tres meses de la sentencia que la ha ordenado.

Si no hubiere periódicos en el lugar donde se ha pronunciado la sentencia, debe publicarse en el lugar más próximo.

C. Esp. 1431.

COMENTARIO.

299. " Decretada la separación de bienes, " dice el artículo, " se entregarán á la mujer los suyos.... "

A menudo emplea impropriamente Don Andrés Bello las palabras *decretar*, *decreto*, que en jurisprudencia tienen una acepción técnica. Por decreto se entiende la providencia conducente á sustanciar el juicio; la resolución interlocutoria se llama auto; la definitiva, sentencia.

Si ésta declara que el marido no es idóneo para la administración de los bienes, debe entregarse á la mujer los suyos.

La separación de bienes disuelve la sociedad conyugal; y, por lo mismo, no sólo se entregan á la mujer los bienes que aportó al matrimonio y los que durante él adquirió, sino también los gananciales. Las reglas que han de observarse cuando la partición de los gananciales se puntualizan en el § IV, Título XXII, Libro IV (artículos 1765-1780).

300. Limitándose Don Andrés Bello á copiar la doctrina de Pothier, no formuló la regla importantísima, conforme á los principios y aceptada por el art. 1445 del Código de

Napoleón, de que los efectos de la sentencia se retrotraen á la fecha de la demanda.

Más necesaria todavía es la regla tratándose de la separación de bienes; pues la demanda origina casi siempre graves desavenencias entre los cónyuges, y el marido, para hostilizar á la mujer, procura á todo trance que se demore la sustanciación de la litis.

El artículo que comentamos opone obstáculos insuperables á la ejecución de la sentencia, empeorando la situación de la mujer; pues mientras no se le entreguen sus bienes y demás derechos, los cónyuges continúan participando de los gananciales, esto es, abre de par en par las puertas para que el marido arruinado, contra quien obtiene la mujer separación de bienes, valiéndose de arbitrios inicuos, impida que la sentencia sobre separación surta todos sus efectos.

301. Aunque la separación de bienes origina, lo repetimos, graves desavenencias entre los cónyuges, no es raro que poniéndose éstos de acuerdo para perjudicar á los acreedores del marido, la separación no sea sino ficticia; porque el marido mismo es quien continúa administrando los de la mujer, y no se procede á la partición de los bienes sociales. Para evitar la colusión entre el marido y la mujer, el art. 1444 del Código de Napoleón prescribió, copiando á Pothier (1), que la sentencia sobre separación de bienes sea nula, si dentro de los quince días á ella subsiguientes no principia la mujer las gestiones que condujeran á ejecutarla.

Don Andrés Bello también se propuso evitar que la separación de bienes sea meramente ficticia; pero lejos de emplear los medios á ello conducentes, facilitó tales separaciones, y concedió al marido un aliciente para retardar la partición de los bienes sociales, continuando mientras tanto usufructuándolos.

En resolución, según el anómalo sistema del art. 158 se facilita la colusión de los cónyuges; pues cuando los acreedores ejercen sus acciones contra el marido, entonces la mujer les opone la separación de bienes, y exige que se le

(1) De la communauté. 517.

entreguen los suyos propios y la mitad de los gananciales. Mas si el marido es quien procede de mala fe, puede retardar indefinidamente la partición de los bienes, y á pesar de la sentencia obtenida por la mujer, es dueño de los frutos del patrimonio á ésta perteneciente y de los que produzcan los bienes sociales.

302. Don Dalmacio Vélez Sarsfield, que en cuanto á la separación de bienes siguió paso á paso el sistema del Código chileno, se apartó de él en el art. 1301 del Código argentino: "Después de la separación de bienes, la mujer no tendrá parte alguna en lo que en adelante ganare el marido, ni éste en lo que ella ganare."

Pero, á nuestro ver, para evitar la colusión entre los cónyuges y que el marido retarde indefinidamente la partición de los bienes sociales, no queda otro arbitrio que el declarar nula la sentencia si la mujer no solicita su ejecución dentro de un breve término, ó si suspende las gestiones á ello conducentes (2); y el retrotraer los efectos de la sentencia á la fecha de la citación de la demanda.

303. Cuando la sentencia sobre separación de bienes pasa en autoridad de cosa juzgada, ¿qué efecto surte en cuanto á la sociedad conyugal? El art. 1764 declara que la sociedad conyugal se disuelve por la sentencia de separación total de bienes. "Tan luego como la mujer rinde prueba de los hechos que sirven de fundamento á su demanda," decía Pothier, "el juez expide la sentencia según la cual

(2) "Para que la sentencia sobre separación sea válida, es necesario que se haya ejecutado sin fraude, esto es, que en virtud de la sentencia de separación, el marido haya restituido la dote á la mujer, ó que por lo menos ésta haya procedido, sin suspenderlas, á las gestiones á ello conducentes.

"La ejecución sería, real, pronta, de la separación de bienes es un requisito indispensable para la validez de esta medida. Si es real el peligro de la dote, la mujer no tiene que perder un momento para recuperarla, y está interesada en obrar con eficacia y celeridad. Si en vez de activar la separación efectiva de los bienes, vacila y contemporiza cuando la justicia ha escuchado sus quejas, júzgase que ella ha engañado al juez, y que los cónyuges se han confabulado para privar á los acreedores de la sociedad de una parte de la prenda. Antiguamente se decia que en toda separación no ejecutada hay colusión; según el Código

las partes quedan separadas de bienes. Esta sentencia es la que disuelve la sociedad conyugal."

Art. 159. La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos a la administración y goce de lo que separadamente administra.

Tampoco necesita de la autorización del marido para enajenar, a cualquier título, los bienes muebles que separadamente administra.

civil la hay, efectivamente, en toda separación no ejecutada lo más pronto posible. El Código, más preciso que el antiguo derecho, el cual no fijaba plazo riguroso, quiere que la rapidez acompañe á la firme voluntad de obrar; porque la prontitud de la acción es la mejor prueba de la certeza del peligro. Fija, pues, un plazo de quince días para que las gestiones comiencen y continúen sin interrupción. Transcurrido ese plazo, las gestiones son extemporáneas; presúmese la elusión, y la sentencia caduca. Circunscribiéndose el principio y el fin de ellas dentro de breves plazos, no podía dejarse las cosas suspensas indefinidamente." (Troplong. *Contrat de mariage*. 1357.)

"La sentencia que declara la separación de bienes debe ejecutarse, so pena de nulidad, en el plazo y en la forma prescritos por el art. 1444. Esta es una regla especial en esta materia. Según el derecho común, el que ha obtenido una sentencia es libre para ejecutarla cuandoquiera, y puede conceder al reo cualquier plazo. ¿Por qué se procede de otra manera tratándose de la sentencia de separación? Si no se ejecuta dentro de quince días y de la manera que la ley determina, todo es nulo. El legislador teme las separaciones simuladas y fraudulentas. Si realmente está en peligro la dote y demás bienes de la mujer, apresúrase ésta á ejecutar la sentencia, para evitar la disipación completa de la sociedad conyugal y de los bienes del marido. Pero si en vez de activar la ejecución, la mujer no obra, de ahí se deduce que su dote y demás bienes no están en peligro; que la separación, no siendo seria, puede envolver fraude; que la mujer se ha confabulado con el marido para defraudar á terceros con la apariencia de una sociedad realmente disuelta; salvo á oponerles después la disolución si quieren ellos proceder contra la sociedad. La ley previene estos fraudes exigiendo la ejecución inmediata y seria de la sentencia." (Laurent. XXII. 249.)

Pero necesita de esta autorizacion, o la del juez en subsidio, para estar en juicio, aun en causas concernientes a su administracion separada; salvo en los casos escepcionales del art 136. (*).

REFERENCIAS.

Separada de bienes. 152. 149.
 Autorización del marido. 136-138.
 Contratos. 1438.
 Administración. 2132.
 Lo que separadamente administra. 158.
 El inciso segundo. 144, 149. 450. 1751.
 La del juez en subsidio. 143.
 Estar en juicio. 71.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 182. La mujer separada de bienes no necesita de la autorizacion del marido para los actos i contratos relativos á la administracion y goce de lo que separadamente administra.

183. Tampoco necesita de la autorizacion del marido para enajenar a cualquier título los bienes muebles que separadamente administra.

184. Pero necesita de esta autorizacion, o de la del juez en subsidio, para enajenar o hipotecar sus bienes raices, aunque los administre separadamente, y para estar en juicio, aun en causas concernientes á su administracion separada; salvo en los casos excepcionales del artículo 154.

C. E. 151...

Pero necesita de esta autorización, ó subsidiariamente de

(*) Locré. XIII. 133 art. 51-281. 18-297. 44. — 359. 35. — 378. 49. — 393. 78. — Pothier de la Communauté. 464. 522. — Dalloz. Mariage. 818. — Contrat de Mariage. — Merlin. Autorisation maritale. Sect. VII. n. V. — Troplong. (C. de M.) 1401-1423. 1431. — Toullier. XIII. 106. 107. — Demolombe. IV 157-166. — Laurent. III. 131. XXII. 286-335. 346. — Colmet de Santerre. VI. 101-101 bis XII. — Huc. IX. 277-283. Vazeille. II. — 315-319. — Odier. I. 397-8-402-14-416. — Zachariae (A. R.) 516. 5°. — Zachariae. (M. V.). IV. 649. — Vincent et Pénaud. Separation de biens. 20.

la del juez, para estar en juicio, aun en causas concernientes á su administración separada; salvo en los casos excepcionales del artículo 130.

C. de N. 1449. La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration.

Elle peut disposer de son mobilier, et l'aliéner.

Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus.

1576. La femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux.

Mais elle ne peut les aliéner ni paraître en jugement à raison desdits biens, sans l'autorisation du mari, ou, à son refus, sans la permission de la justice.

1449. La mujer divorciada ó separada de bienes, recuperará la administración de éstos.

Puede disponer de sus bienes muebles y enajenarlos.

No puede enajenar sus inmuebles sin el consentimiento, del marido ó, denegado ese consentimiento, sin autorización de justicia.

1576. La mujer tiene la administración y goce de sus bienes parafernales.

Pero no puede enajenarlos ni comparecer en juicio en razón de dichos bienes, sin autorización del marido, ó si éste se la deniega, sin permiso de la justicia.

P. de G. 1366. La mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan pertenecido en caso de separacion, ó cuya administracion se le haya transferido.

C. Arg. 1302. La mujer separada de bienes, no necesita de la autorizacion del marido para los actos y contratos relativos á la administracion ni para enajenar sus bienes muebles; pero le es necesaria autorización judicial, para enajenar los bienes inmuebles, ó constituir sobre ellos derechos reales.

C. C. 204.

C. de la L. 2410 (El 1449 del Código de Napoleón).

C. Esp. 1436. Si la separación se hubiera acordado á instancia de la mujer por interdicción civil del marido, se transferirá á la misma la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho á todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido.

Si la separación se acordare por haber sido declarado

ausente el marido ó por haber dado motivo para el divorcio, la mujer entrará en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido.

En todos los casos á que este artículo se refiere, quedará la mujer obligada al cumplimiento de cuanto dispone el párrafo segundo del artículo 1434.

COMENTARIO.

304. Como la separación de bienes surte el efecto de que el marido restituye á la mujer el patrimonio de la misma, de todo punto necesario determinar las reglas concernientes á la capacidad de la mujer en cuanto atañe al propio patrimonio.

305. I. La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos á la administración y goce de lo que separadamente administra.

No puede ser más incorrecta la redacción de la regla primera. La mujer es hábil para la administración de lo que administra, no es propio de una ley cuyas palabras deben pesarse como diamantes; y sorprende se hubiese expresado así uno de los más eminentes filólogos del siglo XIX.

El pensamiento mismo enunciado por el legislador es inexacto, pues del contexto de la disposición pudiera deducirse que además del patrimonio que la mujer administra separadamente, tiene otro patrimonio sujeto á reglas distintas.

Compárese esta redacción á la del art. 1449, inciso primero, del Código francés, que Don Andrés Bello tuvo á la vista: "La mujer divorciada ó separada de bienes, recupera la libre administración de los mismos" (en *reprend la libre administration*).

306. El artículo precedente había dicho que en virtud de la sentencia sobre separación de bienes se entregan á la mujer los suyos, y se procede á la partición de los gananciales.

La sociedad conyugal queda efectivamente disuelta, y la mujer es quien recupera la administración de su patrimonio.

El Código de Napoleón expresa que la administración de la mujer separada de bienes es libre, ya porque no necesita autorización de nadie para los actos administrativos, ya porque en cuanto á ellos no tiene ninguna limitación (1).

Pero en el Código chileno las palabras *libre administración* se toman en el sentido de que la persona á quien ella se concede puede ejecutar todos los actos concernientes al dominio mismo. De manera que hay notable diferencia entre administración y libre administración. El propietario que, como la mujer separada de bienes, tiene la administración de los suyos, es hábil para todo cuanto conduzca á la conservación, mejora y aumento de su patrimonio.

(1). " El art. 1449 dice que la mujer divorciada " (*séparée de corps*) " ó separada de bienes los administra libremente; no dice que recupera también el goce. Era inútil decirlo, porque es una consecuencia natural de la disolución de la sociedad y separación de bienes. Por regla general los frutos pertenecen al propietario; cuando los esposos se casan según el régimen de la sociedad conyugal, aportan el goce de sus bienes; la separación judicial disuelve la sociedad, y termina el goce del marido; la mujer recupera sus derechos de dueño.

" Lo que decimos del goce es aplicable á la administración: la mujer recupera la administración de sus bienes en virtud de su derecho de propiedad. El art. 1448 se explica sobre la administración porque la mujer recupera la libre administración de sus bienes. Es libre en cuanto se liberta ella de la potestad marital. Según el rigor de la ley la mujer separada de bienes queda sujeta á esa potestad; por consecuencia no podría ejecutar ningún acto, aun administrativo, sin autorización del marido ó de la justicia. El art. 1449 forma excepción á la incapacidad de la mujer en cuanto á los actos administrativos, permitiéndole ejecutarlos libremente sin ninguna autorización. La modificación al derecho común es grave, porque se trata de una excepción á la potestad marital, que es de orden público. Se ve que la relajación del vínculo que el matrimonio establece entre los cónyuges es legal, pues la ley misma limita la potestad marital modificándola.

" ¿Cuáles son los motivos de esa excepción? Probablemente una necesidad práctica. La administración exige actos muy frecuentes, y que deben ejecutarse sin retardo. Dificultariase ella si el marido ó la justicia interviniese en cada acto que la mujer necesitase ejecutar, y en ese sentido la mujer debe administrar libremente. " (Laurent. XXII. 286, 287.)

Puede arrendar los bienes, recibir el dinero que se le adeuda, contratar las obras necesarias para la conservación y mejora de los predios, etc., etc. (2).

Al paso que la libre administración lleva consigo la facultad de constituir en todos los bienes derechos reales, transferir la propiedad; en una palabra, la de ejecutar todos los actos anexos al dominio cual lo define el art. 582.

La diferencia esencial entre la libre administración y la mera administración se deduce de clarísimas disposiciones del Código chileno. Así, el inciso primero del art. 1225 expresa que todo asignatario puede aceptar á repudiar libremente, y el segundo añade: "Exceptúanse las personas que no tienen la *libre administración* de sus bienes, las cuales no podrán aceptar ó repudiar sino por medio ó con el consentimiento de sus representantes legales." Según el art. 1234, inciso primero, la aceptación una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza ó por dolo.....; y según el inciso segundo, esta regla se extiende aun á los asignatarios que no tienen la *libre administración* de sus bienes. El art. 1686 es acaso más terminante: "Los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado á las formalidades y requisitos necesarios, no podran declararse nulos ni rescindirse, sino en los casos en que gozarían de este beneficio las personas que *administran libremente* sus bienes. Por último, el art. 2497 declara que las reglas relativas á la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra del Estado, de las iglesias....., y de los individuos particulares que tienen la *libre administración* de lo suyo.

No puede, pues, contraponerse más claramente la inca-

(2) "Uno de los efectos de la sentencia de separación consiste en que la mujer adquiere el derecho de administrar sus bienes, y de celebrar todos los contratos á ello concernientes sin necesidad de autorización; pero sin ésta no puede enajenarlos.

"La mujer puede entonces percibir las rentas de sus bienes, arrendarlos, y generalmente todos los actos de mera administración.....; pero como la separación no la liberta de la potestad marital, ne puede enajenar sus inmuebles ni recibir la redención de sus rentas sin autorización del marido ó de la justicia." (Pothier. De la communauté. 464. 522.)

pacidad á la libre administración de los bienes; y la mujer, aun separada de bienes, se cuenta, á no dudarlo, entre las personas incapaces.

Los actos de mera administración se hallan enumerados en el art. 2132 : « El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio á los deudores, intentar las acciones posesorias é interrumpir las prescripciones, en lo tocante á dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo ó beneficio de las tierras, minas, fábricas, ú otros objetos de industria que se le hayan encomendado ».

La diferencia entre la mera administración y la libre administración es importantísima, no sólo para determinar qué actos se comprenden en las facultades que la ley concede á la mujer separada de bienes en el inciso primero del art. 159, sino también para saber si en la facultad de enajenar á cualquier título los bienes muebles que separadamente administra se comprende la de donar. Ahora examinaremos este último punto.

Hecha esta distinción, pregúntase si la compra es un acto meramente administrativo.

Si se compran objetos destinados á la conservación y mejora de los predios, salta á la vista que hay un acto de mera administración. Pero en cuanto á los predios mismos, es necesario distinguir. Si la compra es al contado, hay inversión del dinero, y es un acto administrativo, que pueden ejecutar aun los tutores y curadores. Pero si la compra es al fiado, la mujer empeña su patrimonio y el contrato sale de los límites de la mera administración (3).

(3) “ ¿Puede la mujer separada de bienes adquirir muebles ó predios? Debe distinguirse: comprar para invertir las rentas ó para colocar un capital-mueble que se reembolsa es un acto administrativo que los administradores de bienes de otro pueden ejecutar; es la más segura de las inversiones, y que en varios casos las leyes mismas la ordenan..... Pero la cuestión

307. II. La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para enajenar, á cualquier título, los muebles que separadamente administra.

Clarísimo es el sentido de la disposición, y ella no comporta cortapisas que restrinjan el derecho de enajenar los bienes muebles á título oneroso.

Por enajenación se entiende el acto de transferir el

cambia de aspecto si para comprar la mujer debe recibir á mutuo. Qué de propietarios se han arruinado tomando dinero á mutuo, aunque sea al interés legal, dineros cuantiosos que no les producen sino un dos por ciento. Recibir dinero para especular es acto ruinoso; es evidente que la mujer separada de bienes no tiene ese derecho, y equivaldría á concederle el derecho de arruinarse." (Laurent. XXII. 297.)

"¿Puede la mujer adquirir á título oneroso bienes muebles ó inmuebles?

"Nuestros dos artículos 217 y 1449 me parecen de difícil conciliación.

"Según el art. 217, la mujer, aun separada de bienes, no puede adquirir á título gratuito ú oneroso sin autorización. Tal es la regla que debe observarse en todo caso á menos que otra prevalezca, y en el Código no hay ninguna otra. Nótese que el art. 1449 ni menciona la facultad de adquirir; no forma excepción al art. 217 sino en lo concerniente á la facultad de enajenar; luego, la mujer no puede adquirir á título oneroso aunque esté separada de bienes.

"El argumento es lógico; pero no podríamos admitir sus consecuencias absolutas. No es exacto que la mujer sea incapaz, á lo menos en ciertos casos y con ciertos requisitos, para adquirir á título oneroso.

"Que al efecto no pueda contraer obligaciones, eso es indudable, y la prohibición de adquirir declarada en el art. 217 debe entonces aplicarse.

"¿Pero es verdad que la mujer separada de bienes no puede con sus capitales disponibles y en proporción á sus recursos presentes, adquirir al contado, de manera que en virtud de la adquisición no se obligue para lo futuro? Eso es lo que me parece absolutamente inadmisibile.

"Según el art. 1449 la mujer tiene la libre administración, y por consecuencia el derecho de disponer de sus bienes muebles. Ahora bien, la adquisición á título oneroso puede envolver un acto administrativo, un acto de disposición legítima de los muebles; luego este artículo le confiere virtualmente la facultad de adquirir." (Demolombe. IV. 157.)

dominio. De manera que la mujer dispone de sus bienes muebles, ya vendiendo las cosas corporales, ya cediendo los créditos.

A primera vista pudiera juzgarse que no hay armonía en el sistema del Código, cuando permite que la mujer enajene sus bienes muebles, por valiosos que sean, y prohíbe la enajenación de los raíces, aunque su precio sea en extremo exiguo.

De ahí que al aplicar el inc. 2º del art. 1449 del Código de Napoleón : « La mujer puede disponer de sus bienes muebles y enajenarlos », algunos intérpretes del propio Código, como Troplong (4), y aun los tribunales, restringieron arbitrariamente su tenor, sosteniendo que la mujer no podía enajenar sus muebles sino en cuanto ello se refería á la administración concedida por el inciso primero del propio art. 1449.

Pero tal doctrina no ha prevalecido, porque si la mujer tiene la administración de todo su patrimonio, síguese que para ésta le es absolutamente necesario enajenar libremente sus bienes muebles; pues las personas que contratan con la mujer no podrían nunca distinguir con acierto si la enajenación de los muebles es acto administrativo ó si conduce á la celebración de negocios ruinosísimos para la mujer. Luego, sin la irrestricta facultad de enajenar, á

(4) « El art. 1448 dice expresamente que la mujer divorciada (séparée de corps) ó separada de bienes puede disponer de sus muebles ó enajenarlos.

« Ahora bien, autorizar á la mujer para disponer libremente de sus rentas y de sus muebles y enajenar éstos sin autorización, encierra derogación al derecho común, escrito en el art. 217 del Código civil, ó á lo menos se emplea una redacción inconciliable con el art. 217, y que, tomada á la letra, estuviera en pugna con esta disposición. Y como la jurisprudencia no podía admitir una derogación no motivada del art. 217, que es un *artículo principio*; como tampoco podía admitir una antinomia, ha recurrido á la conciliación, decidiendo que el art. 1449 no debe entenderse sino de las enajenaciones de muebles que sean propiamente actos administrativos, y no de aquellas cuyo carácter es más grave para la mujer, y que son el resultado de obligaciones personales no autorizadas por el marido. » (Troplong. Contrat de mariage. II. 1410).

título oneroso, todos los bienes muebles de la mujer, le sería de todo punto nugatorio el derecho de administrar su patrimonio (5).

(5) " El art. 1419 dice que la mujer puede disponer de sus bienes muebles y enajenarlos. ¿Ese derecho de disposición es absoluto, ó no puede ejercerlo la mujer sino en los límites de la facultad de administrar? Esta cuestión es muy controvertida. Nos parece que la ley la decide; acabamos de transcribirla; pudiera decirse que el legislador ha previsto las controversias que se originarían del derecho de disposición de la mujer, y que ha querido decidir las de antemano; no se limita á decir que la mujer puede enajenar sus bienes muebles, añade que puede disponer de ellos, empleando así dos expresiones para denotar la plena facultad de la mujer. Ni una palabra que restrinja esa facultad absoluta. Preténdese que la restricción se deduce atendiéndose á los arts. 217 y 1419. El art. 217 expresa que la mujer, aunque no contraiga sociedad conyugal ó esté separada de bienes, no puede donar, enajenar, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso sin autorización del marido. Hé aquí una incapacidad absoluta de enajenar : ¿puede admitirse que el legislador después de decir que la mujer separada no puede enajenar, dijo todo lo contrario en el art. 1419, permitiendo á la mujer enajenar sus muebles y disponer de ellos sin distinción ninguna? Deben conciliarse, añádesse, las dos disposiciones, y el art. 1419 indica cómo puede efectuarse la conciliación. El inciso primero asienta el principio : la mujer recupera la libre administración de sus bienes; no es hábil pues sino para los actos administrativos. En esto consiste su capacidad; lo que la ley agrega se refiere á esa regla fundamental; permite á la mujer separada de bienes disponer de sus muebles, siempre que la enajenación sea un mero acto administrativo. Tal es el argumento que los jueces aducen dándole una forma jurídica que parece decisiva : el art. 217 establece como regla la incapacidad de enajenar; el art. 1419 forma una excepción; la excepción, sin extinguir la regla, sólo la modifica; luego debe restringirse el derecho de enajenar en los límites de los actos administrativos. Juzgamos que tal distinción no es la que el legislador se propuso. Sin duda el art. 217 es demasiado absoluto en cuanto concierne á la mujer separada de bienes; demasiado absoluto no sólo en cuanto atañe al derecho de enajenar, es demasiado absoluto en cuanto atañe al derecho de adquirir á título oneroso. Hay, pues, una restricción ó una excepción al art. 217. ¿Á qué se refiere la excepción? El art. 1419 lo indica muy claramente; pues encierra dos principios : el uno relativo al derecho de administración; el otro, al de disposición. En cuanto á la facultad de administrar, la mujer la ejerce en toda su plenitud; administra libremente, lo cual restringe el art. 217 que prohíbe á la mujer adquirir á tí-

Pero debemos recordar que según el art. 149 del Código chileno las reglas generales sobre los derechos y obliga-

tulo oneroso; al paso que el art. 1449 le confiere ese derecho acordándole la libre administración. La segunda regla que encierra el art. 1449 es relativa al derecho de disposición. Entonces la ley distingue: permite á la mujer enajenar sus muebles sin autorización, pero deja subsistente la necesidad de la autorización para enajenar los inmuebles. Hé aquí la distinción ó excepción, que concilia el art. 1449 con el art. 217. La ley aplica la regla del art. 217 á la enajenación de los inmuebles, y la deroga en cuanto á la enajenación de los muebles.

“ El vínculo que se quiere establecer entre el inciso segundo del art. 1449 y el primero está en pugna con el tenor y espíritu de la ley. Se trata de dos órdenes de ideas del todo diferentes: el inciso primero se refiere al derecho de administración; el segundo y el tercero, al de disposición. El derecho de disponer, al contrario, no es libre; no lo es sino en cuanto á los muebles y la libertad de disponer de ellos se expresa en términos tan absolutos como la facultad de administrarlos. Nada denota que la mujer ejerza el derecho sólo en los límites de los actos administrativos. El espíritu de la ley tampoco admite esa restricción. El derecho de enajenar interesa á terceros tanto como á la mujer; la cual para vender necesita compradores, y los compradores exigen ante todo seguridad: no comprarán si la mujer ó los acreedores pudiesen pretender que la venta es nula, porque no se ha efectuado para la administración. ¿Y cómo pretender que sepan los terceros si la mujer vendió sus bienes muebles para las necesidades de la administración? Si hay incertidumbre sobre la suerte de la adquisición, no comprarán, y el derecho de enajenar, que la ley concede en términos tan absolutos, sería letra muerta, ó más bien dicho, se borraría del Código. ” (Laurent. XXII. 301.)

“ El art. 1449 no se limita á dar en términos vagos á la mujer la facultad de libre administración. En un inciso especial la precisa, concediéndole el derecho de disponer de sus muebles y enajenarlos.

“ Esta disposición no comporta distinciones; por consecuencia comprende así los muebles incorpóreos como los muebles corpóreos, las rentas, las acciones, los créditos, así como las joyas, cuadros, muebles del menaje. Puede decirse que la ley da á la mujer una libertad más y más peligrosa en nuestra época, en que los bienes muebles de los patrimonios toman día á día más importancia. Pero se explican las disposiciones del Código según las cuales los muebles son bienes de poco valor, y es necesaria la conservación de los predios.

“ La crítica sobre la regla concerniente á la enajenación de los muebles ha inducido á ciertos autores y ciertas sentencias á limitar

ciones de los cónyuges no se modifican sino en cuanto se opongan á las excepciones determinadas por la ley taxati-

las facultades de la mujer, no validando los actos de enajenación de muebles sino cuando ésta sea acto administrativo. Eso es no atender al tenor del artículo, porque la regla que concierne á los muebles es absolutamente distinta de la concerniente á la administración. Tal regla sería nugatoria si no confiriese á la mujer una facultad especial y si debiera pura y simplemente comprenderse en la regla principal del artículo.

"La regla del art. 1419, inciso segundo, se inspira, á no dudarlo, en el temor de dificultar la administración de la mujer y de perjudicar á las personas que con ella tratan. Si la enajenación de muebles no fuese válida sino cuando se efectúa en interés de la administración, los terceros estarían expuestos á la nulidad de los contratos celebrados con la mujer, sin que pudiesen conocer á ciencia cierta los motivos que la indujeron. ¿Pueden tener datos suficientes sobre el conjunto de los negocios de la mujer que trata con ellos? ¿Y no tendrían necesidad de esos datos para apreciar los motivos de la enajenación? La naturaleza del objeto enajenado no manifiesta suficientemente el carácter del acto, porque en la enajenación de un cuadro, de la vajilla, puede haber un contrato efectuado por la mujer para gastos frívolos, y, en otros casos, la enajenación de un crédito, de una acción, puede ser un acto muy razonable, exigido por la necesidad de pagar una deuda, ó de proveer á las necesidades de la familia.

"Si los terceros compradores de muebles enajenados por la mujer no pudiesen estar seguros sino cuando constase que la enajenación tenía un objeto útil, nadie se atrevería á tratar con la mujer separada, á menos que el marido la autorizase; la facultad de enajenar aun para la administración sería nugatoria. Fuérale necesario, aun para los actos más simples y más razonables, obtener la autorización de un marido, casi siempre descontento con la separación; que para vengarse pondría dificultades á los actos administrativos, y que aun exigiría remuneración por el consentimiento." (Colmet de Santerre. VI. 101 bis III.)

"El art. 1419 dice que la mujer separada puede disponer de los bienes y enajenarlos.

"Esta disposición modifica esencialmente el art. 217, que prohíbe á las mujeres casadas, aun separadas de bienes, disponer y enajenar sin autorización del marido, y que no distingue si los actos de enajenación se refieren á inmuebles ó sólo á muebles. Pues bien, como el art. 217 es de derecho público, pues atañe á las prerrogativas de la potestad marital, que la separación de bienes no menoscaba; debe procurarse, si no conciliarlo con el art. 1449 (lo cual es imposible), á lo menos restringir, en los respectivos límites, la excepción establecida en este artículo."

vamente, y que entre las excepciones á la simple separación de bienes no hay sino dos que atañen á la capacidad de la mujer :

1°. Tiene la administración de los bienes, y es hábil para celebrar todos los contratos á ella referentes; y

2°. Puede enajenar los bienes muebles.

Ahora bien, entre las prohibiciones enumeradas en el art. 137 se cuenta la de celebrar contratos, y la regla especial del artículo que comentamos no la habilita sino para celebrar los concernientes así á la administración de todos los bienes como á la enajenación de los muebles. Subsiste, pues, la incapacidad para los demás contratos; y en la facultad de enajenar no se comprenden los contratos que empeñan el patrimonio presente y futuro de la mujer casada.

Así, por ejemplo, puede dar dinero á mutuo y comprar al contado bienes raíces, por subido que sea el precio; mas no recibir dinero en préstamo, porque esto último no constituye acto administrativo ni enajenación.

308. La distinción entre la facultad de contratar y la de enajenar, que se deduce del tenor y espíritu de los arts. 137 y 159 del Código chileno y de los arts. 217 y 1449 del Código de Napoléon, es aceptada por los más eminentes expositores de este Código (6); consulta los intereses de la

“ Las disposiciones ó enajenaciones, aun á título oneroso, que la mujer efectuase de sus bienes muebles, no le serian indefinidamente permitidas sin autorización del marido.

“ No hay duda que la mujer puede, sin tal autorización, enajenar sus muebles presentes, los que posee actualmente, en pago de sus deudas vencidas, por venta, ó por cualquiera otra manera de disponer á título oneroso. El art. 1449 es, á este respecto, terminante, y, por otra parte, puede sostenerse que la facultad de vender y enajenar los muebles presentes es una consecuencia natural del derecho de administrar todos los bienes, que recupera la mujer separada, y que no es, por tanto, conciliable con la facultad de ejecutar sólo los actos de mera administración que la ley reconoce expresamente. ” (Odiér. I. 402. 404.)

(6) “ Pero no es lo mismo en cuanto á las obligaciones que la mujer puede contraer respecto á sus bienes muebles, y de las deudas á cuyo pago se obligase, ora tomando dinero á mutuo,

mujer y de la familia, y restringe la ilimitada facultad de contratar, que ejerciera la mujer si la enajenación de los

ora por compras, pagarés á la orden ó de otra manera. El art. 1449, inciso segundo, no se aplica á esos actos; no habla, en efecto, sino de la facultad de enajenar, y no de la de obligarse. Ahora bien, enajenar y obligarse son dos cosas muy diversas: la enajenación se refiere á los muebles que la mujer posee actualmente, y ésta puede apreciar toda la importancia de ese acto; además el perjuicio que puede sobrevenirle enajenando es limitado, y como enajenando se desprende de los bienes, la mujer es la primera que conoce, por la privación que experimenta, á dónde la conduciría el abuso. Obligándose, al contrario, enajena no sólo los muebles presentes, sino también los que puede adquirir por donación, legado ó herencia; empeña, pues, lo porvenir, y un porvenir desconocido, cuando ella consiente en obligarse. Si la mujer tuviese la facultad indefinida de obligarse, de tomar prestado, sin la autorización del marido, podría arruinarse anticipadamente y causar la miseria de sus hijos. Eso es lo que el legislador no ha querido; en el inciso segundo del art. 1449 no se ha propuesto extender hasta ese punto la facultad de enajenar los muebles, que se refiere á la mujer casada; la palabra enajenar se emplea entonces en sentido restricto, y no comprende las obligaciones, préstamos ú otros contratos que comprometen lo porvenir. Respecto de esos actos, subsiste la regla general del art. 217 y siguientes, que exigen, aun respecto de la mujer separada, la intervención tutelar del marido; la incapacidad de la mujer para obligarse válidamente en todos esos actos sin autorización permanece tal como estos artículos y el art. 1124 la habian juiciosamente establecido." (Otier. I. 405.)

"El art. 217, que establece el principio de la incapacidad de la mujer casada, enumera los actos para los cuales debe autorizarla el marido, y no menciona el derecho de contratar ó de obligarse. Pero la incapacidad de obligarse resulta de los artículos que siguen. Siendo la regla general que la mujer es incapaz de obligarse, debemos ver si la ley forma una excepción en cuanto á la mujer separada de bienes. Ahora pues, el art. 1449 se limita á decir que la mujer separada administrará libremente sus bienes, y añade que puede disponer de sus bienes muebles y enajenarlos. ¿Resulta de aquí una capacidad general ó relativa de obligarse?"

"Decidiéndose que la mujer separada de bienes puede efectuar los actos administrativos sin autorización, la ley decide implícitamente que puede obligarse cuando administra. En efecto, es imposible administrar sin obligarse. Si la mujer da uno de sus predios en arrendamiento, contrae obligaciones como arrendadora. Ese hecho jurídico es á un mismo tiempo acto adminis-

bienes muebles comprendiese la facultad de comprometer el patrimonio íntegro, que conforme al art. 2447 es prenda

trativo y obligación, y el acto administrativo no puede ser válido sin que lo sea la obligación.....”

“ Sobre este punto la doctrina y la jurisprudencia están conformes. ¿No puede extenderse la regla y decir que la mujer puede obligarse, aunque no se trate de un acto administrativo, en cuanto contratando obliga sus bienes muebles? En apoyo de esta opinión se alega el art. 1449. La ley confiere á la mujer el derecho de disponer de sus bienes muebles y enajenarlos, al paso que le prohíbe enajenar sus inmuebles sin autorización. Si la mujer puede enajenar sus muebles directamente, ¿por qué no lo podría indirectamente obligándose y concediendo á los acreedores el derecho de embargar sus muebles? Luego, la obligación será válida, aunque no conceda al acreedor una garantía completa; tendrá él como prenda los bienes de la mujer, cuya disposición le pertenece á ella; la prenda no se extenderá á los inmuebles porque la mujer no puede disponer de ellos. ”

“ La Corte de Casación aceptó al principio este parecer.....

“ La Corte de Casación se engañaba, y reconoció su error cambiando su jurisprudencia. Pero habiendo entrado á un camino erróneo, difícil le era salir de él : la nueva jurisprudencia de la Corte también es censurable. Comienza por confundir el derecho de enajenar con el derecho que tiene el deudor para obligarse dando en prenda al acreedor los bienes que puede enajenar..... Importa, pues, establecer claramente la distinción que la Corte Suprema no reconoce. Á primera vista parece natural y lógico el razonamiento que ha extraviado á la Corte Suprema. La mujer separada de bienes puede disponer directamente de sus muebles : ¿por qué no podría disponer de ellos indirectamente? Pudiera vender los muebles al acreedor, y cabe ni suponerse que no pueda conferirle el derecho de hacerlos vender? En realidad hay enorme diferencia entre estos dos hechos jurídicos, enajenar y obligarse. El que enajena se desprende inmediatamente; no lo hará sino en caso de necesidad actual, ó si obtiene utilidad evidente. La situación del que se obliga es muy diversa. La mujer recibe á mutuo dinero, y aunque sepa que debe restituirlo, no se priva inmediatamente de ninguno de sus bienes, acaso ni piensa en que empeña sus muebles y que el acreedor tendrá el derecho de hacerlos embargar, pues ella piensa pagarle el dinero que ha recibido. Esa facultad de endeudarse para lo porvenir es un inmenso peligro para el deudor imprudente; luego la ley debe impedirselo cuando no es plenamente capaz. El derecho de obligarse no es una consecuencia del derecho de enajenar; la ley puede conceder á la mujer el derecho de enajenar y prohibirle obligarse á causa de su incapacidad; porque no

de todos los acreedores, por medio de contratos tanto más ruinosos cuanto pudieran provenir aún de las desavenencias entre los cónyuges.

309. Sabido es que la enajenación puede verificarse á título oneroso ó á título lucrativo. Oneroso, si en cambio se reciben valores equivalentes; lucrativo, cuando hay mera liberalidad.

Si nos atuviésemos sólo á la redacción de la regla que examinamos, pudiéramos sostener que faculta á la mujer para donar todos sus bienes muebles.

Pero tenemos otra regla, especialísima á las donaciones, esto es, el art. 1388, según el cual son inhábiles para donar los que *no tienen la libre administración de sus bienes*; y ya hemos demostrado que la mujer casada, lejos de tener la libre administración de los bienes en el genuino sentido de estas palabras, se cuenta siempre entre las personas relativamente incapaces.

debe conceder á la mujer incapaz el derecho que le conduzca á su ruina y á la de su familia." (Laurent. XXII. 308-310.)

" La mujer separada de bienes no puede obligarse tomando á mutuo, comprando ó de otra manera, sino para la administración y en los límites de esa administración.

" Aunque el art. 1119 no le confiere la facultad de contraer obligación, investigase si la mujer separada de bienes puede obligarse; porque el art. 217, que enumera los actos prohibidos á la mujer casada, no comprende la incapacidad de obligarse. Pero el pensamiento de la ley es muy claro, y se manifiesta en los artículos que siguen al 217, donde más de una vez se trata de la autorización necesaria para contratar, y donde la mujer mercadera pública es por excepción declarada capaz de obligarse."

" Ciertó que la mujer separada de bienes puede enajenar los muebles, y de ahí se quiere deducir que es capaz de obligarse hasta concurrencia del valor de los mismos. Tal conclusión es peligrosa para la mujer y para terceros : para la mujer, que se obliga más fácilmente que enajena, porque obligándose no empeña sino lo porvenir en vez de menoscabar el patrimonio presente por la enajenación; para terceros, que no estarían seguros cuando contratasen con una mujer sino á contraer ella obligaciones que correspondan al valor de sus bienes muebles, y que estarían siempre expuestos á una acción de nulidad de la obligación. " (Colmet de Santerre. VI. 101 bis VII.)

Por otra parte, la facultad de donar estaría en la más abierta pugna con los principios fundamentales sobre las obligaciones y derechos entre los cónyuges; principios que obedecen ante todo á la moral y buenas costumbres; las cuales no permiten que la mujer casada done sin autorización del marido.

Casi todos los intérpretes del Código de Napoleón (7) se

(7) " Reconociendo á la mujer la facultad de disponer, no juzgamos que el art. 1449 le confiera capacidad para donar entre vivos sin autorización. La prohibición, puntualizada en el art. 905 de una manera tan expresa, manifiesta que á falta de excepción, también expresa, no puede extenderse hasta las donaciones la facultad de disponer de los bienes muebles que el art. 1449 confiere á la mujer separada. Necesario, pues, limitar ese artículo á las disposiciones á título oneroso. " (Ollivier. I. 403.)

" ¿Puede la mujer disponer de sus bienes muebles á título gratuito? Pudiera deducirse de los términos del art. 1449, pero es preciso combinar esta disposición con las de los arts. 217 y 905. El art. 217 dice que la mujer separada de bienes no puede donar, enajenar, sin autorización. Distinguese, pues, la donación de la enajenación á título oneroso. Ahora bien, el art. 1449 no modifica el art. 217 sino en cuanto al derecho de enajenar; no habla del derecho de donar; luego la incapacidad de donar subsiste. Esa interpretación se robustece por el art. 905, que corrobora, en términos absolutos, la incapacidad de donar declarada por el art. 217. ¿Por qué reproduce el legislador una prohibición ya puntualizada? Porque hay un motivo especial para que la mujer casada sea incapaz de donar, sean cuales fueren las capitulaciones matrimoniales. Las buenas costumbres exigen que si la mujer quiere ser liberal, el marido la autorice. Este motivo domina á cualquiera otra consideración. " (Laurent. XXII. 307.)

" Á pesar de la generalidad de la palabra enajenar, no hemos hablado sino de los actos de disposición á título oneroso. La donación, aun mueble, está prohibida á la mujer separada de bienes cuando no la autoriza el marido. La donación es un acto que exige requisitos especiales de capacidad, y el art. 905 que, de una manera general, exige la autorización del marido, puede considerarse como una disposición especial no modificada por el art. 1449. Las razones que explican la facilidad concedida á la mujer para enajenar, á título oneroso, sus bienes muebles, no son aplicables cuando se trata de actos de mera liberalidad, y al contrario la regla del art. 905 se apoya en consideraciones morales que subsisten antes y después de la separación de bienes. " (Colmet de Santerre. VI. 101 bis IV.)

acuerdan en que la ilimitada facultad de enajenar los bienes muebles concedida por el art. 1449 no envuelve la de donar, y en que ésta se regla por el art. 905.

310. III. La mujer casada necesita de la autorización del marido ó, á falta de ésta de la del juez, para estar en juicio aún en causas concernientes á su administración separada; salvo los casos excepcionales del art. 136.

En cuanto á la incapacidad para comparecer en juicio, subsiste, respecto de la mujer separada de bienes, la regla general determinada en el art. 137, que se funda en las más inconcusas razones.

311. IV. En todo cuanto no se opongan á las reglas especialísimas concernientes á la separación de bienes, subsisten las obligaciones entre los cónyuges.

De manera que aun cuando la mujer separada de bienes es hábil para administrarlos todos, y para enajenar los muebles, en todo lo demás subsiste su incapacidad. No puede, pues, enajenar ni hipotecar los bienes raíces sino observando los requisitos puntualizados en el art. 1754, ni comprar bienes raíces al fiado, ni recibir dinero á mutuo, porque estos actos, como lo hemos visto, no se comprenden en la facultad de administrar.

Art. 160. En el estado de separacion ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia comun a proporcion de sus facultades.

El juez en caso necesario reglará la contribucion. (*).

REFERENCIAS.

Familia común. 1740, N. 5º.— 815.

(*) Locré. XIII. 133. art. 53.— 359. 35.— Pothier. De la Communauté. 464.— Troplong. (C. de M.). 1432-1442.— Dalloz. Contrat de Mariage. 19471-963.— Merlin. Separation de biens. Sect. II. V. n. 8º.— Laurent. XXII. 278-285.— Zachariae. (M. V.). IV. 649.— Zachariae. (A. R.). V. 516. 5º.— Toullier. XIII. 112. 116.— Colmet de Santerre. VI. 99-99 bis III.— Odier. 1400. 1401.— Huc. IX. 276.

CONCORDANCIAS (a).

C. E. 155.

C. de N. 1448. La femme qui a obtenu la séparation de biens, doit contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs.

Elle doit supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien au mari.

1448. La mujer que ha obtenido separación de bienes, debe contribuir, proporcionalmente á sus facultades y á las del marido, tanto á los gastos domésticos como á los de educación de los hijos comunes.

Son de su cargo todos los gastos, si al marido no le queda nada.

C. Arg. 1300. Durante la separación, el marido y la mujer deben contribuir al mantenimiento, y á los alimentos y educación de los hijos, en proporción á sus respectivos bienes.

P. de G. 1356. (Véanse las *Concordancias* del art. 153).
C. C. 205.

C. de la L. 240. (El 1448 del Código de Napoleón).

C. M. 2076. Cada uno de los consortes contribuye á sostener los alimentos, la habitación, la educación de los hijos y demás cargas del matrimonio, según el convenio; y á falta de éste, en proporción á sus rentas. Cuando éstas no alcancen, los gastos se imputarán á los capitales en la misma proporción.

2090. En los casos de separación de bienes por convenio ó por sentencia, se observará lo dispuesto en el artículo 2076.

C. Esp. 1434. Acordada la separación de bienes quedará disuelta la sociedad de gananciales, y se hará su liquidación conforme á lo establecido por este Código.

Sin embargo, el marido y la mujer deberán atender recíprocamente á su sostenimiento durante la separación,

(a) En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer á las necesidades de la familia común á proporción de sus facultades:

El juez en caso necesario reglará la contribución. (Art. 181 del Proyecto Inédito).

y al sostenimiento de los hijos así como á la educación de éstos; todo en proporción de sus respectivos bienes.

P. IV. XIX. IV. Pobredad escusa a las vegadas á los omes, que non fagan algunas cosas, que eran tenudos de fazer de derecho. E porende, maguer diximos en la ley ante desta, que el que era en culpa por que se partio el casamiento, que esse era tenudo de dar al otro de lo suyo, con que criasse sus fijos que ouiessem de so vno, razon y ha porque non seria assi. Ca si aquel fuesse pobre, e el otro rico, estonce el que ha de que lo pueda fazer, deue dar de que se crien los fijos.....

COMENTARIO.

312. Las disposiciones de este artículo son consecuencia de las reglas generales sobre las obligaciones y derechos que nacen del matrimonio. En efecto, el art. 134 declara que el marido debe suministrar á la mujer lo necesario según sus facultades y que la mujer tiene igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes; el art. 228, que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenecen á la sociedad conyugal, y que si la mujer está separada de bienes, corren dichos gastos por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporción que el juez designare; el art. 1740 enumera entre las cargas de la sociedad conyugal el mantenimiento de los cónyuges, el mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y expresa que se miran como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges está obligado por la ley á dar á sus descendientes ó ascendientes aunque no lo sean de ambos cónyuges.

313. En virtud de la separación de bienes los patrimonios del marido y de la mujer son independientes; cada cónyuge debe proveer á las necesidades de la familia común á proporción de sus facultades.

Si sólo uno de los cónyuges tuviere bienes, él solo está obligado á todos los gastos; y si hubiere controversia sobre estos puntos, el juez decide con pleno conocimiento de causa (1).

(1) " Si á consecuencia de una separación convencional la

Como la conclusión del litigio pudiera retardar, y es urgentísimo proveer á las necesidades de la familia, el juez, aun antes de sentencia, debe determinar provisionalmente la suma de dinero con que ha de contribuir cada uno de los cónyuges.

La sentencia definitiva que el juez expida, no pasa en autoridad de cosa juzgada sino en cuanto á la obligación, impuesta á cada uno de los cónyuges, de contribuir para los gastos de la familia común; pero es susceptible de modificarse según las circunstancias que aumentan ó disminuyen el patrimonio de los cónyuges.

314. La obligación impuesta á la mujer de contribuir con sus bienes propios para los gastos de la familia común no nace sino de la separación de bienes; porque sólo entonces se disuelve la sociedad conyugal y administra la mujer los suyos. Dedúcese, pues, que si antes de la disolución el marido hubiere contraído deudas para la subsistencia de la familia, los acreedores no tendrán acción contra la mujer. Según el art. 1437 del Código civil, las obligaciones no nacen sino de una convención, de un hecho voluntario, lícito ó ilícito, y de la ley; y en ninguno de esos casos se hallaría la mujer, á pretenderse que ella debe pagar, á prorrata de sus facultades, las deudas contraídas por el marido antes de la separación de bienes

mujer administra separadamente sus bienes, y rehusase contribuir para las cargas del matrimonio, el marido podría acudir al juez para obtener la contribución. Atendiendo entonces el juez á las facultades de la mujer, debe reglar, ya la pensión que la mujer debe al marido, ya la suma con que debe contribuir para los alimentos y educación de los hijos comunes. Lo mismo es aplicable á la separación declarada durante el matrimonio por sentencia de juez. "(Pothier. De la communauté. 464. 465.)

" Debemos recordar una obligación impuesta á la mujer por el art. 1448, y que es la condición esencial de la libertad que recupera en cuanto á la administración de sus bienes: la de contribuir á los gastos domésticos á proporción de sus facultades y de las del marido; pues si el matrimonio subsiste, cada uno debe soportar aquellas cargas á medida de sus bienes de fortuna. Si el marido carece de ellos absolutamente, la mujer debe soportar todos los gastos de la casa y de la educación de los hijos. " (Troplong. Contrat de mariage. II. 1432.)

para proveer á las necesidades de la familia común.

Cuando la mujer provee con sus bienes propios á todos los gastos de la familia, porque el marido carece absolutamente de patrimonio, y el marido adquiere bienes posteriormente, la mujer no tiene derecho para que él le satisfaga los gastos anteriores á prorrata de sus actuales facultades; pues ella cumplió una obligación impuesta por la ley; la cual no le concede el derecho de reclamar lo antes invertido en la familia común (2).

315. Disuelta la sociedad conyugal en virtud de la separación de bienes, el marido continúa de jefe de la familia y dirige la educación de los hijos. El marido, en consecuencia, procede á todos los gastos de la familia común, y puede exigir que la mujer le entregue la suma de dinero con que ella contribuye. Menoscabárianse los derechos de la potestad marital y patria, si la mujer hiciera por sí misma los gastos á prorrata de sus facultades, ó pagara á las personas que suministran lo necesario para los alimentos de la familia (3).

(2) " La mujer debe soportar todos los gastos domésticos y de educación de los hijos, si el marido carece de bienes. ¿Tuviera ella derecho á una recompensa por esta causa si los negocios del marido se restableciesen? Los tribunales han resuelto que la mujer no puede reclamar ninguna recompensa, y juzgamos que la decisión se funda en los verdaderos principios. Pagando la totalidad de los gastos, la mujer ha cumplido una obligación suya; porque ella debía los gastos íntegros en virtud del art. 1448, y el que paga sus deudas no puede reclamar indemnización por haber pagado lo que debía." (Laurent. XXII. 280.)

(3) " Como la separación de bienes deja subsistente la vida conyugal y la potestad del marido, síguese que por regla general la mujer debe entregar al marido la pensión con que contribuya para las cargas de la familia. Eso es incontestable cuando la separación es convencional, y los autores se fundan en que el marido es jefe de la familia y ejerce la potestad marital. Lo mismo es aplicable cuando la separación es declarada por sentencia de juez. El marido es también el jefe, y la separación de bienes no menoscaba tal potestad. No quisiéramos sin embargo que esa idea se aceptase de una manera demasiado absoluta. Cuando las causas de separación son tales que sea de temerse el mal proceder del marido, no sería prudente entregar en sus disipadoras manos una pensión de que pueda abusar. El interés

316. Si el marido es de tan mala conducta que derroche aun lo destinado á la subsistencia de la familia, la mujer,

de la mujer y el de los hijos exigen entonces, según las circunstancias, que la mujer sea quien invierta su parte proporcional. Como esto redundaría en interés del marido, los tribunales deben prestarse á ese temperamento, si no quieren que la separación sea nugatoria. " (Troplong. *Contrat de mariage*. 1435.)

"Aun después de la separación de bienes, el marido es jefe de la familia; por consecuencia él dirige la casa y hace los gastos comunes. La mujer debe entregarle la parte proporcional con que debe contribuir. Esta decisión, que se funda en los principios sobre la organización de la familia, es perfectamente conforme al art. 1448, según el cual la mujer debe contribuir á los gastos. Ahora bien, la palabra contribuir es la que la ley emplea casi siempre para indicar, no que una persona es deudora directa de cierta suma, sino que siendo deudora mediata, debe poner en manos de otra persona las sumas que á ésta se deben. " (Colmet de Santerre. VI. 99 bis II.)

"¿La mujer debe entregar al marido la suma á que monta la parte con que contribuye para los gastos de la familia? Eso no origina dudas. Aunque la sociedad conyugal se disuelve, el matrimonio subsiste, y el marido es el jefe de la familia. ¿Se dirá que las relaciones entre los cónyuges son ajenas á los bienes, por cuanto la sociedad conyugal queda disuelta? Es verdad que no hay bienes sociales, pero quedan gastos comunes, en el sentido de que se efectúan en interés de los dos cónyuges y de los hijos. ¿Quién hace esos gastos? ¿Quién contrata con terceros? ¿Contrata el marido ó la mujer? ¿Ó harían los gastos los dos cónyuges, en proporción á la parte con que contribuyen? La ley nos da la respuesta. Según el art. 214, la mujer debe habitar con el marido; el domicilio del marido es el domicilio conyugal, ahí es donde el marido debe recibir á la mujer y proveer á todas sus necesidades; luego el marido es el jefe, sea cual fuere el régimen de la sociedad en cuanto concierne á los gastos de la familia. Además, el marido dirige la educación de los hijos; es verdad que los hijos están sometidos á la autoridad del padre y madre, pero sólo el padre ejerce ese derecho durante el matrimonio. Estas disposiciones reglan la situación de los dos cónyuges, independientemente de las del régimen concerniente á los bienes. El marido es el jefe de la familia, la representa, provee á sus necesidades, regula los gastos y contrae las obligaciones hacia terceros. Si la mujer contrata, procede como mandataria, y, en vez de obligarse personalmente, obliga al marido. " (Laurent. XXII. 281.)

"¿Pero puede el marido exigir que la parte proporcional con que la mujer contribuye se le entregue á él para invertirla, ó la mujer tiene el derecho de reglar la inversión?

en casos extremos, pudiera pedir que se le nombre curador por pródigo, y si no quisiere apelar á ese medio, puede,

“ Cita Merlin el caso de que el Sr. de Montmorency demandó á su esposa, separada de bienes, para que le entregase á él la cuota con que debía contribuir para los gastos de la familia; la mujer alegó la excepción de que soportando ella todos los gastos, á la misma le correspondía la dirección de los gastos domésticos; que la Corte de París aceptó las excepciones de la mujer, y que el actor interpuso recurso de Casación. Entonces se oyó á Merlin que representaba al Ministerio Público, y se expresó en los siguientes términos : “ ¿ La sentencia recurrida contraviene á los artículos del Código civil que someten á la mujer á la potestad del marido! Tal es el punto que la Corte va á decidir.

“ ¿ Limitábase el Sr. de Montmorency á pedir que su esposa no soportase todos los gastos de la casa, y que se le permitiese á él soportar una parte proporcional á sus facultades? No; exigió que su mujer, en vez de hacer ella misma todos los gastos de la casa, fuese condenada á entregar mes por mes la suma con que debía contribuir para los gastos; á lo cual agregaría él lo que faltase.....

“ El objeto de la demanda no era equivoco; consistía en que se le constituyese señor del domicilio conyugal; se le desfriesse la disposición de las sumas de dinero que en él se empleasen, se le asegurase el derecho exclusivo no sólo de reglar los gastos sino también de pagar él mismo.

“ ¿ Las peticiones del actor se fundaban en el Código civil? Eso es lo que vamos á examinar.

“ Supongamos ante todo que la controversia se presenta entre dos cónyuges que viven en sociedad conyugal ó según el régimen dotal. Supongamos también que el marido después de haber dejado durante muchos años que la mujer se entendiese en los pormenores de la familia y en la inversión del dinero necesario para los gastos de ella, quiera encargarse él mismo de esos menesteres. ¿ Pudiera la mujer, como se ha dicho ante el Tribunal de primera instancia, exigir que esos pormenores le conciernan á ella especialmente, que si el marido es el jefe de la familia, ella es el ministro; que el marido, como jefe, debe ordenar, y ella, como ministro, obedecer y pagar; y que el marido, como su monarca, debe encomendar los pormenores de la administración ó los agentes subalternos?

“ Las excepciones de la mujer serían aceptadas, á no dudarlo, en la alta sociedad; la cual se burlaría del marido si pretendiese intervenir en los pormenores de la familia.

“ Pero un lenguaje emplea la sociedad, y otro la ley.....

“ La mujer, en cuanto á los pormenores de la casa, no es un ministro que el marido debe emplear necesariamente. No; el

mediante un juicio de alimentos, exigir que el juez los

marido le confiere una procuración que puede revocar á su arbitrio, y encargarse él mismo de los asuntos que le confía. Porque, en efecto, ha sido siempre regla inconcusa que la mujer no necesita autorización expresa para obligarse al pago de las provisiones hechas á la casa conyugal; pues el marido encomienda á la mujer entenderse en esos gastos y ella procede como su mandataria.....

“Y si tales son los derechos del marido cuando la mujer vive con él en sociedad conyugal ó según el régimen dotal, ¿sucede lo mismo cuando hay separación judicial de bienes?”

“¿Por qué no? La separación de bienes no menoscaba la potestad marital. El marido, jefe de la familia antes de la separación de bienes, lo es después de la separación. Conserva íntegramente la potestad marital después de la separación, y puede ocuparse en los pormenores de la casa, determinar los gastos y pagarlos.

“¿Qué importa que por la separación de bienes la mujer adquiera el derecho de administrarlos personalmente y de adquirir las rentas?”

“Á la verdad el Código civil no dice expresamente de qué manera la mujer separada de bienes debe contribuir á las cargas matrimoniales. Pero por el hecho mismo de obligarla á contribuir á esas cargas, prescribe que debe entregar su cuota en manos del marido; lo prescribe porque no modifica, para este caso, la disposición del art. 213, según el cual la mujer obedece al marido, obediencia que sería nugatoria si la mujer separada de bienes pudiese emplear á su arbitrio la suma de dinero á que asciende su parte proporcional; lo prescribe cuando deja subsistir inalterable para este caso la regla escrita en el art. 1448, que el marido es tan esencialmente el jefe de la familia, que no puede renunciar ese derecho ni en las capitulaciones matrimoniales; lo prescribe sobre todo por la manera como se ha redactado el art. 1448: la mujer que ha obtenido separación de bienes debe contribuir proporcionalmente á sus facultades y á las del marido tanto á los gastos de la casa como á los de la educación de los hijos comunes. Si la mujer, por el mero hecho de estar separada de bienes, tuviera la facultad de invertir por sí misma su parte proporcional á los gastos de la familia, tendría también, y la tendría necesariamente, la de invertir su parte proporcional en la educación de los hijos comunes. Tuviera, por consecuencia, el derecho de determinar los maestros de los hijos, el colegio donde han de educarse, así como pudiera reglar los gastos domésticos y aumentarlos ó disminuirlos á su arbitrio. Ahora bien, ¿es admisible tal trastorno de todos los principios? Pero se dice: si se

asegure, ordenando que á la mujer misma se entregue el

obliga á la mujer separada de bienes por sentencia á entregar al marido una parte de sus rentas, ¿en qué consistirá la sentencia que ha devuelto á la mujer el derecho de administrar su hacienda? ¿No se confiere al marido la administración de una parte de las rentas de la mujer? ¿Y puede conferírsele la administración de una parte después que una sentencia le ha privado de toda la administración?

“Estos argumentos no pasan de sutilezas. El derecho de administrar lleva consigo esencialmente el derecho de dar los bienes en arrendamiento, percibir las rentas, proveer á las reparaciones. Pero no envuelve siempre ni es inherente á él el derecho de hacer todos los gastos.

“El tutor de un hijo cuyo padre ha confiado al morir su educación á un tercero, administra los bienes del hijo, los da en arrendamiento, hace las reparaciones, percibe las rentas; y sin embargo está obligado á entregar á la persona encargada de la educación la suma de dinero que el padre, ó, á falta de éste, el consejo de familia, ha determinado como pensión del pupilo.

“La mujer casada según el régimen dotal y cuyos bienes son parafernales, los administra y recibe personalmente todas las rentas. El marido, empero, tiene el derecho de exigir que le entregue una suma determinada por la parte proporcional con que contribuye á los gastos de la familia.

“¿Y por qué sería de otra manera en cuanto á la mujer separada de bienes por sentencia? No ha obtenido la separación y la administración de los bienes, sino porque el marido, por arrendamientos inconsultos, por falta de reparaciones, por imprudente inversión de las rentas, ha podido comprometer su patrimonio. Ella no tiene de qué quejarse, cuando percibe personalmente las rentas, provee á las reparaciones, da sus bienes en arrendamiento.

“Pero también se alega que si se entregase al marido la parte con que contribuye la mujer se expondría ésta á las consecuencias de la mala administración del marido, y volviera á todas las dificultades de que la exoneró la sentencia sobre separación de bienes.

“Primeramente, el temor de esas consecuencias se atenuaría ordenándose por el juez que la mujer no contribuya sino por mesadas con su parte proporcional.

En segundo lugar, si se realizasen los temores de la mujer porque el marido es disipador, y consume en sus gastos el dinero que ella le entrega periódicamente, contraviniera el marido al art. 213 del Código civil que le impone la obligación de suministrar á la mujer todo cuanto le sea necesario según sus facultades y posición social.

dinero necesario para sus gastos y los de la familia (4).

317. Si la mujer fuese quien malgastara su patrimonio,

“¿Se objetará que es posible que el marido, sin incurrir en tan mala administración, no regle los gastos de la familia de manera que satisfaga todos los deseos y contente todos los caprichos de la mujer?”

“A no dudarlo eso es muy posible. ¿Pero de ahí qué se deduce? ¿Qué el marido, de señor, de jefe que era, según la ley, no es, á causa de la separación de bienes, sino un subalterno en la casa conyugal, que la mujer, que debe obedecer al marido, adquiera, por la separación de bienes, el derecho de no deferir á su voluntad? Y esa consecuencia sería diametralmente opuesta á la ley; y esa consecuencia se ha sancionado por la sentencia recurrida.”

“En fin, no hay término medio: ó la parte con que contribuye la mujer debe entregarse al marido, ó la parte con que el marido contribuye debe entregarse á la mujer; pero que el marido y la mujer dispongan ambos de su parte proporcional; sería una pretensión tan ilusoria como impracticable. ¿Cuál sería, en efecto, la autoridad, que, en caso de disentiimiento, decidiese entre los cónyuges sobre los gastos que el uno quisiera hacer con exclusión del otro, sobre la parte de la administración doméstica que el uno pretendiese ó rechazase? Sería evidentemente una fuente perenne de discordia y de desorden, una verdadera anarquía.

“Así, decidir, como la sentencia recurrida, que la mujer no debe entregar al marido su parte proporcional, es decidir que el marido debe entregar su parte á la mujer; que el marido debe, en cuanto á los gastos domésticos, obediencia á la mujer; que la mujer es el jefe de la familia; lo cual trastorna todos los principios.....”

“Por estas consideraciones opinamos que debe aceptarse el recurso.”

“Y en efecto, el recurso se admitió por sentencia de 28 de julio de 1808” (*Séparation de biens. Sect. II. § V. n. VIII.*)

(4) “Pero el marido puede ser un disipador. Se ha pronunciado la sentencia de separación de bienes porque malversaba las rentas de los de la mujer. Entonces fuera ilusoria la separación si la mujer continuase entregando al marido el dinero que no invierte él en las necesidades de la familia. La justicia debe autorizar á la mujer para pagar directamente á los proveedores; y salta á la vista que es un recurso extremo de una organización muy difícil cuando, á causa de las facultades del marido, la mujer no debe soportar sino parte de los gastos.” (*Col de met Santerre. VI. 99 bis III.*)

y el marido temiera que á consecuencia de eso quede ella en imposibilidad de contribuir para los gastos de la familia común, también el marido pudiera solicitar la interdicción de la mujer, ó que, compeliéndola á dar á la familia los respectivos alimentos, se deposite el dinero necesario en una caja de ahorros, ó se compren cédulas de un banco hipotecario. Pero el juez no podrá autorizarle para administrar en ese caso los bienes de la mujer, ni para exigirle á ella fianza que asegure los resultados de su administración (5).

318. Puede suceder que para los respectivos gastos al marido entregue la mujer una suma de dinero, y que el marido, malversando los bienes, contraiga deudas para atender á la subsistencia de la familia. Los acreedores no tuvieran en tal caso acción contra la mujer para compelerla á pagar á prorrata aquellas deudas del marido; pues la mujer cumplió ya la obligación legal de contribuir para los gastos de la familia á proporción de sus facultades, y la ley no le impone otra obligación (6).

(5) " Debe notarse que la ley no obliga á la mujer separada de bienes á dar caución para seguridad de su parte proporcional. Se dictaría, pues, una providencia injuriosa y arbitraria si se la compeliere á la caución, sobre todo cuando no hay motivo de temer. " (Tropolong. *Contrat de mariage*. II. 1438.)

(6) " ¿Cuáles son las relaciones de los cónyuges con terceros en cuanto á los gastos de la familia? ¿Trátase de saber si la mujer está obligada personalmente á los acreedores? Nos parece que la respuesta negativa se deduce de la ley y de los principios. El art. 1448 dice que la mujer debe contribuir; esta expresión manifiesta que se trata de las relaciones de los cónyuges entre sí, y no de las obligaciones respecto de terceros. En efecto, como lo hemos dicho, la mujer debe entregar al marido su parte proporcional; al entregársela paga la deuda, y, por ende, no puede ser perseguida por los acreedores. No se objete el inciso segundo del art. 1449, que obliga á la mujer á soportar todos los gastos si el marido carece de bienes. La obligación de la mujer no se altera según que soporte todos los gastos ó parte de ellos; consiste siempre en entregar al marido la suma con que contribuye; la ley no dice que la mujer está obligada á todos los gastos respecto de los acreedores; dice que la mujer soporta todos los gastos; lo cual significa que son de su cargo. Estas reglas son conformes á los principios generales que rigen las relaciones de los cónyuges con los acreedores. El marido, como

319. Si á causa de las desavenencias provenientes de la separación de bienes, cada uno de los cónyuges vive en casa separada, podrían presentarse dificultades en cuanto á los derechos que el art. 160 concede á los cónyuges (7).

Cuando la mujer, que abandona la habitación del marido, vive con los hijos comunes y exige que el marido contribuya á prorrata de sus facultades para la subsistencia de la familia; el marido pudiera oponerse á la contribución, exigiendo que la mujer vuelva al domicilio conyugal. El juez debería declararlo así, porque el primero de los deberes que la mujer debe cumplir es el de habitar con el marido. Ya hemos visto que mientras no haya juicio de divorcio, ni la mala conducta del marido obstaría á que la mujer vuelva al domicilio conyugal, siempre que el marido le dé habitación decente, y no padezca la honra ó el decoro de la mujer.

Si el marido no exige que la mujer vuelva al domicilio conyugal, el juez, aplicando el art. 160 y las reglas concer-

dice Merlin, es el jefe de la familia, el que debe suministrar lo necesario para la mujer y los hijos, y por lo mismo él es quien debe contratar con terceros. Si no es él sino la mujer quien hace los gastos diarios ó contrae las deudas hacia los proveedores, ella procede como mandataria del marido, y por lo mismo el marido es quien se obliga. ¿Acaso la separación de bienes altera ni en lo más mínimo estas relaciones? No; eso es imposible; porque los principios nacen de la potestad marital y de la subordinación de la mujer. La mujer separada recupera la libre administración de sus bienes: tal es el único efecto que surte la separación judicial, y la mujer queda sujeta á la potestad del marido; luego no puede ella tratar personalmente con terceros, aunque soporte todos los gastos; ella es deudora del marido, y el marido es deudor de terceros." (Laurent. XXII. 281.)

(7) "El art. 1438 supone que hay un domicilio común, y en esa hipótesis el caso antes previsto presenta algunas dificultades. Pero si el marido abandona á su esposa, si no le ofrece á ella sino una habitación indigna de su posición social y sus costumbres, entonces la obligación de contribuir para los gastos se transforma en la de pagar al marido una pensión alimentaria proporcionada á sus necesidades. Pagada la pensión, la mujer nada adeuda al marido; "ella provee directamente á la educación de los hijos y á las demás necesidades de la familia." (Troplong. *Contrat de mariage*. 1436.)

nientes á los alimentos, dispondrá que el marido los suministre á la mujer y á la familia.

Art. 161. Los acreedores de la mujer separada de bienes, por actos o contratos que legítimamente han podido celebrarse por ella, tendrán acción sobre los bienes de la mujer.

El marido no será responsable con sus bienes, sino cuando hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer.

Será asimismo responsable, a prorrata del beneficio que hubiere reportado de las obligaciones contraídas por la mujer; comprendiendo en este beneficio el de la familia comun, en la parte en que de derecho haya él debido proveer á las necesidades de ésta.

La simple autorizacion no le constituye responsable. (*).

REFERENCIAS.

Separada de bienes. 152.

Actos ó contratos que legítimamente han podido celebrarse por ella 159.

Bienes. 565.

Fiador. 2335.

Otro modo. 46.

Obligaciones. 1437.

Familia común. 1740, nº 5°.

De derecho. 160.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 185. Los acreedores de la mujer separada de bienes, por actos o contratos que legítimamente han podido celebrarse por ella sin la autorizacion del marido o del juez en subsidio, tendrán acción sobre los bienes de la mujer.

El marido no será responsable con sus bienes, sino

(*) Dallóz. Contrat de Mariage. 1970-1972. 2005. 2006.— Laurent. XXII: 314.— Troplong. (C. de M.). II. 1410-1419.— Demolombe. IV. 161-163.— Zachariæ (A. R.). § 516. 5°.— Colmet de Santerre. VI. 101 bis XII.— Odier. I. 413.

cuando hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer. La simple autorización no le constituye responsable.

Será asimismo responsable, a prorrata del beneficio que hubiere reportado de dichas obligaciones; comprendiendo en este beneficio el de la familia común, en la parte en que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta. (a).

C. E. 156.

C. de N. 1450. Le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la justice, à moins qu'il n'ait concouru au contrat, ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus par lui ou ont tourné à son profit.

Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi, si la vente a été faite en sa présence et de son consentement; il ne l'est point de l'utilité de cet emploi.

1450. El marido no es responsable de la falta de inversión ó subrogación del precio del inmueble, que la mujer separada ha enajenado con autorización de la justicia; á menos que haya intervenido en el contrato, ó que se pruebe que él recibió el precio ó que de él reportó provecho.

Es responsable de la falta de inversión ó de subrogación si la venta se ha efectuado en su presencia y con su consentimiento; no lo es de la utilidad de esa inversión.

C. Arg. 1303. Los acreedores de la mujer separada de

(a) Los acreedores de la mujer separada de bienes, por actos ó contratos que legítimamente han podido celebrarse por ella, tendrán acción sobre los bienes de la mujer.

El marido no será responsable con sus bienes, sino cuando hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer.

Será asimismo responsable, a prorrata del beneficio que hubiere reportado de las obligaciones contraídas por la mujer; comprendiendo en este beneficio el de la familia común, en la parte en que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta.

La simple autorización no le constituye responsable. (Art. 182 del Proyecto Inédito.)

bienes por actos ó contratos que legítimamente ha podido celebrar, tendrán acción contra los bienes de ella.
C. C. 206.

COMENTARIO.

320. Como el art. 159 modifica la capacidad de la mujer, habilitándola para la administración de todos sus bienes, y para enajenar los muebles, el art. 161 puntualiza los efectos que surten, en cuanto á los bienes de la mujer, los actos y contratos que ella ejecuta ó celebra en virtud de las facultades que la ley le confiere.

321. I. Los acreedores de la mujer separada de bienes tienen acción contra la mujer, si los actos ó contratos de ésta son legales.

El art. 159 declara que la mujer es hábil para la libre administración de todos sus bienes, y el 161, que cuando ejecuta actos ó celebra contratos concernientes á esa administración, obliga todos sus bienes, ya muebles, ya raíces (1).

(1) "A causa de la administración de sus bienes la mujer se obliga á un tercero, arquitecto, albañil ú otro artesano ó á un proveedor."

"¿Cuál es el efecto de esa obligación, y qué bienes pueden embargarse para su cumplimiento?"

"Acaso se diga: la mujer no puede enajenar sus inmuebles sin autorización, y si tal obligación se ejecutase en los inmuebles, la mujer, sin estar autorizada, los hubiera enajenado indirectamente; luego el acreedor, aun por actos administrativos, no puede perseguir sino los bienes muebles y las rentas de los predios. En efecto, no cabe admitirse que una persona incapaz de enajenar ciertos bienes pueda empeñar esos mismos bienes contrayendo obligaciones; hay una petición de principio al alegar, en tal caso, el art. 2092, porque ese artículo presupone una obligación que empeñe todo el patrimonio del deudor; el problema consiste en si tal obligación puede contraerse por la mujer. La prohibición de enajenar los inmuebles sin autorización, corroborada por el art. 1449 mismo, que concede á la mujer el derecho de administrar sus bienes; esa prohibición determinada ahí evidencia que la ley no exceptúa las enajenaciones indirectas provenientes de obligaciones personales contraídas aun por actos administrativos; sólo los

Esta es una de las reglas propias del talento eminentemente ecléctico de Don Andrés Bello: El Código de Napoleón

muebles pueden, por tal causa, enajenarse sin autorización."

"El argumento fundado en el art. 2092 me parece, al contrario, concluyente."

"Si se concede el fin, concédense los medios; la ley que faculta á la mujer para la libre administración de sus bienes, no puede volverla imposible; y, por una parte, la imposibilidad sería frecuente, si la mujer fuese inhábil para contraer obligaciones personales en ese límite y por esa causa; y, por otra parte, no podría contraer en realidad obligaciones personales si esas obligaciones no fuesen tan válidas y tan legítimas como todas las otras obligaciones. Luego, del inciso primero del art. 1449 y del art. 2092 se deduce que la obligación contraída entonces por la mujer es obligatoria en todos sus bienes muebles é inmuebles." (Demolombe. IV. 161.)

"Si la mujer se obliga en los límites de los actos administrativos, ¿la obligación da al acreedor un derecho de prenda en todos los bienes de la mujer, ó la mujer, obligándose, no obliga sino sus bienes muebles? Opinamos que debe aplicarse el principio formulado por el art. 2092: 'El que se obliga personalmente, tiene de cumplir sus obligaciones con todos sus bienes muebles ó inmuebles'. El que se obliga, dice la ley; luego todo deudor que se obliga personalmente; y como la mujer se obliga personalmente, sus bienes quedan empeñados. Objétase que el art. 2092 supone un deudor capaz, y sobre todo capaz de enajenar, pues la prenda que da al acreedor en todos los bienes conduce á la enajenación por el embargo y la subasta. Sin duda debe ser capaz para empeñar los bienes, pero basta que sea capaz de obligarse; no es necesaria la capacidad de enajenar. Insistimos en nuestra distinción: uno es obligarse, y otro enajenar. ¿Qué importa que los acreedores tengan el derecho de embargar los bienes y venderlos? Ese derecho les concede la ley, que da así eficacia á toda obligación contraída válidamente. El deudor no es quien vende los muebles en caso de embargo; sus bienes son vendidos. Sólo de él depende impedir la venta ejecutando sus obligaciones; lo cual manifiesta que obligándose no vende. Los que han impugnado la aplicación del art. 2092 á los incapaces, no han visto que los mismos administradores de bienes ajenos obligan á aquellos cuyo patrimonio manejan; aunque no tengan el derecho de enajenar, los bienes están empeñados por las obligaciones que contraen en los límites de sus facultades administrativas. ¿No obliga acaso el tutor al pupilo por las obligaciones que contrae administrando? pues basta que tenga el derecho de obligarse á nombre del menor para que éste deba cumplir sus obliga-

declara, como lo hemos visto, que la mujer separada de bienes recupera la libre administración de todos los suyos; pero como subsiste la incapacidad para enajenar sus bienes raíces, se han suscitado muchas controversias sobre si, celebrado un contrato válido por ser concerniente á la mera administración de los bienes, quedan obligados los inmuebles de la mujer.

Si bien del art. 1449 del Código de Napoleón se deduce, lógica y jurídicamente, que si los actos y contratos que la mujer ejecuta ó celebra son válidos, al cumplimiento de las obligaciones que de ellos nacen responde con todos sus bienes, tanto muebles como raíces; muchos de los intérpretes de aquel Código alegaban que si la mujer no puede enajenar directamente sus bienes raíces, tampoco puede conceder á los acreedores el derecho de hacerlos vender, obligándolos para seguridad de los contratos que ella

ciones con todos los bienes muebles ó inmuebles." (Laurent XXII. 314.)

"Hemos distinguido con esmero la capacidad de obligarse de la capacidad de enajenar; y es necesario que la una no dependa de la otra cuando se quiere determinar las consecuencias de las obligaciones contraídas por la mujer en los límites de su capacidad. Si el derecho de obligarse emanase del derecho de enajenar, se dedujera que la mujer, aun válidamente obligada, no ha conferido á sus acreedores ningún derecho sobre los bienes que no puede enajenar; que los acreedores no pueden perseguir la ejecución de las deudas de la mujer en la propiedad de los inmuebles, y que no pueden embargar sino las rentas y los frutos de los inmuebles. Pero no es así. La mujer es hábil para obligarse en ciertos límites porque tiene el derecho de administrar. Luego, en los límites de la administración contrae obligaciones que deben surtir los efectos ordinarios de las obligaciones de cualquier deudor, esto es, afectar todos los bienes del obligado al cumplimiento de la obligación. Restringir el efecto de las obligaciones de la mujer á sus muebles y á sus rentas, equivale á privarla de crédito, y volver nugatoria la facultad de administrar que se le ha conferido. Por otra parte, no se ve que los administradores á quienes no se ha facultado para enajenar ciertos bienes y que pueden contraer obligaciones, confieren á los acreedores el derecho de perseguir el pago de los bienes que no podían enajenar. Si eso es aplicable á los tutores, ¿por qué no lo sería á la mujer casada?" (Colmet de Santerre. VI. 101 bis XII.)

celebrase. No reflexionaron en que el derecho mismo de administrar fuera de todo punto nugatorio, si las personas con quienes la mujer contrata no quedasen plenamente aseguradas por hallarse en la imposibilidad de ejercer el derecho concedido por el art. 2092 del propio Código.

Después de largas controversias, la Corte de Casación declaró definitivamente el principio de que las obligaciones válidamente contraídas por la mujer conferían á los acreedores el derecho de hacer vender todos los bienes de su deudora; y apoyaron el parecer de la Corte Suprema los jurisconsultos más notables, como Laurent, Demolombe, Colmet de Santerre.

La regla que comentamos disipa todas las dudas que en la jurisprudencia francesa se habían suscitado, declarando de la manera más terminante que si los actos y contratos de la mujer separada de bienes son válidos, obliga ella todo su patrimonio. Refiérese, pues, implícitamente el art. 2465, según el cual todas las obligaciones del deudor dan derecho al creedor á exigir la venta de los bienes, así raíces como muebles (excepto los no embargables), y á subrogarse en todos los derechos del deudor que no le sean meramente personales.

322. II. Según las reglas generales concernientes á los derechos y obligaciones entre los cónyuges, todos los contratos celebrados por la mujer con autorización expresa ó tácita del marido, son contratos del marido y obligan así á éste como á la sociedad conyugal. Esa regla es mera consecuencia de la sociedad; pues todas las adquisiciones hechas por la mujer, á título oneroso, pertenecen á la misma sociedad; y hubiera sido inicuo que no reportando la mujer lucro alguno de los contratos que ella celebra, hubiese obligado sus bienes propios.

Cuando se efectúa la separación de bienes, cámbiase absolutamente el sistema. Cada cónyuge administra su patrimonio, adquiere para sí á título oneroso, y no subsiste la sociedad conyugal. La potestad marital sobre la mujer separada de bienes no se refiere á ellos directamente; pues la ley atiende sólo á las relaciones entre los cónyuges y al beneficio de la familia común.

Luego, cuando el marido autoriza á la mujer para un

acto ó contrato, ello no le impone ninguna responsabilidad pecuniaria.

Pero nada obsta á que el marido dé más eficacia á los actos ó contratos de la mujer, obligándose solidariamente ó constituyendo fianza, prenda ó hipoteca.

En éstos casos no contrae la obligación, principal ó accesoría, en calidad de marido; y los efectos de tales obligaciones son los mismos que los de todas las demás. Pero convenía expresarlo, porque en materia tan importante y transcendental, no debió omitirse nada de lo que contribuyese á evitar dudas.

323. III. También se obliga el marido cuando reporta beneficio de las obligaciones que la mujer hubiere contraído, comprendiéndose en éste el de la familia común, á prorrata de la porción con que de derecho haya debido contribuir para las necesidades de la propia familia.

Los actos y contratos de la mujer pueden ser provechosos, bien al marido personalmente considerado, bien á la familia común.

Si el marido reporta utilidad personal, obliga todos sus bienes á prorrata de esa utilidad. Las relaciones entre los cónyuges y la decisiva influencia que el marido ejerce sobre la mujer hacían necesario que los acreedores, cuando contratan con la mujer, tengan acción directa contra el marido, sin rendir otra prueba que la utilidad que él hubiere reportado del contrato.

Si obligándose la mujer, otra persona que no fuese el marido reportase utilidad, los acreedores no tendrían acción contra esa persona, sino en caso de que el juez los subrogara en los derechos de la mujer en virtud del citado art. 2165.

La regla en que nos ocupamos es, por consecuencia, una excepción á los principios generales sobre las obligaciones, excepción fundada, lo repetimos, en la naturaleza de la potestad marital que subsiste aun declarada la separación de bienes.

Si el beneficio es reportado por la familia, se atiende á la regla establecida en el art. 160. Los dos cónyuges deben proveer, á prorrata de sus facultades, á las necesidades de la familia común; y si á causa del contrato sólo la mujer es quien las ha provisto, también los acreedores tienen en

ese caso acción directa contra los bienes del marido, para exigirle la parte proporcional á la contribución impuesta por la ley.

Lo cual es conforme á la equidad y favorece los intereses mismos de la familia, facilitando á los acreedores el reembolso de lo que hubieren suministrado á la mujer para las necesidades de la propia familia.

Art. 162. Si la mujer separada de bienes confiere al marido la administracion de alguna parte de los suyos, será obligado el marido a la mujer como simple mandatario (*).

REFERENCIAS.

Separada de bienes. 152.

Administración. 2132.

Alguna parte de los suyos. 2130.

Mandatario. 2116. 2123. 2124. 2129. 2155.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 186.

C. E. 157. Si la mujer separada de bienes confiere al marido la administración de alguna parte de los suyos, queda obligado el marido á la mujer como simple mandatario.

C. de N. 1577. Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire.

1577. Si la mujer confiere mandato al marido para la administración de sus bienes parafernales, con cargo de dar cuenta de los frutos, se obliga el marido á la mujer como cualquier otro mandatario.

(*) Locré. XIII. 228. art. 187 — 298. 45. — Dalloz. Contrat de Mariage. 1923. — Laurent. XXII. 288-291. — Colmet de Santerre. VI. 102. bis IV. — Zachariae (M. V.) § IV. 649. — Zachariae. (A. R.). V. § 516. 5°.

1578. Si le mari jouit des biens paraphernaux de sa femme, sans mandat, et néanmoins sans opposition de sa part, il n'est tenu, à la dissolution du mariage, ou à la première demande de la femme, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors.

1578. Si el marido ha gozado de los bienes parafernales de la mujer, sin mandato, y sin oposición de parte de ella, no está obligado, á la disolución del matrimonio, ó á la primera demanda de la mujer, sino á restituir los frutos existentes, y no es responsable de los que hasta entonces se hubieren consumido.

COMENTARIO

324. Esta disposición, obvia y sencilla, arranca de raíz las dificultades que según el Derecho francés se presentan cuando el marido administra el patrimonio de la mujer separada de bienes.

El Código chileno declara que el mandato puede conferirse expresa ó tácitamente.

Expreso es el mandato, si la mujer, de palabra ó por escrito, confía al marido la gestión de uno ó más negocios; tácito, si la mujer presencia que el marido administre sus bienes, y no lo reclama.

En ambos casos el marido contrae todas las obligaciones de mandatario; una de las cuales consiste en dar cuenta de su administración.

El mandato es revocable, y cuandoquiera que la mujer lo tenga á bien puede hacer cesar la administración del marido, y exigirle que rinda la respectiva cuenta.

Compárese este artículo con los del Código de Napoleón copiados en las *Concordancias*, y se verá que el sistema del Código chileno es, en esta parte, muy preferible al del otro Código.

Art. 163. A la mujer separada de bienes se dará curador para la administración de los suyos en todos los casos en que siendo soltera necesitaria de curador para administrarlos.

No cesará por esta curaduría el derecho concedido al marido en el art. 159, inc. 3°.

REFERENCIAS.

Separada de bienes. 152.

Curador. 357. 448. 462. 470.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 187.

C. E. 158.

C. C. 208.

COMENTARIO.

325. Este artículo fija dos reglas :

1°. La mujer separada de bienes necesita curador para la administración de los suyos, en todos los casos en que siendo soltera no pudiera administrarlos; y

2°. Aunque la mujer tenga curador, no puede comparecer en juicio sino con autorización del marido.

Si la mujer separada de bienes es menor, ó está en interdicción por prodigalidad ó demencia, se le nombra curador para la administración de los bienes.

También se daría curador á los bienes de la mujer en el caso del art. 473, esto es, cuando ausentándose ella, deje de estar en comunicación con su familia, y la falta de comunicación acarrea perjuicios graves á la misma mujer ausente ó á terceros.

Todas estas disposiciones, como de mera referencia, no presentan ninguna dificultad.

Art. 164. La separación de bienes, pronunciada judicialmente por el mal estado de los negocios del marido, podrá terminar por decreto de juez, á petición de ambos cónyuges; y sin este requisito continuará legalmente la separación. (*)

(*) Locré. XII. 134 art. 56—359. 35—463. 38.—Pothier. De la Com-

REFERENCIAS.

Separación de bienes. 152.

Pronunciada judicialmente por el mal estado de los negocios del marido. 155. 450. 463. 1762. 1763.

Continuará legalmente la separación. 137. 159.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 188.

C. E. 159. La separación de bienes, pronunciada judicialmente por el mal estado de los negocios del marido, podrá terminar por disposición de juez, á petición de ambos cónyuges; y sin este requisito continuará legalmente la separación.

C. de N. 1451. La communauté dissoute par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties.

Elle ne peut l'être que par un acte passé devant notaires et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'article 1445.

En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des

1451. La sociedad conyugal disuelta, ya por separación de personas y de bienes, ya de bienes solamente, puede restablecerse por consentimiento de ambas partes.

No puede serlo sino por escritura pública, cuya copia debe fijarse en la forma prescrita por el artículo 1445.

En este caso, la comunidad que se restablece se retrotrae al día del matrimonio; vuelven las cosas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese habido separación, sin perjuicio de cumplirse los

munauté. 523-526.—Troplong. (C. de M.). II. 1463-1478.—Dalloz. Contrat de Mariage. 2075-2085.—Laurent. XII. 353-358.—Toullier. XII. 18-20.—Zachariae (M. V.) IV § 649.—Zachariae (A. R.) V § 516. 6º.—Colmet de Santerre VI. 103-103 bis VI.—Odier. I 421-7.—Huc. IX. 286.

actes qui, dans cet intervalle ont pu être faits par la femme, en conformité de l'article 1449.

Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle.

actos que, en ese intervalo, ha podido ejecutar la mujer conforme al artículo 1449.

Toda convención según la cual los cónyuges restablecen la sociedad sobre bases distintas de las que la arreglaban anteriormente, es nula.

C. Arg. 1304. La separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, ó si el juez lo decretase á pedimiento de ambos.....

P. de G. 1361. Cuando cesare la separacion por la reconciliacion en caso de divorcio, ó por haber cesado la causa, en los demás casos, volverán á regirse de nuevo los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separacion, sin perjuicio de lo que durante ésta se hubiere ejecutado legalmente.

Al tiempo de reunirse, harán constar los cónyuges en forma auténtica los bienes que nuevamente aportan; y éstos serán los que constituyan respectivamente su dote y capital marital.

C. C. 209.

C. M. 2096. Cuando cesare la separación por la reconciliación de los consortes, en cualquiera de los casos de divorcio, ó por haber cesado la causa en los demás, quedará restaurada la sociedad en los mismos términos en que estuvo constituida antes de la separación; á no ser que los consortes quieran celebrar nuevas capitulaciones, que se otorgarán conforme á derecho.

COMENTARIO

326. I. Si la separación de bienes proviene del mal estado de los negocios del marido, puede terminar.

Según el art. 1451 del Código de Napoleón los cónyuges son libres para dar por terminada en cualquier tiempo la separación de bienes (1); pues el art. 1443 no puntualiza

(1) " Entre la separación judicial, proveniente de sentencia,

sino un solo caso de separación, á saber, cuando el mal estado de los negocios del marido pone en peligro la dote ó los demás derechos cuya restitución puede exigir la mujer. Mas el Código chileno, que distingue varias categorías de causas para la separación de bienes, no siempre permite que ésta termine por acuerdo de los cónyuges.

Cuando el mal estado de los negocios del marido es lo que originó la separación, nada más natural que los cónyuges puedan terminarla; si conceptúan que él ya no

y la separación convencional, estipulada en las capitulaciones matrimoniales, hay la diferencia de que ésta es irrevocable, y la otra se extingue por el consentimiento de las partes."

"La diferencia se funda en que las capitulaciones matrimoniales son irrevocables y en que, por lo mismo, las partes no pueden modificarlas. Por tanto, cuando los esposos han estipulado en las capitulaciones matrimoniales que no habrá sociedad conyugal, y que cada uno gozará separadamente de sus bienes, los cónyuges no pueden, durante el matrimonio, estipular sociedad de bienes."

"Al contrario, siendo favorable el restablecimiento de la sociedad conyugal cuando los esposos por contrato, expreso ó tácito, han formado sociedad de bienes, la cual se ha disuelto por sentencia de separación; es potestativo á las partes extinguir la separación judicial restableciendo la sociedad conyugal."

"La sentencia sobre separación de bienes queda insubsistente de dos maneras:

"1^a. Cuando la mujer que la ha obtenido, no solicita su ejecución; y

"2^a. Cuando ejecutada la separación, y por largo que sea el tiempo que haya durado, convienen las partes en restablecer la sociedad conyugal." (Pothier. De la communauté. 523.)

"La separación de bienes proveniente del mal estado de los negocios del marido, no pudiera ser incompatible con el restablecimiento de la sociedad conyugal. Los desastres en los bienes de fortuna pueden repararse: un marido que ha soportado circunstancias adversas halla en nuevas empresas y con nuevos esfuerzos el restablecimiento de su patrimonio. Pueden deferirse herencias, y entonces sucede la opulencia á un desastre que parecía irremediable. ¿Por qué no volverían los esposos al régimen de la sociedad conyugal que fué la primera ley de su contrato de matrimonio? Volver á la sociedad conyugal es un deseo natural y que debe ser favorecido." (Troplong. Contrat de mariage. II. 1463.)

subsiste, ó si la mujer conoce que la separación le acarrea perjuicio.

Mas, cuando la separación de bienes proviene de insolvencia del marido ó de su administración fraudulenta, los esposos no son libres para restablecer la sociedad conyugal.

La ley, prudente y previsora, debía venir en socorro de la debilidad de la mujer; pues teme, y con razón, que la influencia del marido induzca y aún compela á la mujer al restablecimiento de la sociedad conyugal.

Si el marido hubiere caído en insolvencia, ella proviene casi siempre de administración errónea; la insolvencia pone en peligro, si no todos los bienes de la mujer, por lo menos los frutos de los que ella aportó al matrimonio, y el restablecimiento de la sociedad conyugal perjudicaría á la familia.

Muy razonable, muy propio del talento de Don Andrés Bello disponer que en el caso de insolvencia la sociedad conyugal no pueda restablecerse.

Más evidente todavía la razón cuando se hubiere probado que el marido administró fraudulentamente los bienes de la mujer ó los de la sociedad conyugal. Aunque la mujer juzgue que el marido se ha reformado, y que en lo sucesivo puede administrar como buen padre de familia, la ley no le habilita para la administración de los bienes de la mujer, y el juez no podría pronunciar sentencia restableciendo la sociedad conyugal.

327. Ya observamos que si el marido fuere demente ó pródigo ó se hubiere ausentado por largo tiempo sin comunicación con su familia, la mujer puede pedir la separación de bienes.

Entonces la separación obedece á otro sistema, pues proviene de mero impedimento del marido para administrar los bienes de la sociedad conyugal. De ahí que si el marido es demente ó se ha ausentado largo tiempo sin comunicación con la familia, la mujer puede optar entre la administración extraordinaria de la sociedad conyugal y la separación de bienes.

Si opta por la administración extraordinaria, ésta cesa tan luego como desaparece el impedimento del marido; y, según el art. 1763, recobra el marido sus facultades administrativas, previa decisión judicial.

Las propias razones militan para que entonces termine la separación de bienes; y hubiera, si no contradicción, á lo menos manifiesta discordancia, si en el primer caso el marido fuera libre para recuperar la administración de la sociedad conyugal, mas no en el segundo; cuando ambos provienen de una misma causa. Opinamos, pues, que á levantarse la interdicción del marido ó regresar el ausente, el juez, á solicitud del marido, debiera expedir sentencia, restableciendo la sociedad conyugal. Pero, insistimos en ello, conviniera comprender en el art. 155 todos los casos en que el juez debe pronunciar sentencia sobre separación de bienes, y en el art. 164 todos aquellos en que la separación puede terminar, restableciéndose la sociedad conyugal.

328. II. Para el restablecimiento de la sociedad conyugal es necesario el mutuo acuerdo de los esposos.

Disuelta la sociedad conyugal en virtud de la sentencia sobre separación de bienes, cada cónyuge adquiere el derecho de hacer suyos los frutos de su patrimonio, y la mujer el de administrarlo.

Esos derechos no pueden extinguirse sino por mutuo consentimiento de los cónyuges, que celebran un contrato restableciendo la sociedad conyugal. Sólo ambos esposos son jueces competentes para decidir si sus mutuas consideraciones ó el bienestar de la familia exigen el restablecimiento de la sociedad conyugal.

Lógica y jurídica es, por tanto, la regla según la cual la separación de bienes no puede terminar sino por mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

Si la mujer es menor ó pródiga puede consentir, sin autorización del curador, en el restablecimiento de la sociedad conyugal; pues la ley, lejos de prohibírselo, se lo faculta tácitamente por el hecho de exigir la intervención de un curador así para el juicio de separación de bienes como para la administración de la sociedad conyugal, mas no para estipular el restablecimiento de la propia sociedad.

Si la mujer está en interdicción por causa de demencia, no pudiera restablecerse la sociedad, ya porque es absolutamente incapaz de ningún acto de voluntad, ya porque, como acabamos de verlo, nadie es llamado por la ley á representar en tal caso á la mujer; quien ejerce un derecho

personalísimo cuando solicita el restablecimiento de la sociedad conyugal.

329. III. El juez debe expedir sentencia, restableciendo la sociedad conyugal.

Según el citado art. 1451 del Código de Napoleón, para el restablecimiento de la sociedad conyugal basta que los cónyuges extiendan escritura pública, y que ésta se publique (2). Mas el Código chileno exige que el juez (del domicilio del marido) pronuncie sentencia declarando terminada la separación de bienes.

La diferencia proviene de que conforme al Derecho francés la escritura pública y la publicación son necesarias para resguardar los intereses de terceros; y el Código chileno se propone, como ya lo hemos visto, proteger eficazmente á la mujer y á la familia.

Como el juez procede con pleno conocimiento de causa, debe presentársele copia de la sentencia que, expedida en el juicio de separación de bienes, manifieste que ella se efectuó por el mal estado de los negocios del marido; mas no por insolvencia ó administración fraudulenta.

Salta á la vista que el sistema del Código chileno es muy preferible al del Código de Napoleón; pues, garantizando los intereses de la moral, resguarda los bienes de la mujer.

Evidente asimismo que restablecida la sociedad conyugal, la mujer, á sobrevenir nuevas causales, puede solicitar separación de bienes, y que á ello no obstaría en manera alguna la sentencia sobre restablecimiento.

(2) " Pero cómo se consolidará el restablecimiento de la sociedad conyugal? Si una sentencia ha declarado la separación de bienes ¿será necesaria otra sentencia para reunirlos?

" El restablecimiento de los cónyuges á su estado normal es tan favorable, que no se exige sentencia. Basta que la voluntad de los cónyuges sea cierta y manifiesta. Nótese que cuando se trata de una sentencia de separación de bienes, los cónyuges pueden renunciar al beneficio de la sociedad conyugal, no ejecutándola. Luego, su voluntad es de grande importancia; y aunque la materia se conexiona con principios de orden público, todo se explica por la sencilla consideración de que los esposos vuelven á la sociedad conyugal. " (Troplong. *Contrat de Mariage*. II. 1465.)

330. IV. Si falta cualquiera de los requisitos enumerados, continúa legalmente la separación.

Tales requisitos se prescriben atentos los intereses de la moral, de la mujer y de terceros; y esos mismos intereses exigen que la separación continúe, aunque los cónyuges hubieren estipulado extrajudicialmente que se restablezca la sociedad conyugal.

Art. 165. El restablecimiento legal de la administración del marido restituye las cosas al estado anterior, como si la separación de bienes no hubiese existido. Pero valdrán todos los actos ejecutados legítimamente por la mujer, durante la separación de bienes, como si los hubiese autorizado la justicia.

El marido, para poner a cubierto su responsabilidad, hará constar por inventario solemne los bienes de la mujer que entren de nuevo bajo su administración. (*).

REFERENCIAS,

Administración del marido. 1749.
 Separación de bienes. 152.
 Todos los actos ejecutados legítimamente por la mujer; durante la separación de bienes. 159.
 Como si los hubiese autorizado el juez. 146. 1759.
 Inventario solemne. 381. 382. 1253.
 Bienes. 565.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 189.
 C. E. 160.
 C. de N. 1451. (Véanse las *Concordancias* del artículo 164).
 C. Arg. 1304..... Cesando la separación judicial de bienes, estos se restituyen al estado anterior á la separación, como si esta no hubiese existido, quedando válidos todos los ac-

(*) Locré, XII. 359. 35.—Pothier. De la Communauté. 524-529.
 —Dalloz-Vergé. Art. 1451.—Dalloz. Contrat de Mariage. 2086-2092.—Laurent. XXII. 359-360.—Troplong (C. de M.). II. 1468-1475.—Zachariae (M.V.) IV. § 649.—Toullier. XIII. 119. 120.—Colmet de Santerre. VI. 103. 103 bis IV-VI.—Odier. I. 423-427.

tos legales de la mujer durante el intervalo de la separación, como si hubiesen sido autorizados por el marido.

1305. Para salvar su responsabilidad futura, podrá el marido exigir que se haga inventario judicial de los bienes de la mujer que entrasen en su nueva administración, ó podrá determinarse la existencia de los bienes por escritura pública firmada por él y la mujer.

P. de G. 1361. (Véanse las *Concordancias* del artículo 164).

C. C. 211.

C. M. 2096. (Véanse las mismas *Concordancias*).

2097. Lo dispuesto en el artículo anterior no perjudica en manera alguna los actos ejecutados ni los contratos celebrados durante la separación, con arreglo á las leyes.

COMENTARIO.

Si el art. 164 determina cómo se restablece la sociedad conyugal disuelta por la separación de bienes, el art. 165 da reglas sobre los efectos que ello surte :

331. I. El restablecimiento legal de la administración del marido restituye las cosas al estado anterior, como si la sentencia de separación de bienes no se hubiera pronunciado.

El efecto retroactivo de la sentencia sobre el restablecimiento de la sociedad conyugal es consecuencia lógica del principio importantísimo de que, contraído el matrimonio, no pueden alterarse las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges, ó las reglas legales que presuntivamente aceptan ellos en el acto mismo de contraer matrimonio (1).

(1) "El restablecimiento de la sociedad extingue la separación, de manera que restituye las cosas al mismo estado en que se hubiesen hallado sin la separación. Siguese, pues, que se procede como si la sociedad hubiese durado siempre y no se hubiera interrumpido. Por lo cual todo cuanto cada uno de los cónyuges adquirió desde la separación se comprende en la sociedad, como se hubiera comprendido si nunca hubiera habido separación; y las deudas que cada uno de los cónyuges hubiere contraído desde la separación también se comprenden en la

A no retrotraerse el restablecimiento de la sociedad conyugal, hubiera un aliciente poderoso para simular separación de bienes. Por ejemplo, si uno de los cónyuges quisiera adquirir un fundo cuya propiedad pertenezca exclusivamente á él, bastaría la sentencia de separación de bienes, no difícil de obtenerse estando los dos cónyuges de acuerdo; hecha la adquisición, el mutuo consentimiento de los consortes restablecería la sociedad conyugal, y, restablecida, surtiera efecto la simulada separación de bienes.

332. De la regla que comentamos se deduce que antes de la sentencia sobre restablecimiento de la sociedad conyu-

sociedad. Esto explica muy bien el art. 159 del Fuero de Orléans, el cual expresa : ' Y se comprenderán en dicha comunidad los muebles é inmuebles, aún los adquiridos durante la separación, como si no se hubiese efectuado.'

" El mismo artículo añade : ' Permaneciendo, empero, válidos los actos y contratos ejecutados después de la separación '. Esos contratos son todos los que la mujer ha celebrado desde la sentencia de separación, administrando sus bienes; tales como los arrendamientos de las heredades, ventas, compras y otros contratos dependientes de la administración. Aunque todos los contratos que la mujer ha celebrado sin autorización no hubieran sido válidos si no hubiese habido separación, sin embargo como la sentencia de separación confirió á la mujer el derecho de contratar, y esos contratos se han celebrado válidamente, no sería justo que el restablecimiento posterior de la sociedad pudiese invalidarlos. Este es el único efecto de la sentencia de separación de bienes que el restablecimiento de la sociedad conyugal deja subsistente.

" El efecto del restablecimiento de la sociedad conyugal, de suponerse que no hubo separación de bienes, no atañe sino á los cónyuges mismos; y no puede perjudicar á terceros á quienes la separación hubiere conferido derechos.

" Supongamos, por ejemplo, que en las capitulaciones matrimoniales un tercero, para aumentar la dote de su esposa, ha entregado al marido cierta suma de dinero, con la condición de que tendrá derecho de repetir del marido esa suma cuando la disolución de la sociedad conyugal, bien por muerte, bien por separación. Habiéndose expedido sentencia de separación, el tercero adquiere el derecho de repetir la suma, y el restablecimiento de la sociedad conyugal no puede privarle de ese derecho". (Potter. De la communauté. 527-529).

gal, los esposos no pudieran alterar el régimen aceptado, expresa ó tácitamente, cuando contrajeron el matrimonio, y que, si de hecho lo alterasen, las alteraciones no surtirían ningún efecto. Tan natural es la consecuencia, que Don Andrés Bello no juzgó necesario copiar la regla puntualizada en el art. 1451 del Código de Napoleón: todos los pactos conducentes a modificar las capitulaciones matrimoniales adolecen de nulidad (2).

(2) " Como el restablecimiento de la sociedad conyugal deja subsistentes las capitulaciones matrimoniales, y éstas son inalterables, siguese que toda estipulación según la cual los cónyuges restableciesen la sociedad sobre bases distintas de las estipuladas al celebrarla, sería nula; porque, en este caso, no se pudiera decir que subsisten las capitulaciones matrimoniales. Hubiera un nuevo contrato de matrimonio celebrado cuando la sociedad conyugal está en vigor, sería el transtorno de las ideas sancionadas por el art. 1395 del Código civil. No hay término medio: ó la sociedad conyugal queda disuelta ó se restablece tal como era. En un mismo matrimonio no puede haber dos capitulaciones matrimoniales.

" Como importa extinguir todo cuanto obste á las estipulaciones primitivas de los cónyuges, la separación surte efecto retroactivo. *Non videtur factum quod non durat factum.*

" Luego, las adquisiciones efectuadas *medio tempore* se comprenden en la sociedad conyugal. Todo lo que se ha efectuado en el tiempo de separación se reputa común. Se supone que la desavenencia no ha sido seria, como dice Lebrun.

" Pero los actos intermedios ejecutados por la mujer en virtud del art. 1449 quedan subsistentes. Los derechos de terceros no se menoscaban por el efecto retroactivo, y el marido no debe quejarse de que durante la separación la mujer haya procedido como separada de bienes.

" Si el marido hubiese dado fiador por la dote, y la fianza se hubiera extinguido á consecuencia de la restitución, el restablecimiento de la sociedad conyugal sería para el fiador *res inter alios acta*. Los cónyuges no pueden resucitar una obligación que se extinguió. " (Troplong. *Contrat de mariage*. II. 1469. 1472. 1473).

" El restablecimiento de la sociedad conyugal es un cambio de régimen, y, según los principios, el nuevo régimen no debería surtir efecto sino para lo porvenir. Pero la ley prescribe que entre cónyuges la sociedad se restablezca como si no se hubiera disuelto. ¿ Por qué da la ley efecto retroactivo al contrato que restablece la sociedad conyugal? Para impedir separaciones

333. La retrotracción sólo se refiere á los cónyuges mismos, cuyos derechos y obligaciones subsisten como si no hubiese habido separación de bienes. Mas, el restablecimiento de la sociedad conyugal, no altera en nada los derechos que la separación de bienes hubiere conferido á terceros.

Supóngase que en la escritura de capitulaciones matrimoniales se hipoteca un predio del marido para asegurar la restitución de los bienes aportados por la mujer; que, sentenciada la separación, se entregan ellos, y que, durante

simuladas. Uno de los cónyuges espera una sucesión de bienes muebles, y pretende eludir la acción de los acreedores; con este objeto la mujer pide la separación de bienes, y por consecuencia adquiere el dominio de los muebles hereditarios. Conviene después los cónyuges en restablecer la sociedad conyugal; si el restablecimiento no surtiese efecto sino para lo sucesivo, la herencia pertenecería á la mujer y los acreedores de la sociedad no tendrían á ella ningún derecho. Se defraudarían, pues, los derechos de los acreedores si en realidad, como se supone, no hubiese causa legítima de separación. La ley no ha querido favorecer estipulaciones que condujesen á eludirla. Favorece las estipulaciones serias; si hay razones legítimas para favorecer la sociedad conyugal permite que se restablezca, pero de manera que los cónyuges no se valgan de la ley para defraudar los derechos de terceros. La retrotracción es también conforme al principio de la inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales; la ley prescribe que haya un régimen; si autoriza la separación de bienes es para resguardar los derechos de la mujer; y cuando los cónyuges restablecen la sociedad después que se ha disuelto judicialmente, eso manifiesta que la dote y las recompensas de la mujer no se hallan en peligro y que la separación de bienes no debe subsistir; caduca con las causas que la justificaban provisionalmente.

“ La sociedad conyugal se restablece retroactivamente respecto de terceros; en cuanto los acreedores del marido tendrían acción sobre los bienes que durante la separación han adquirido los cónyuges, porque esos bienes siempre han pertenecido á la sociedad conyugal. De la misma manera las deudas contraídas por el marido durante la separación serán deudas de la sociedad conyugal. La ley no establece sino una excepción á este principio: deja subsistentes los actos ejecutados por la mujer durante la separación conforme al art. 1449; lo cual es una consecuencia de los principios que rigen la validez de los contratos ”. (Laurent. XIII. 359.)

ésta, hipoteca el marido el propio inmueble en beneficio de uno de sus acreedores. Restablecida la sociedad conyugal, subsistiría la hipoteca que asegura los bienes de la mujer; mas, á disputarse la prelación entre tal acreedor y la mujer, éste la obtendría. En cuanto á terceros, la separación de bienes extinguió la primitiva hipoteca, y el marido tenía perfecto derecho para gravar el respectivo inmueble.

334. II. Todos los actos ó contratos ejecutados ó celebrados legitimamente por la mujer durante la separación de bienes, valen como si los hubiere autorizado la justicia.

Hemos visto que en virtud de la sentencia sobre separación de bienes, la mujer es hábil para todos los actos y contratos concernientes á la administración de los mismos. Como esos actos y contratos pueden conferir derechos á terceros, el efecto retroactivo del restablecimiento de la sociedad conyugal no menoscabaría en manera alguna tales derechos. En ese caso los actos y contratos de la mujer, ejecutados ó celebrados dentro de los respectivos límites, subsisten, dice la ley, como si los hubiese autorizado la justicia.

Pero parece que hay alguna discordancia entre el absoluto efecto retroactivo de la sentencia sobre restablecimiento de la sociedad conyugal, y la distinción entre los efectos de los contratos que la mujer celebra autorizada por el marido y los que celebra durante la separación de bienes. El marido que estipula con la mujer el restablecimiento de la sociedad conyugal, acepta todas las consecuencias de la administración de la mujer separada de bienes, y hace suyos todos los contratos que ella hubiere celebrado. Hay por lo menos una ratificación expresa de los contratos celebrados por la mujer, y si el marido los ratifica, debe aceptar todas sus consecuencias, como las acepta el marido que según el Código de Napoleón conviene con la mujer en el restablecimiento de la sociedad conyugal.

335. III. El marido debe exigir, para exonerarse de responsabilidad, que se forme inventario solemne de los bienes que, pertenecientes á la mujer, entren de nuevo bajo su administración.

La regla tercera pugna con el sistema del artículo y con la justicia. Si el marido hace inventario solemne de los bienes que, pertenecientes á la mujer, entran de nuevo bajo su

administración, queda exonerado de toda responsabilidad en cuanto á los actos y contratos que, ejecutados ó celebrados por la mujer durante la separación de bienes, conducen á la enajenación de los bienes que á ella le pertenecen.

Si los actos y contratos de la mujer han menoscabado los bienes de ésta, el perjuicio es entonces para la mujer; mas si los bienes se han aumentado, sólo la sociedad es la que reporta provecho; pues todo lo adquirido por la mujer forma parte del haber social, y la mujer no tiene ningún derecho en éste mientras no se disuelva de nuevo la sociedad conyugal.

Si los contratos de la mujer adolecen de nulidad, el marido pudiera alegarla. Si tales actos y contratos son válidos, la sociedad conyugal debe soportar sus consecuencias; y si la mujer se hubiese arruinado, fácil le sería al marido no aceptar el restablecimiento de la sociedad conyugal.

El último inciso desdice, pues, del juicio y talento de Don Andrés Bello; quien sin razón alguna se separó en este caso del muy meditado sistema establecido en el art. 1451 del Código de Napoleón.

Este artículo no prescribe inventario solemne, porque si el restablecimiento de la sociedad conyugal tiene efecto retroactivo, el marido acepta todas las consecuencias de la administración errónea ó descuidada de la mujer, así como los acepta la mujer cuando, durante la separación de bienes, se menoscaban los bienes del marido á causa de una administración errónea ó descuidada.

Art. 166. Si a la mujer casada se hiciere una donacion, o se dejare una herencia o legado, con la condicion precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administracion el marido, y sin dicha donacion, herencia ó legado fuese aceptado por la mujer con autorizacion del marido, o del juez en subsidio, se observarán las siguientes reglas :

1^a El marido exigirá que la herencia se acepte con beneficio de inventario, so pena de constituirse responsable en sus bienes a las resultas de la aceptacion.

2^a Con respecto a las cosas donadas, heredadas ó lega-

das, se observarán las disposiciones de los artículos 159, 160, 161, 162 y 163.

3^a Los contratos de la mujer en que no aparezca la autorizacion del marido y que hayan podido celebrarse por ella sin esta autorizacion, la obligarán en los bienes que separadamente administra.

4^a Los contratos autorizados por el marido, o por el juez en subsidio, se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 146.

5^a Serán exclusivamente de la mujer los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiriera (*).

REFERENCIAS.

Donación. 1386.

Herencia ó legado. 954.

Condición. 1473.

Fueren aceptados. 137. 1225. 1411.

Con autorización del marido. 137. 138.

Del juez en su caso. 143.

Beneficio de inventario. 1247.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 190. Si a la mujer casada se hiciere una donacion, o se dejare una herencia o legado con la condicion precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administracion el marido, y si dicha donacion, herencia o legado fuere aceptado por la mujer con autorizacion del marido o del juez en subsidio, se observarán con respecto a dichas cosas las disposiciones de los artículos 182 y siguientes. La herencia se aceptará con beneficio de inventario, so pena de nulidad.

Por esta separacion parcial de bienes no se pone fin a la sociedad conyugal. La mujer conserva su derecho a los gananciales que provengan de la administracion del marido (a).

(*) Troplong. (C. de M.). I. 68-69.—Demolombe. IV. 171-173.

(a) Si a la mujer casada se hiciere una donacion, o se dejare una herencia o legado, con la condicion precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administracion el marido, i si dicha donacion, herencia o legado fuere aceptado por la mujer con autorizacion del marido, o del juez en subsidio, se observarán las reglas siguientes :

1^a. El marido exigirá que la herencia se acepte con beneficio de

C. E. 161. Si á la mujer casada se hiciere una donación, ó se dejare una herencia ó legado, con la condición, precisa de que en las cosas donadas, heredadas ó legadas, no tenga la administración el marido, y si dicha donación, herencia ó legado fueren aceptados por la mujer con autorización del marido, ó del juez en su caso, se observarán las reglas siguientes :

1° El marido exigirá que la herencia se acepte con beneficio de inventario, so pena de constituirse responsable con sus bienes á las resultas de la aceptación..... :

4° Los contratos autorizados por el marido, ó por el juez en su caso, se sujetarán á lo dispuesto en el artículo 140.....

C. Arg. 1227. Si la mujer despues de celebrado el matrimonio adquiriese bienes por donacion, herencia ó legado, los donantes y el testador pueden imponer la condicion de no ser recibidos y administrados por el marido, y la mujer podrá administrarlos con su licencia, ó con la del juez, si el marido no se la diere, ó no pudiere dárla.

C. C. 211.

COMENTARIO

336. Al comentar el art. 152 observamos que la separación de bienes provenia de sentencia judicial ó de un hecho del hombre ; que el hecho del hombre puede consistir, ya en una donación, herencia ó legado bajo la condición de que los respectivos bienes se administren por la mujer, ya en pactos en las capitulaciones matrimoniales.

El art. 166 fija las reglas concernientes á la primera especie de hechos del hombre, y su redacción misma manifiesta que Don Andrés Bello incurrió en inexactitud al expresar,

inventario, so pena de constituirse responsable con el haber social i con sus propios bienes a las resultas de la aceptación.

2°. Con respeto a las cosas donadas, heredadas o legadas, se observarán las disposiciones de los artículos 178, 179, 180, 181, 183 i 184.

3°. Los contratos de la mujer en que no aparezca la autorización del marido i que hayan podido celebrarse por ella sin esta autorización, la obligarán en los bienes que separadamente administra..... (Art. 187 del Proyecto Inédito).

en el citado art. 152, que la separación de bienes se efectúa por el ministerio de la ley.

Nada más natural ni más conforme al sistema de la legislación, que se done á la mujer ó se le deje una herencia ó legado bajo la condición de que los respectivos bienes no sean administrados por el marido.

La donación, herencia ó legado puede aceptarse por la mujer autorizada por el marido, ó, si éste deniega sin justa causa la autorización, la justicia se la concede.

Aceptada la donación, herencia ó legado, deben observarse les reglas siguientes.

337. I. El marido exigirá que la herencia se acepte con beneficio de inventario, so pena de constituirse responsable con sus bienes á los resultados de la aceptación.

Según la ley el heredero sucede en todas las obligaciones del difunto, aunque le impongan un gravamen cuyo valor exceda al de los bienes hereditarios, y el único medio de libertarse de tal responsabilidad consiste en aceptar la herencia bajo beneficio de inventario.

Aunque la herencia se defiere á la mujer, y ésta, en el caso propuesto, aprovecha de los frutos; el marido, como representante de la mujer, debe velar por los intereses de ella, exigiendo que la herencia se acepte con beneficio de inventario.

La sanción impuesta al marido es justa y eficaz.

Si la herencia se halla manifiestamente libre de deudas que comprometan los bienes de la mujer, el marido no exigirá que se forme inventario; mas, á omitirse éste por negligencia ó mala fe del marido, él responde de las deudas en cuanto excedan al valor de los bienes hereditarios.

Y tanto más grave sería la responsabilidad del marido, cuanto si el pago se hubiere hecho con bienes sociales, á la disolución del matrimonio debe el marido reintegrarlos.

338. II. Con respecto á las cosas donadas, heredadas ó legadas se observa lo siguiente :

a). La mujer administra sujetándose á lo prescrito en el caso de separación judicial.

b). La mujer debe contribuir, á prorrata de sus bienes, para los gastos domésticos y la educación de la familia; y, si no hubiere acuerdo entre los cónyuges, determinará el juez la proporción en que debe contribuir.

339. III. Si la mujer ha ejecutado actos ó celebrado contratos concernientes á la administración de sus bienes, responde con éstos aunque no hubiera podido enajenarlos.

Ya hemos visto (308) que son dos capacidades distintas la de contratar y la de enajenar, y que cuando una persona se obliga válidamente, por el ministerio de la ley se constituye á manera de prenda á favor de los acreedores; la cual los autoriza para el embargo y enajenación de los bienes del deudor.

340. IV. Los contratos autorizados por el marido, ó por el juez en su caso, se sujetan á la prescrito por el art. 146.

Cuando la mujer administra separadamente, no todos sus bienes, sino aquellos en que consiste la donación, herencia ó legado; se distinguen dos especies de actos ó contratos: los que se refieren á la administración separada; y los que, concernientes á sus bienes propios administrados por el marido, ejecuta ó celebra con autorización del marido ó de la justicia.

Los primeros se sujetan á las reglas que acabamos de enumerar; los segundos, al art. 146. Tal vez era innecesario expresarlo, porque subsisten en su ser todas las reglas concernientes á la sociedad conyugal y á la administración del marido, sin que se modifiquen en manera alguna por la donación, herencia ó legado previstos en el art. 166.

341. V. Pertenecen exclusivamente á la mujer los frutos de los bienes que administra y todo lo que con ellos adquiriera.

Esta regla es consecuencia necesaria de la separación parcial de bienes.

No habiendo sociedad conyugal en cuanto á las cosas donadas, heredadas ó legadas, la mujer, lo repetimos, es quien las administra, y tiene el goce de las mismas.

Lo cual no obsta á que la mujer contribuya proporcionalmente con tales frutos para la subsistencia y educación de la familia.

Art. 167. Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes, se aplicarán a esta separación parcial las reglas del artículo precedente (*).

REFERENCIAS.

Capitulaciones matrimoniales. 1715.
Bienes. 565.
El artículo, 152.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 191.
C. E. 162.
C.-C. 212.

COMENTARIO

342. Este artículo prevé el otro caso de separación proveniente, no de sentencia judicial, sino de un hecho del hombre, esto es, que al celebrarse las capitulaciones matrimoniales la mujer estipule la administración de alguna parte de sus bienes.

Nada más natural que á la separación de bienes prescrita en los arts. 166 y 167 se apliquen unas mismas reglas; pues si varía el origen de la separación parcial, del todo idénticas son en cuanto á sus efectos.

Cuando estudiemos las capitulaciones matrimoniales, examinaremos qué extensión puede darse en ellas á la separación de bienes convencional.

§ IV.

Del divorcio.

CONCORDANCIAS.

Ley de matrimonio civil

19. El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida comun de los cónyuges.

(*) Pothier. De la communauté 516. Laurent. III 115. — Trolong (C. de M.). I. 45. 66. 67.

20. El divorcio es temporal o perpétuo.
La duracion del divorcio temporal no pasará de cinco años.
21. " El divorcio procederá solamente por las siguientes causas.
 1. Adulterio de la mujer o del marido;
 2. Malos tratamientos graves i repetidos, de obra o de palabra;
 3. Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice en la perpetracion o preparacion de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge;
 4. Tentativa del marido para prostituir a su mujer;
 5. Avaricia del marido, si llega hasta privar a la mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades;
 6. Negarse la mujer, sin causa legal, a seguir a su marido;
 7. Abandono del hogar comun, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada;
 8. Ausencia, sin justa causa, por mas de tres años;
 9. Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipacion;
 10. Enfermedad grave, incurable i contagiosa;
 11. Condenacion de uno de los cónyuges por crimen o simple delito;
 12. Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida;
 13. Tentativa para corromper a los hijos, o complicidad en su corrupcion.
22. Las causales 5^a, 6^a, 7^a, 8^a i 12^a del artículo anterior no son suficientes para pedir i decretar divorcio perpétuo.
23. El juez, atendida la naturaleza de las causales probadas i el mérito del proceso, fijará la duracion del divorcio temporal.
24. La accion de divorcio corresponde únicamente a los cónyuges, i no podrá deducirse contra el cónyuge inocente.
25. La accion de divorcio es irrenunciable.
Sin embargo, el derecho de pedir divorcio por causa existente i conocida puede renunciarse, i se entiende renunciado cuando ha seguido cohabitacion.
Esta presuncion de renuncia se extiende aun al caso de existir juicio pendiente.
26. La accion de divorcio prescribe en un año, contado

desde que se tuvo conocimiento del hecho en que se fundá.

27. El juez oirá el dictámen del ministerio público en el juicio sobre divorcio.

C. de N. 306. Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps.

307. Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile : elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

308. La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère, sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la reclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années.

309. Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme.

310. Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur, pourra demander le

306. Cuando hubiere causas determinadas para demandar el divorcio, podrán los cónyuges proponer demanda de separación personal (separation de corps).

307. La separación será propuesta, sustanciada y resuelta de la misma manera que cualquier otra acción civil : no podrá efectuarse por mutuo consentimiento de los cónyuges.

308. La mujer contra quien se pronuncie sentencia de separación por causa de adulterio, será condenada en la misma sentencia, y á petición del ministerio público, á reclusión en una casa correccional durante un tiempo determinado, que no podrá bajar de tres meses ni exceder de dos años.

309. Puede el marido á su arbitrio extinguir el efecto de esta condena, consintiendo en recibir á la mujer.

310. Cuando la separación personal, sentenciada por cualquier otra causa que el adulterio de la mujer, hubiere durado tres años, el cónyuge que fué primitivamente el demandado, podrá

divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation.

311. La séparation de corps emportera toujours séparation de biens.

pedir el divorcio al tribunal, que lo admitirá, si el primitivo actor, presente ó citado en forma, no conviene inmediatamente en que la separación cese.

311. La separación personal lleva siempre consigo separación de bienes.

C. Arg. 198. El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial.

199. No puede renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el divorcio al juez competente.

200. No hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia del juez competente.

204. El juez civil conoce de las causas de divorcio entre los casados sin autorización de la Iglesia Católica.

Las causas de divorcio en estos matrimonios son las siguientes :

1°. Adulterio de la mujer ó del marido;

2°. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro;

3°. Ofensas físicas ó malos tratamientos.

P. de G. 74. El divorcio no disuelve el Matrimonio; pero suspende la vida comun de los casados.

76. Son causas legítimas de divorcio :

1°. El adulterio de la mujer en todo caso; y el del marido, cuando resulte escándalo público ó menosprecio de la mujer.

2°. Los malos tratamientos de obra ó injurias graves.

3°. La propuesta del marido para prostituir á su mujer.

4°. El conato del marido y de la mujer para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas, y la connivencia en su corrupción ó prostitucion.

5°. La apostasía de uno de los cónyuges.

77. El mútuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio ni autoriza su voluntaria separación.

78. La demencia, la enfermedad contagiosa ó cualquiera otra calamidad semejante de uno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez con conocimiento de causa y á instancia del otro cónyuge suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar; quedando, sin embargo, subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado.

79. El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa á él.

C. C. 153. El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados.

154. Son causas de divorcio :

1ª. El adulterio de la mujer;

2ª. El amancebamiento del marido;

3ª. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges;

4ª. El absoluto abandono en la mujer de los deberes de esposa y de madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre;

5ª. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos pelagra la vida de los cónyuges, ó se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

155. La demencia, la enfermedad contagiosa, y cualquiera otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el Juez, con conocimiento de causa, y á instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado.

156. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar á él, y en el juicio que se siga son partes únicamente los mismos cónyuges ó sus padres; pero se oirá siempre la voz del Ministerio público, por el interés de los hijos ó por el de la mujer, á falta de sucesión.

C. P. 191. Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial.

192. Son causas de divorcio :

1ª. El adulterio de la mujer :

2°. El concubinato, ó la incontinencia pública del marido :

3°. La sevicia ó trato cruel :

4°. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro :

5°. El odio capital de alguno de ellos, manifestado por frecuentes riñas graves, ó por graves injurias repetidas :

6°. Los vicios incorregibles de juego ó embriaguez, disipacion ó prodigalidad :

7°. Negar el marido los alimentos á la mujer :

8°. Negarse la mujer, sin graves y justas causas, á seguir á su marido :

9°. Abandonar la casa comun, ó negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales :

10°. La ausencia sin justa causa por mas de cinco años :

11°. La locura ó furor permanente que haga peligrosa la cohabitacion :

12°. Una enfermedad crónica contagiosa :

13°. La condenacion de uno de los cónyuges á pena infamante.

193. No podrá intentarse divorcio por adulterio de la mujer, si el marido consintió en él, ó si cohabitó con ella después de estar instruído del adulterio.

194. Tampoco podrá el marido continuar el juicio de divorcio por la misma causa de adulterio, si después de la demanda cohabitó con la mujer.

C. M. 226. El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio : suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código.

227. Son causas legítimas de divorcio :

I. El adulterio de uno de los cónyuges :

II. El hecho de que la mujer dé á luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo :

III. La propuesta del marido para prostituir á su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero ó cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer :

IV. La incitacion ó la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal :

V. El conato del marido ó de la mujer para corromper á los hijos, ó la tolerancia en su corrupción :

VI. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, ó aun cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio :

VII. La sevicia, las amenazas ó las injurias graves de un cónyuge para con el otro :

VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro :

IX. La negativa de uno de los cónyuges á suministrar al otro alimentos conforme á la ley :

X. Los vicios incorregibles de juego ó embriaguez :

XI. Una enfermedad crónica é incurable que sea también contagiosa ó hereditaria, anterior á la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge :

XII. La infracción de las capitulaciones matrimoniales :

XIII. El mutuo consentimiento.

228. El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurren alguna de las circunstancias siguientes :

I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común :

II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal :

III. Que haya habido escándalo ó insulto público hecho por el marido á la mujer legítima :

IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra ó de obra, ó que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos á la mujer legítima.

229. Es causa de divorcio el conato del marido ó de la mujer para corromper á los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia debe consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones.

230. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio ó la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, ó que haya resultado insuficiente así como cuando haya acusado judicialmente á su cónyuge, el demandado tiene

derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada á vivir con el marido.

231. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes; en caso contrario, aunque vivan separados, se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

232. Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación, acompañarán á su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación.

238. La demencia, la enfermedad declarada contagiosa ó cualquiera otra calamidad semejante de uno de los cónyuges, no autoriza el divorcio, salvo el caso de la frac. XI del art. 227; pero el juez, con conocimiento de causa, y sólo á instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado.

239. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa á él, y dentro de un año después que hayan llegado á su noticia los hechos en que se funde la demanda.

240. Ninguna de las causas enumeradas en el art. 227, puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón ó remisión, expresa ó tácitamente.

C. de la L. 135. El divorcio *quoad thorum et cohabitationem* que se efectuaba según las antiguas leyes de la nación, podrá pronunciarse por las causas siguientes.

136, 137 y 138 (los artículos 229, 230 y 231 del Código de Napoleón).

139. El divorcio *quoad thorum et cohabitationem* puede también pedirse recíprocamente en los siguientes casos :

1°. De difamación pública de uno de los esposos hacia el otro :

2°. De abandono del marido por la mujer ó de la mujer por el marido :

3°. De atentado de uno de los cónyuges á la vida del otro.

149 y 150 (Los artículos 272 y 273 del Código de Napoleón).

C. A. 93. No pueden los cónyuges, aunque estén de acuerdo, disolver arbitrariamente el vínculo conyugal, por causa de nulidad ó de disolución ó de divorcio *quoad thorum et cohabitationem*.

103. El divorcio *quoad thorum et cohabitationem* por consentimiento mutuo, debe ser autorizado por el tribunal.

Para obtener esta separación, el cura, después de tres tentativas de reconciliación ante él, conferirá certificado para hacer constar que no pudo reconciliar á los cónyuges; los cuales persisten en su demanda.

105. Los cónyuges presentan ante el tribunal su demanda de divorcio *quoad thorum et cohabitationem*, acompañando ese certificado; si comparecen y persisten en su demanda y en las estipulaciones relativas á sus bienes y á su mantenimiento, el tribunal, sin otra información, autorizará el divorcio *quoad thorum et cohabitationem* y lo inscribirá en los registros.

Las causas de divorcio *quoad thorum et cohabitationem* son las siguientes:

1ª. Si al cónyuge contra quien se demanda se le ha declarado reo de adulterio ó de crimen:

2ª. Si ha abandonado al otro cónyuge de una manera culpable:

3ª. Por atentado que ponga en peligro la vida ó la salud de su cónyuge, ó sevicia grave, ó, según la condición de las partes, por actos de desprecio notables y repetidos:

4ª. Por dilapidación de los bienes de su cónyuge, ó atentado á las buenas costumbres de la familia:

5ª. En fin por enfermedades crónicas susceptibles de contagio.

P. IV. X. I. Divortium en latin, tanto quier dezir en romance, como departimiento. E es cosa que departe la muger del marido, e el marido de la muger, por embargo que ha entrellos, quando es prouado en juyzio derecha-mente. E quien de otra guisa esto fiziesse, departiendolos por fuerza; o contra derecho, faria contra lo que dize Jesu Christo nuestro Señor en el Euangelio: A los que Dios ayunta, non los departa ome. Mas seyendo departidos por derecho, non se entiende que los departe estonce el

ome, mas el derecho escrito, e el embargo que es entrellos. E divorcio tomo este nome, del departimiento de las voluntades del ome, e de la muger; que son contrarios en el departimiento, de quales fueron, o eran, quando se ayuntaron.

§ IV.

Excepciones relativas al divorcio

COMENTARIO

343. Como lo expresamos al estudiar el art. 102, el Derecho canónico introdujo la novedad de que la palabra divorcio se tomara en dos sentidos del todo diversos:

1º. Disolución del vínculo del matrimonio viviendo ambos cónyuges; y

2º. Separación personal de los cónyuges, subsistiendo el vínculo del matrimonio.

344. Hablamos ya del divorcio en su acepción genuina, empleada primitivamente en las leyes romanas, esto es la disolución del matrimonio viviendo ambos cónyuges. En este sentido el divorcio, lejos de referirse á las obligaciones y derechos entre los cónyuges, las extingue absolutamente. Entonces el matrimonio no puede subsistir porque faltan los requisitos esenciales que lo constituyen.

345. Mas la separación de los cónyuges, llamada por el Derecho canónico *divortium quoad thorum*; por Pothier *separación de habitación*, y por el Código de Napoleón *séparation de corps*, se comprende, segun el Código chileno, las meras excepciones á las reglas sobre las obligaciones y derechos entre los cónyuges; pues si bien subsiste el vínculo del matrimonio, y con él la obligación de fidelidad entre los cónyuges, cesa la obligación de que la mujer obedezca al marido y el mutuo deber de los socorros y auxilios que no sean pecuniarios.

346. Según el derecho canónico, incorporado en la ley civil así por el art. 103 como por el 168, las causas que originaban el divorcio *quoad thorum et cohabitationem* son las siguientes:

1° El adulterio de la mujer ó del marido :

2° La sevicia :

3° La enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges :

4° El incurrir uno de ellos en herejía.

347. La Iglesia declaró la absoluta igualdad entre los cónyuges, y de ahí dedujo que el adulterio de cualquiera de ellos confiere al otro el derecho de pedir ante el juez el divorcio (1). Pero si atendemos á la esencia misma del delito cometido por cada uno de los cónyuges, no puede desconocerse que el adulterio de la mujer es un delito mucho más grave, y que proceden más razonablemente los Códigos que no permiten pida la mujer el divorcio por el adulterio del marido sino cuando éste lleva la concubina al domicilio conyugal (2). Entonces al adulterio se agrega una

“ (1) *Adulterium uxoris esse causam legitimam separationis; posseeque virum uxorem adulteram dimittere, nemo unquam dubitavit, ob claram sententiam Christi dicentes : Omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mæchari. Matt. cap. 5. v. 32.*

“ *De hac dimissione loquens S. Augustinus lib. 2. de Adulterinis conjugiiis, cap. 5. ait : ‘ Licet itaque dimittitur conjux ob causam fornicationis ; sed manet vinculum prioris, propter quod fit reus adulterii, qui dimissam duxerit etiam ob causam fornicationis. ’*

“ *Causam dimissionis assignat S. Thomas in 4. Sent. Dist. 55. q. I. art. 4. ‘ Dominus dimittere uxorem concessit propter fornicationem, in poena illius, qui fidem fregit, et in favorem illius, qui servavit; ut non sit adstrictus ad reddendum debitum ei, qui non servavit fidem. ’*

“ *Porro utriusque conjugis hic par conditio est; neque majus in uxore, quam in marito crimen adulterii esse credit Ecclesia; quantumvis leges civiles plus viris, quam mulieribus indulgisse videantur, de quibus loquens S. Ambrosius lib. I. de Abraham, ait : ‘ Neque sibi blandiatur de legibus hominum, omne stuprum adulterium est, nec viro licet, quod mulieri non licet. Et S. Hieronymus Epist. ad Oceanum acrius in has Romanorum leges insurgens, aperte dicit : aliae sunt leges Caesarum, aliud Papinianus aliud Paulus noster praecipit, ac tandem concludit. ‘ Apud nos quod non licet faeminis, aequè nec licet viris. ’ (Van Espen. I. P. II. T. XV. N. II-IV).*

(2) “ *Como el marido puede pedir separación á causa de la infidelidad de la mujer, la mujer la pedia en otro tiempo á causa de la infidelidad del marido. Este uso, contrario á la disposi-*

gravísima injuria, que lastima hondamente los más delicados sentimientos de la mujer.

ción de las leyes romanas, se había introducido en los juzgados eclesiásticos, en que no se atendía sino á las máximas del Derecho canónico; y efectivamente, á no considerar el matrimonio sino atendiendo á ideas puramente espirituales, y en su relación con las cosas de la otra vida, la violación es una misma. Pero las leyes políticas y civiles de casi todos los pueblos han distinguido con razón esas dos cosas. Han exigido en las mujeres más modestia y continencia que en los hombres, porque la violación del pudor envuelve en las mujeres renuncia á todas las virtudes; porque la mujer, violando las leyes del matrimonio, sale del estado de su dependencia natural; porque la naturaleza ha señalado la infidelidad de las mujeres con signos ciertos; además los hijos adulterinos de la mujer están necesariamente á cargo del marido, al paso que los hijos adulterinos del marido no se imputan á la mujer ni están á cargo de ella." (Montesquieu. XXVI. VIII.)

"El adulterio del marido no puede servir de fundamento para que la mujer demande separación de habitación: los tribunales no permiten que las mujeres prueben tales hechos; el hombre puede acusar el adulterio de la mujer."

"La diferencia consiste en que el adulterio de la mujer es infinitamente más contrario al buen orden de la sociedad civil, pues tiende á despojar á las familias y á transmitir los bienes á los hijos adulterinos, que á éstas no pertenecen; pero el adulterio del marido, aunque muy criminal, no acarrea esas consecuencias." (Pothier. Contrat de Mariage. 576).

"La sociedad conyugal," decía el Tribuno Gillet, "debe conservarse esmeradamente, mientras haya evidencia de que no faltan sus principales fundamentos."

"Como el primero de esos fundamentos es la indivisibilidad entre los cónyuges, basta conocer á punto fijo sus consecuencias, y se verá claramente qué infracciones disuelven el contrato."

"Esa indivisibilidad es la de la familia: la mujer adúltera rompe el contrato, turba con sangre extraña la sangre de su esposo, que debe transmitir á sus hijos, altera en su esencia la afección mutua que debe unir á los hermanos, comprime en el corazón del marido el abandono á los sentimientos de la naturaleza, que es el mayor encanto de la paternidad."

"Esa indivisibilidad es la de la vida doméstica: el marido adúltero rompe el contrato cuando se atreve á dividir su hogar entre la honorable compañera de su vida y la infame cómplice de su perversidad. Desgraciado, que ultraja por una concurrencia que envilece la dignidad legítima de su esposa; que convierte

348. Los canonistas dividen la sevicia en atroz y mera sevicia.

La atroz consiste en maltratos continuos que pongan en peligro la salud y la vida de la mujer. El Papa Inocencio III la definía diciendo : *Si tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet ei restitui, sed ab eo potius amoveri.*

La mera sevicia consiste en continuas injurias graves que uno de los cónyuges infiere al otro. Sobre esto no se pueden dar reglas fijas, porque la sevicia depende de las circunstancias de los cónyuges. Cuando la mujer es honesta y educada, envuelven sevicia las injurias que pudiera tolerar una mujer sin educación, maneras ni moral.

349. Según ya lo observamos (nº 196) la ley civil se halla en la más abierta pugna con la ley canónica, que autoriza á uno de los cónyuges á solicitar el divorcio si el otro adolece de enfermedad contagiosa. Cuando los esposos se unen en matrimonio, se prometen perpetua fidelidad, y mutuos socorros. Si la enfermedad contagiosa proviene de meras desgracias, entonces el otro cónyuge debe suministrarle los respectivos auxilios; y la ley que autoriza al cónyuge para negar entonces su asistencia es esencialmente inmoral.

Cuando las leyes ó reglamentos de policía condenan á reclusión en casos determinados al que padece una enfermedad contagiosa, los cónyuges se separan en virtud de tales leyes y reglamentos; pero no cesa la obligación moral de socorrer al cónyuge desgraciado; y si es posible que el cónyuge, cuyas facultades se lo permitan, se sequestre de la sociedad para evitar la reclusión en aquellas casas, la ley civil le impone al otro cónyuge el deber de acompañar, servir y cuidar al esposo desgraciado.

350. La Iglesia, consecuente con su sistema, debía declarar que la herejía era causa de divorcio. Pero es un anacronismo que las leyes civiles acepten las doctrinas in-

en afrenta el homenaje que á ella le es debido, y que él mismo se atreve á dar el escandaloso ejemplo de la fe-violada!" (Locré. V. 381, 5. 6.)

compatibles con la libertad de conciencia, que es una de las grandes conquistas de la época moderna.

351. En Chile no tienen ya sino interés histórico las doctrinas concernientes al divorcio *quoad thorum*; pues las disposiciones del párrafo que comentamos no subsisten en cuanto pugnen con la Ley de matrimonio civil.

Art. 168. El juicio de divorcio pertenece a la autoridad eclesiástica. Los efectos civiles del divorcio (esto es, todo lo que concierne á los bienes de los cónyuges, a su libertad personal, a la crianza i educación de los hijos) son reglados privativamente por las leyes i las jurisdicciones civiles.

La habitacion i alimentos de la mujer i las espensas de la litis, que el marido deba suministrar a la mujer durante el juicio de divorcio, se reglarán i decretarán por el juez civil (*).

REFERENCIAS.

El juicio de divorcio pertenece á la autoridad eclesiástica. 103.

Efectos civiles del divorcio. 170-175. 1754, 3º.

Bienes de los cónyuges. 1725. 1740.

Crianza y educación de los hijos. 223-226.

Leyes. 1º.

Alimentos. 173-175.

Litisexpensas. 130, 3º.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 142. Compete asimismo a la autoridad eclesiástica juzgar en materia de divorcio, o separacion de lecho i habitacion, solicitada por alguno de los cónyuges.

143. En materia de donaciones nupciales, sociedad i administracion de bienes, i otras cualesquiera incidencias del matrimonio o divorcio, que atañan a la libertad personal de los cónyuges o a sus derechos de propiedad, conoce privativamente la autoridad civil.

192 a.

C. E. 163.

C. de N. 268. La femme demanderesse ou défendresse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer.

269. La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée.....

268. La mujer actora ó demandada en juicio de divorcio, podrá dejar el domicilio del marido durante la substanciación, y pedir pensión alimentaria proporcionada á las facultades del marido. El tribunal determinará la casa en que la mujer debe residir, y, si ha lugar, la pensión alimentaria que el marido esté obligado á suministrarle.

269. La mujer está obligada á justificar su residencia en la casa indicada.....

C. Arg. 201. El conocimiento de las causas de divorcio entre los casados ante la Iglesia Católica ó con autorización de ella, en los matrimonios mistos, corresponde únicamente á la autoridad eclesiástica.

202. Corresponde exclusivamente á los jueces civiles conocer de todos los efectos civiles del divorcio en relacion con la persona de los cónyuges, crianza y educación de los hijos, y de los bienes de la sociedad conyugal.

203. Admitida la demanda de divorcio por el juez eclesiástico, el juez civil, á instancia de parte, señalará los alimentos que el marido debe prestar á la mujer, y dispondrá que las espensas del juicio de divorcio sean satisfechas por el marido.

P. de G. 75. El conocimiento de las causas de divorcio pertenece exclusivamente á los tribunales civiles.

C. P. 138. Los tribunales eclesiásticos conocerán de las causas relativas al matrimonio y al divorcio; y los jueces seculares, de las de esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, litis expensas, liquidación y devolución de bienes, criminales sobre adulterio, y en general de todas las causas sobre los efectos civiles del matrimonio y del divorcio.

C. Esp. 67. Los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio, sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios.

80. El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde á los Tribunales eclesiásticos.

N. R. II. I. 20. De resultas de cierta causa de divorcio seguida en el Tribunal eclesiástico de Lima, que declaró el divorcio y extendió su sentencia á la restitución del dote, gananciales y alimentos, y con motivo de lo que sobre este asunto hizo presente á mi augusto padre el Consejo pleno de Indias, tuvo á bien mandar expedir Real cédula, que se comunicó á aquellos dominios en 22 de Marzo de 1787; declarando, que los Jueces eclesiásticos solo deben entender en las causas de divorcio, sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales y profanas sobre alimentos, *litis expensas*, ó restitución de dotes, como propias y privativas de los Magistrados seculares, á quienes incumbe la formación de sus respectivos procesos; y á este fin resolvió igualmente, que ofreciéndose semejantes asuntos temporales durante las causas eclesiásticas, se abstengan los Prelados y sus Provisores de su conocimiento, y las remitan sin detención á las Justicias Reales, que las substancien y determinen breve y sumariamente según su naturaleza.....

COMENTARIO

352. La Iglesia regularizó el juicio de divorcio (1); pues

(1) “ El divorcio *quoad thorum*, singularmente transformado desde sus primeros orígenes, que se hallan en el Derecho romano, no sólo se había restringido en sus efectos y limitado sus alcances; había tomado un aspecto nuevo y muy notable; pues se había convertido en esencialmente judicial.

“ En el sistema del Derecho romano como en el de la ley judaica, el *repudium* era un acto privado: no emanaba sino de la voluntad de los cónyuges, que á él habían recurrido; salvo el derecho que el otro cónyuge podía ejercer para que el juez decidiese si el repudio no era ajeno á los casos permitidos y á los requisitos determinados por la ley. La Iglesia asentó, al contrario, desde antiguo la regla de que ninguno de los cónyuges podría sin motivo despedir ó repudiar al otro, sin que el obispo ó el sínodo hubiesen previamente resuelto el caso. En especial el concilio de Agda había fijado la regla muy claramente, y esa regla se aplicó despues al divorcio, así al *divortium quoad vinculum* como al *divortium quoad thorum*. De esta regla se hallan frecuentes aplicaciones en la colección de las decretales. (Esmein. II. p. II. chap. II. n. VIII).

según las leyes romanas los cónyuges se separaban sin que ninguna autoridad pronunciara la respectiva sentencia.

Pero como la Iglesia pretendía, á pretexto de intervenir en las causas de divorcio *quoad thorum*, resolver sobre asuntos que en nada atañen al vínculo del matrimonio, se expidió la ley recopilada que hemos transcrito en las concordancias; la cual rigió en Chile hasta la promulgación del Código civil.

353. Según el art. 3º. de la Ley de matrimonio civil, corresponden al derecho civil el conocimiento y decisión de las cuestiones sobre divorcio ó nulidad de los matrimonios contraídos antes de la vigencia de esa ley.

Ni podía ser de otra manera, porque se trata sólo del matrimonio mismo en cuanto á los efectos civiles, prescindiendo absolutamente del sacramento.

Art. 169. Para impetrar los efectos civiles del divorcio perpetuo, se presentará al juez copia auténtica de la sentencia que lo ha pronunciado.

REFERENCIAS.

Efectos civiles del divorcio. 170-178.
Copia auténtica. 1699.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 193.

C. E. 164. Para obtener los efectos civiles del divorcio se presentará al juez copia auténtica de la sentencia que lo ha pronunciado.

COMENTARIO

354. Este artículo es mera consecuencia del art. 168. Si éste declaraba que el juicio de divorcio correspondía á la autoridad eclesiástica, seguíase que el juez civil no era hábil para ordenar que el divorcio surtiese los efectos

civiles mientras no se le presentase copia auténtica de la sentencia que hubiere declarado el divorcio.

La ley sobre matrimonio civil derogó el artículo que comentamos.

Art. 170. Los efectos civiles del divorcio principian por el decreto del juez civil que lo reconoce.

En virtud de este reconocimiento se restituyen a la mujer sus bienes i se dispone de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte, sin perjuicio de las escepciones que se van a expresar (*).

REFERENCIAS.

El inciso primero. 1761.

Se restituyen á la mujer sus bienes. 1765. 1766. 1770-1773.

Se dispone de los gananciales como en el caso de disolución por causa de muerte. 1751. 1769. 1771. 1776.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 191. Los efectos civiles del divorcio principian por el decreto del juez civil que lo reconoce.

En virtud de este reconocimiento, se restituyen a la mujer sus bienes i se parten los gananciales, como en el caso de la disolución por causa de muerte; sin perjuicio de las excepciones que se van a expresar (a).

C. E. 165.

C. de N. 311. La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens.		El divorcio <i>quoad thorum</i> acarrea siempre separación de bienes.
---	--	---

(*) Locré. V. 200. art. 83.—Pothier. Du contrat de mariage. 522.—Laurent. XXII. 338. 339.—Zachariae. (A. R.). V § 494.—Demolombe IV. 456-500. 502. 512-516.—Demante. I. 382-382 bis VII.—Zachariae (M. V.). I. § 156.—Merlin. Separation de corps. IV. nº II. IV.—Toullier. II. 739. 740. 773. 775. 776.—Fiore. II. 657.

(a) Los efectos civiles del divorcio principian por el decreto del juez civil que lo reconoce. (Art. 192 del Proyecto Inédito.)

C. Arg. 211..... Dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, en los términos que se prescribirá en el título de la sociedad conyugal.

1306. En el caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes, y en cuanto á estos, los efectos del divorcio respecto á los cónyuges, y á terceros serán regidos por las disposiciones de los artículos anteriores, y por las del Capítulo 10, Título del Matrimonio.

P. de G. 87. Si el marido diere causa al divorcio, podrá ejercitar su mujer los derechos que se le conceden en el artículo 1355.

88. Cuando sea la mujer culpable del divorcio, por cualquiera causa, conservará el marido la administración de los bienes de la masa social, y dará alimentos á su mujer.

1355. (Véanse las *Concordancias* del artículo 155).

C. Esp. 73. La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos..... :

4°. La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido, y si fuere quien hubiese dado causa al divorcio.

5°. La conservación, por parte del marido inocente, de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho á alimentos.

82. La sentencia firme de nulidad ó divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro civil, y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa á los efectos civiles.

COMENTARIO.

355. Según el art. 170 los efectos civiles del divorcio principian por el decreto del juez civil que lo reconoce.

Era necesaria la providencia del juez civil porque la ley atribuía á la autoridad eclesiástica el conocer en las causas de divorcio. Sólo cuando se presentaba al juez civil copia auténtica de la sentencia, había prueba de que los cónyuges habían obtenido el derecho de separarse.

Nótese que conforme al art. 168 al juez civil le correspondía determinar, aun provisionalmente, la habitación

y alimentos de la mujer. Expedida la sentencia de divorcio, y presentada al juez civil, éste debió declarar que principiaban los efectos civiles definitivos del divorcio; los cuales conciernen :

- 1°. Á las personas de los cónyuges; y
- 2°. Á los bienes.

I. En cuanto á las personas, cesan todas las obligaciones provenientes de la vida conyugal, y no subsisten sino las que nacen del vínculo mismo del matrimonio.

Cada uno de los cónyuges elige la habitación que le convenga; el domicilio del marido no es ya el domicilio de la mujer; no está obligada ella á obedecer al marido; los mutuos auxilios personales no subsisten.

En cuanto á los alimentos que los cónyuges deben suministrarse mutuamente, están sujetos á reglas especiales, que en este mismo párrafo se determinan.

356. Notabilísima es la deficiencia de las disposiciones del Código sobre los efectos civiles del divorcio; la cual proviene de dos causas :

1°. Subsistiendo en todas sus partes el divorcio *a mensa et toro* determinado por el derecho canónico, y determinando éste, como efecto necesario, la separación de los cónyuges; Dn Andrés Bello olvidó determinar circunstanciadamente todos los efectos civiles del divorcio; y

2°. Dn Andrés Bello siguió paso á paso las disposiciones del Código de Napoleón sobre la separación de bienes; y como este Código es deficiente en cuanto atañe á los efectos de la separación de los cónyuges, el autor del proyecto no tuvo fuente á donde acudir, y en esa parte el Código chileno quedó en realidad de verdad trunco ó contradictorio. Trunco, si se atiende á que no prevé los casos que con frecuencia pueden ocurrir cuando los cónyuges se separan después de obtenida la sentencia de divorcio. Contradictorio, si subsisten las reglas generales puntualizadas en el párrafo primero en cuanto no se opongan á las que se determinan en el párrafo cuarto.

Cuando se discutió el Código de Napoleón, los redactores se ocuparon á un mismo tiempo en las reglas concernientes, bien al divorcio propiamente dicho, bien al divorcio *quoad thorum*; de manera que las omisiones que en éste se notaban, debían suplirse por las concernientes al otro.

Abolido el divorcio por la ley de 1816, presentáronse graves dificultades sobre los efectos de la separación personal, y subsistieron ellas aún después de que se restableció el divorcio por la ley de 1884. En 1886 se expidió en Francia otra ley concerniente á la separación personal, y se han llenado los vacíos que se notaban diariamente. Volveremos á este punto al comentar el art. 173.

357. II. Reconocida por el Juez civil la sentencia de divorcio pronunciada por el juez eclesiástico, debían restituirse á la mujer sus bienes y disponerse de los gananciales como en el caso de disolución por causa de muerte.

Evidente, pues, que si bien el art. 1764 declara que la sociedad conyugal se disuelve por la sentencia de divorcio, la disolución no se efectúa en realidad sino cuando el juez civil pronuncia la sentencia que la reconoce (1).

358. En extremo impropias nos parecen las palabras empleadas en el art. 170 : " Se dispone de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte. " No hay tal disposición de gananciales. Disuelta la sociedad conyugal, se procede conforme á lo prescrito en el Libro II, Tit. XXII. § V. En cuanto á la disolución de la sociedad conyugal, idénticos son los efectos del divorcio *quoad thorum* á los de la separación de bienes; y al hablarse de ésta se había dicho, en el art. 158, que en cuanto á la división de los gananciales se seguirían las mismas reglas que en el caso de la disolución del matrimonio (2).

(1) Tenemos sobre este punto una interpretación que podríamos llamar auténtica. Cuando se discutía el art. 192 del Proyecto Inédito, idéntico al art. 170 del Código, el Sr. Ocampo hizo esta observación :

" Los efectos civiles del divorcio deben principiar desde la fecha de la sentencia que lo declara, porque desde ella queda disuelta la sociedad conyugal, si el divorcio es perpetuo. "

Contestación de Dn Andrés Bello :

" Tengo el sentimiento de mirar la cosa de otro modo. Es la autoridad civil la que, reconociendo la sentencia eclesiástica, da principio á los efectos civiles del divorcio : esto me parece un corolario del art. 190. Ni veo la necesidad de dar un efecto retroactivo al reconocimiento del juez civil "

(2) " Cuando se ha pronunciado la sentencia sobre separación de habitación, su efecto consiste en que la mujer no está

Tanto menos se puede explicar la redacción del inciso 2°, cuanto el primitivo proyecto de Dn. Andrés Bello decía, como lo hemos visto en las *Concordancias*: "En virtud de este reconocimiento, se restituyen á la mujer sus bienes, y *se parten* los gananciales....." En el art. 192 del Proyecto Inédito, que es el 170 del Código chileno, se emplearon las palabras *se dispone* de los gananciales, en vez de *se parten*; no se expresó la razón del cambio, á pesar de que el Sr Ocampo hizo observaciones sobre el inciso 1°.

Pero aunque las palabras *se dispone* estén empleadas impropiaamente, el inciso 2° del art. 170 es de mera referencia, y debe procederse bien á la disolución de la sociedad bien á la partición de los gananciales; á menos que la sen-

obligada á vivir con el marido y puede, por consecuencia, establecer donde le convenga un domicilio distinto.

"La separación de habitación lleva consigo la de bienes, y extingue los derechos que tenía el marido en los de la mujer; la cual puede exigirle la restitución de la dote.

"Cuando hay sociedad conyugal, la separación de habitación la disuelve. La mujer puede, por consecuencia, exigir al marido un inventario de los bienes de la sociedad conyugal; puede aceptarla ó renunciarla, y, aceptada, solicitar la partición". (Pothier. Contrat de mariage. 552).

"La separación personal llamada más especialmente en lo antiguo separación de habitación, conduce principalmente á los cónyuges á vivir cada uno en su hogar. Como decían los antiguos doctores, es una especie de divorcio *quoad thorum et mensam*, y deja subsistente el vínculo del matrimonio, *foedus matrimonii*.

"El efecto principal de la separación de las personas consiste en que se extingue la obligación recíproca de vivir unidos los cónyuges. El marido no está obligado á recibir á la mujer, ni la mujer á habitar con el marido. Desde entonces puede ella fijar su residencia donde le parezca aun en nación extranjera; en este aspecto es absolutamente libre.

"Juzgamos que la mujer puede establecer un domicilio distinto del domicilio del marido, y que el estado de separación modifica, á este respecto, no sólo el hecho sino el derecho; no sólo el art. 214 sino también el art. 108.

Pero no habiéndose disuelto el vínculo del matrimonio, subsisten los deberes esencialmente inherentes á la calidad de cónyuges. Por consecuencia deben guardarse ellos fidelidad, y el adulterio de la mujer puede siempre perseguirse conforme al art. 336 del Código penal." (Demolombe IV. 496-500).

tencia de divorcio se hubiere pronunciado por el adulterio de la mujer.

Art. 171. Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá todo derecho a los gananciales, i el marido tendrá la administracion i usufructo de los bienes de ella; escepto aquellos que la mujer administre como separada de bienes, i los que adquiriera a cualquier título despues del divorcio.

En el caso de administracion fraudulenta del marido, tendrá derecho la mujer para que se pongan los suyos a cargo de un curador de bienes; i lo mismo será si peligraren por una administracion imprudente o descuidada; pero en este caso podrá el marido retenerlos prestando fianzas o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de su mujer.

REFERENCIAS.

Si la mujer hubiese dado causa al divorcio por adulterio 168.
 Gananciales. 1774.
 Administración. 1749.
 Usufructo. 764-766. 810. 1753.
 Separada de bienes. 152. 158. 159. 166.
 Curador. 13. 338. 341. 349.
 Fianzas ó hipotecas. 2335-2337.
 Que aseguren suficientemente los intereses de su mujer. 155.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 195. Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, por azechanzas a la vida del marido, o por otro grave crimen, perderá todo derecho a los gananciales, i retendrá el marido la administracion i usufructo de los bienes de ella; excepto aquéllos que la mujer administre como separada de bienes, i los que adquiriera a cualquier título despues del divorcio
 C. E. 166.

(*) Locré. V. 240. 6. 7.—Toullier. II. 778.—Laurent. III. 291.—Demolombe. IV. 380. 381.—Zachariae (M. V.). I § 156.—Zachariae (A. R.). V § 494.

COMENTARIO.

359. Cuando el divorcio se hubiere pronunciado á causa del adulterio de la mujer, se observarán las siguientes reglas :

1ª. Pierde ella todo derecho á los gananciales :

2ª. El marido continúa administrando los bienes de la mujer, y tiene derecho al usufructo de los mismos; y

3ª. No tiene el marido la administración ni el usufructo de los bienes que la mujer administraba separadamente ni de los que adquiriera ella á cualquier título después del divorcio.

360. La pérdida de los gananciales es consecuencia necesaria del adulterio de la mujer. Cuando ésta comete tan enorme delito, desconoce absolutamente todos los deberes que el matrimonio le impone y, por lo mismo, no puede gozar de ninguno de sus derechos.

Casi siempre los gananciales provienen de la administración del marido. Nada fuera, pues, más absurdo que la mujer sea dueño de los gananciales para continuar su vida depravada, y para proveer con ellos á la subsistencia de la familia proveniente de tan infame comercio.

361. II. La sentencia que ha pronunciado el divorcio por el adulterio de la mujer no ordena, pues, que se entreguen á la mujer sus bienes, ni que se proceda á la partición de los gananciales. La sociedad conyugal queda disuelta; pero sólo en el sentido de que la mujer no puede participar en lo sucesivo de los beneficios que se obtengan de la administración del marido, y no se procede á la formación de inventario sino para saberse á punto fijo cuáles son los bienes propios de la mujer.

El marido conserva la administración de los bienes propios de la mujer, ya como una pena que á ella se le impone, ya porque si la mujer recuperase la administración de sus bienes propios, ello sería un aliciente para que la mujer corrompida cometa un adulterio que le permitiese disponer libremente de sus bienes, ya porque el adulterio mismo manifiesta que la mujer es indigna de disponer de los bienes que en lo sucesivo deben destinarse á la familia.

362. III. La restricción á la regla segunda, comprendida en la tercera, no parece compatible con el objeto que la ley se propone. Aunque la mujer se hubiere reservado en las capitulaciones matrimoniales la libre disposición de una parte de sus bienes, porque conceptuaba que la administración del marido no sería acertada, ó aunque terceros le hubieren donado ó asignado bienes con la condición de que el marido no los administre; no se deduce de ahí que la mujer adúltera pueda continuar disponiendo de sus bienes. La ley hubiera podido ordenar que los administre un curador; que con los frutos se provea á la congrua subsistencia de la mujer, y que así los bienes como el sobrante de los frutos se entreguen á la mujer cuando el matrimonio se disuelva.

Tampoco es razonable la excepción en cuanto á los bienes que la mujer adquiera posteriormente. Si la mujer adúltera aguarda una herencia cuantiosa, nada le importa la pérdida de los gananciales ni que el marido continúe administrando los bienes aportados por ella al matrimonio. Muy posible sería que la muerte de los padres de la mujer se efectúe después de la sentencia de divorcio, y el suceso meramente fortuito de que tal muerte sobrevenga antes ó después del divorcio, altera esencialmente los derechos de la mujer.

363. Procedióse conforme á los principios, no aceptándose el art. 311 del Código de Napoleón, según el cual el mismo juez civil impone á la mujer adúltera una pena de tres meses á dos años de prisión. El marido, como lo observa Don Andrés Bello (a), si trata de vindicar su honra, puede deducir ante el juez competente la acción criminal de adulterio (1).

(a). Véase la nota de Don Andrés Bello en el § IV del Tít. VI.

(1) “Según el art. 298, la mujer adúltera será condenada en la misma sentencia que declara el divorcio, y á petición del ministerio público, á una prisión de tres meses á dos años. El art. 308 encierra una disposición análoga sobre la separación personal. En esto hay excepción al principio que separa la jurisdicción civil de la jurisdicción criminal. Los tribunales civiles no imponen penas. ¿Por qué, pues, el Código de Napoleón prescribe que la mujer adúltera sea condenada á prisión por el tribunal

364. Previendo la ley, como era natural, que el marido de la mujer divorciada pudiera administrar fraudulenta ó erróneamente los bienes de la misma, da acerca de esto las siguientes reglas :

1°. En el caso de administración fraudulenta del marido, tendrá derecho la mujer para que se pongan los suyos á cargo de un curador de bienes; y

civil? Hay una razón histórica que explica esta anomalía. La legislación intermedia no castigaba el adulterio. Había un error que los autores del Código se apresuraron á reparar : comprendieron, en consecuencia, una disposición penal en el Código civil, y juzgando que la pena era un accesorio de la demanda de divorcio, confirieron al tribunal civil, que conocía en la causa principal, el derecho de imponer la pena á la mujer adúltera." (Laurent. III. 291.)

" El adulterio constituye no sólo un agravio de uno de los cónyuges al otro; pugna además con el buen orden de la sociedad, por cuanto turba el de la familia. De ahí que la ley penal lo castiga como delito; delito, empero, de un carácter especial, que interesa principalmente la honra del otro cónyuge, y que miramientos necesarios y poderosas consideraciones de decencia y moralidad públicas, no permiten igualar absolutamente á los otros delitos.

" ¿Acaso por la índole especial de ese delito debe explicarse la disposición del art. 308 del Código de Napoleón, que en pugna con las reglas generales de las dos jurisdicciones, confiere al tribunal civil el derecho de imponer una pena correccional?

" Á decir verdad puede alegarse que los jueces civiles ante quienes se litiga la separación de las personas tienen en el proceso todos los elementos para proceder con pleno conocimiento de causa. Pero esta razón, acaso plausible, no me parece suficiente para esa competencia porque, en otras muchas circunstancias un proceso civil puede manifestar hechos punibles, que no podrían, sin embargo, ser castigados en la sentencia. ¿No sería más bien una razón histórica el origen de nuestro artículo 308? Reprimido en lo antiguo el adulterio de la mujer, dejó de considerarse como crimen por la legislación intermedia (Ley de 25 de setiembre de 1791). Bajo el imperio de esa ley se ocupó el nuevo legislador en la separación de las personas, é impaciente tal vez de restablecer una pena contra el adulterio, la impuso de seguida en el Código de Napoleón. Pero es preciso reconocer que se ha conferido al tribunal civil una competencia del todo extraordinaria ". (Demolombe. IV. 381.)

2°. Tendrá el mismo derecho si peligraren por una administración imprudente ó descuidada; pero en este caso podrá el marido retenerlos prestando fianzas ó hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer.

365. I. Si el marido administra los bienes de la mujer fraudulentamente, no corresponde á la confianza que en él ha depositado la ley; y como tampoco pudiera administrar los la mujer, de todo punto necesario nombrar curador que los administre.

Impropia mente se emplea en este caso la denominación de *curador de bienes*, pues según el art. 343 son curadores de bienes " los que se dan á los bienes del ausente, á la herencia yacente, y á los derechos eventuales del que está por nacer ". Salta á la vista que la curaduría de que se trata no es de bienes, y que está comprendida en el caso previsto por el art. 344 : " Se llaman curadores adjuntos los que se dan en ciertos casos á las personas que están bajo potestad de padre ó marido, ó bajo tutela ó curaduría general, para que ejerzan una administración separada ".

El curador que en este caso se designa administra los bienes de la mujer, y entrega al marido los frutos; pues á él le pertenecen.

La curaduría continuará hasta que el matrimonio se disuelva; pues, probado el fraude del marido, éste será siempre indigno de administrar los bienes de la mujer.

366. II. Cuando los bienes peligran á causa de una administración errónea ó descuidada del marido, necesario también precaver la pérdida completa de ellos; la cual puede acarrear la ruina de la familia. En este caso no se trata de castigar el fraude del marido sino de asegurar los bienes de la mujer, y por eso se le aceptan fianzas ó hipotecas que aseguren los bienes suficientemente.

El marido pudiera exigir que se levanten las fianzas ó hipotecas, si prueba que posteriormente administra como buen padre de familia así sus bienes propios como los de la mujer.

En los dos casos previstos por el inciso 2°. del art. 171 podrá la mujer, si hubiere urgencia, pedir que el juez dicte providencias conservativas que, mientras se sustancie el juicio ordinario, impida los efectos del fraude ó de la administración errónea ó descuidada.

Art. 172. El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad (*).

REFERENCIAS.

Podrá revocar las donaciones. 1428-1432. 1137. 1138.

Siempre que éste haya dado causa al divorcio, por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad. 168.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 196. Se podrán revocar por los respectivos donantes las donaciones hechas al cónyuge que, por adulterio, azechanzas a la vida del otro cónyuge, sevicia atroz, u otro delito grave, hubiere dado motivo al divorcio; con tal que consten dichas donaciones por instrumento público, en el cual se exprese que han sido hechas por causa de matrimonio.

No será necesaria esta expresion en las escrituras de donaciones que el cónyuge inocente haya hecho al culpable (a).

C. E. 167.

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.

(*) Locré. V. 310. 32.—Merlin. Séparation de corps. § IV. n. V.—Toullier. I. 741-745. 781. 782.—Laurent. III. 354. 355.—Demolombe. IV. 517. 521-530.—Zachariae § (A. R.). V 491.

(a) El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad; con tal que consten dichas donaciones por las capitulaciones matrimoniales ó por otro instrumento público.

P. de G. 86. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiese dado ó prometido por su consorte, ó por cualquiera otra persona en consideracion al mismo: el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

COMENTARIO.

367. Los actos que en este artículo se determinan envuelven ingratitud; la cual autoriza generalmente para revocar las donaciones.

Promulgada en Chile la ley de matrimonio civil, las palabras ú otro crimen de igual gravedad pueden ser aplicadas á los números 3º. y 4º. del art. 21. Los malos tratamientos graves y repetidos, de obra ó de palabra, se equiparan á la sevicia atroz, y también darían derecho á revocar las donaciones que el cónyuge inocente hubiere hecho al culpado.

Pero los jueces no pueden tener en muchos casos una regla fija, mientras no se reforme el parágrafo IV que comentamos, poniéndolo en armonía, ya con la ley de matrimonio civil, ya con las reglas generales sobre los derechos y obligaciones entre los cónyuges, ya con las especiales á la separación de bienes.

Art. 173. La mujer divorciada administra, con independencia del marido, los bienes que ha sacado del poder de éste, ó que despues del divorcio ha adquirido.

REFERENCIAS.

Administra. 159. 141. 149. 2132. 170.

Los bienes que ha sacado del poder de éste. 170.

El artículo. 71. 159.

(^o). Pothier. Contrat de Mariage. 523.—Toullier. I. 771.—Vazeille. II. 587.—Demante. I. 382 bis IV-V.—Demolombe. IV. 119.—Zachariae (A. R.). V. § 494.—Huc. II. 472-479.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 197. La mujer divorciada administra los bienes que ha sacado del poder del marido o que despues del divorcio ha adquirido, con entera independencia del marido.

C. E. 168.

C. Arg. 210. La mujer podrá éjercer todos los actos de la vida civil, esceptuando el estar en juicio como actora ó demandada sin licencia del marido ó del juez del domicilio.

COMENTARIO

368. Tan obscura es la redacción de este artículo, que nos parece un enigma indescifrable.

Recordemos que en el Título VI § 1, se dan las reglas generales sobre las obligaciones y derechos de los cónyuges, y que según el art. 149 las reglas generales puntualizadas en el § 1 tienen las excepciones concernientes á la profesión ú oficio de la mujer, á la separación de bienes y al divorcio. Nadie ignora que las excepciones son de derecho estricto, y que no comprenden sino los casos enumerados por el legislador taxativamente. Hemos visto ya que entre las reglas generales se cuentan las siguientes :

1°. Sin autorización escrita del marido, la mujer no puede comparecer en juicio; y

2°. La mujer no puede, sin autorización del marido, ejecutar ningún acto jurídico.

Tratándose de la separación de bienes, que lleva consigo la disolución de la sociedad conyugal, se determinan los efectos que ella surte en cuanto á la capacidad de la mujer; y los principales son los enumerados en el art. 158 :

1°. La mujer no necesita autorización del marido para los actos y contratos concernientes á la administración de sus bienes :

2°. Tampoco necesita la autorización del marido para enajenar sus bienes muebles; y

3°. La mujer separada de bienes no puede comparecer en juicio sin autorización del marido.

Este último caso ni era necesario expresar, pues del silencio del legislador se hubiera deducido que subsistía la regla general.

Ahora bien, en cuanto al divorcio, él surte necesariamente la disolución de la sociedad conyugal y la separación de bienes; pues se entregan á la mujer así los suyos aportados al matrimonio como los gananciales; exceptuándose sólo los casos enumerados en el art. 171.

Previas estas observaciones, ¿ cómo debemos entender el art. 173, según el cual « La mujer divorciada administra, con independencia del marido, los bienes que ha sacado del poder de éste, ó que después del divorcio ha adquirido »? ¿ Qué significan las palabras administrar con independencia del marido? ¿ Son acaso según la intención del legislador sinónimas de libre administración?

El mismo Código civil nos dice, en cuanto á la interpretación, que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras.

Las palabras *administrar con independencia del marido*, empleadas en su sentido natural y obvio, no significan sino que para ninguno de los actos de administración tiene de acudir la mujer al marido para que la autorice. Mas no significan que la mujer puede disponer libremente de sus bienes así muebles como raíces.

Como la mujer divorciada tiene domicilio diverso del domicilio del marido y como no está obligada á obedecerle; síguese que su capacidad no puede nunca ser inferior á la de la mujer que ha obtenido sentencia de separación de bienes.

De lo cual deducimos que según el art. 173 la mujer divorciada tiene las mismas facultades administrativas que la mujer separada de bienes; que para enajenar ó hipotecar los bienes raíces necesita autorización judicial, así como la necesita para comparecer en juicio.

Pero acaso no pase ello de meras conjeturas; pues, lo repetimos, el § IV, que comentamos, es uno de los que exigen necesariamente pronta revisión.

Al estudiar el art. 159, observamos que el art. 1449 del Código de Napoleón dice claramente que la mujer separada, ya personalmente, ya sólo de bienes, recupera

su libre administración. Esta clarísima regla iguala la capacidad de la mujer separada de bienes á la de la mujer que ha obtenido el divorcio *quoad thorum*. Sin embargo, se presentaron graves dificultades concernientes á la capacidad de la mujer y á la autorización del marido, bien á causa de que la separación personal acarrea necesariamente grave enemistad entre los cónyuges, bien porque pueden vivir ellos á muy considerable distancia. De ahí que el año 1893 se expidió la ley reformatoria de la separación personal, y al art. 311 se añadieron estas palabras: « La separación personal surte el efecto de restituir á la mujer el pleno ejercicio de su capacidad civil, sin que le sea necesaria la autorización del marido ó de la justicia ».

Estas modificaciones al Código de Napoleón en cuanto á la capacidad de la mujer separada personalmente del marido, nos parecen muy conformes á la esencia misma del divorcio cual lo establece el Código chileno. Son tan graves las causas que lo motivan, que es muy rara la reconciliación de los cónyuges, y por lo mismo es menester dictar providencias definitivas que hagan soportable la vida de la mujer. Si bien es cierto que ésta ha manifestado casi siempre perversidad cuando contra ella se obtiene el divorcio, también lo es que la sanción civil en ese caso es onerosísima, y que ella no debe influir en que se la condene perpetuamente á la incapacidad de contratar.

Y si en Francia se ha juzgado necesario reformar en esta materia el Código de Napoleón, más necesaria todavía la reforma en Chile y en el Ecuador, donde las disposiciones se dictaron cuando el divorcio se sujetaba en todas sus partes á las reglas puntualizadas en el Derecho canónico.

Art. 174. El marido que ha dado causa al divorcio conserva la obligacion de contribuir a la congrua y decente sustentacion de su mujer divorciada: el juez reglará la cantidad y forma de la contribucion, atendidas las circunstancias de ambos.

(*) Dalloz. Mariage. 640.—Vazeille. II. 588.—Toullier. II. 746. 780.—Demolombe. IV. 601.—Zachariac. (A. R.). V. § 494.

REFERENCIAS.

Obligación. 1437.

El artículo. 321-324. 329.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 198.

C. E. 169.

C. Arg. 216. El marido que hubiere dado causa al divorcio debe contribuir á la subsistencia de la mujer. El juez determinará la cantidad y forma, atendidas las circunstancias de ambos.

COMENTARIO

369. Cuando el marido ha dado causa al divorcio, se observan, en cuanto á los alimentos de la mujer, las siguientes reglas :

1°. Debe él contribuir á la congrua y decente sustentación de la mujer divorciada; y

2°. El juez regla la cantidad y la forma de la contribución, atendidas las circunstancias de ambos.

370. I. La ley impone al marido la obligación de *contribuir*, porque los alimentos, siempre supletorios, no se proveen sino en cuanto el alimentario carece de medios de subsistencia.

La ley habla en este caso de congrua y *decente* sustentación, y es la única vez que emplea la palabra *decente* hablándose de los alimentos. El art. 323 expresa que son congruos los alimentos cuando « habilitan al alimentario para subsistir *modestamente* de un modo correspondiente á su posición social ». Modestamente significa con templanza, con parsimonia, aunque sin pobreza. Decente significa más que congruo; lo decente se acerca á lo superfluo, pues el que vive con decencia tiene todo cuanto puede necesitar atendiendo á su posición social.

La crítica muy severa podría notar en la redacción de la primera parte del artículo que si la decente sustentación comprende la sustentación congrua, esta última palabra es un mero ripio.

371. II. Al juez es á quien corresponde reglar la contri-

bución, atentas las circunstancias de ambos cónyuges.

Aunque los cónyuges hubiesen convenido, después del divorcio, en que el marido suministrará á la mujer una cantidad cierta para los alimentos, tal pacto no fuera obligatorio, ya porque los alimentos no son susceptibles de transacción, ya porque varían según las circunstancias. Es un principio inconcuso, en materia de alimentos, que las sentencias sobre éstos no pasan en autoridad de cosa juzgada sino en cuanto declaran las obligaciones entre el alimentante y el alimentario; y que la suma de dinero que se suministra depende de las circunstancias de ambos, las cuales pueden variar á lo infinito á consecuencia de mil y mil sucesos.

Art. 175. Aunque la mujer haya dado causa al divorcio, tendrá derecho a que su marido la provea de lo que necesite para su modesta sustentacion, y el juez reglará la contribucion como en el caso del articulo anterior, tomando en especial consideracion la cuantia de bienes de la mujer que administre el marido, y la conducta que haya observado la mujer antes y despues del divorcio.

REFERENCIAS.

El articulo. 171. 322. 324.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 199.

C. E. 170.

C. Arg. 217. Cualquiera de los esposos que hubiere dado causa al divorcio, tendrá derecho á que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad, y no tuviere recursos propios.

P. de G. 88. Cuando sea la mujer la culpable del divorcio, por cualquiera causa, conservará el marido la administracion de los bienes de la masa social, y dará alimentos á su mujer.

(*) Dalloz. Mariage. 640.

COMENTARIO.

372. Determinadas las reglas sobre los alimentos de la mujer que no ha dado causa al divorcio, danse las concernientes á los alimentos de la mujer que á él ha dado causa :

1°. La mujer tiene derecho á que el marido la provea de lo que necesita para su modesta sustentación; y

2°. El juez regla la contribución atendiendo, bien á las circunstancias de ambos cónyuges, bien á la conducta que la mujer hubiere observado antes y después del divorcio.

373. I. La regla primera es consecuencia necesaria de las relaciones que el matrimonio establece entre los cónyuges. Si el vínculo del matrimonio subsiste, los cónyuges deben cumplir las obligaciones esenciales que de él emanan, en cuanto no sean incompatibles con la separación prescrita en la sentencia.

374. II. La regla segunda nos parece algún tanto discordante de la primera. Si la mujer no tiene derecho sino á una modesta subsistencia, ¿por qué debe atender el juez á la cuantía de los bienes de ella y á su conducta para que el marido le suministre la modesta sustentación?

Cuando la mujer no ha tenido bienes propios, y el marido es rico, ¿podrá éste denegarse á suministrar la modesta sustentación? ¿Podría reducirse la pensión que se suministre á la mujer á los alimentos necesarios? No lo dice la ley. Entre estos alimentos y la modesta sustentación hay enorme diferencia.

Cuando los bienes de la mujer son cuantiosos, no sería admisible la excepción de que el marido carece de lo suficiente para suministrarle la modesta sustentación. En ese caso la cuantía de los bienes de la mujer influye, no en los alimentos mismos, pues la mujer no puede exigir nunca sino la modesta sustentación, sino en la obligación del marido, que no podrá exonerarse de ésta alegando que tiene otros gastos preferentes.

Pero es evidentísimo de toda evidencia que la redacción del artículo carece de perspicuidad, y que origina, por lo mismo, dudas y cavilaciones.

Art. 176. El marido que se encuentra en indigencia tiene derecho a ser socorrido por la mujer, en lo que necesite para su modesta sustentación, aunque él sea el que ha dado motivo al divorcio; al reglar la contribución, tomará en cuenta la conducta del marido. (*)

REFERENCIAS.

El artículo. 321-324.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 198.

C. E. 171. El marido que se encuentra en indigencia tiene derecho á ser socorrido por la mujer, en lo que necesite para su modesta sustentación, aunque él sea quien haya dado motivo al divorcio; pero, en este caso, el juez, al reglar la contribución, tomará en cuenta la conducta del marido.

C. Arg. 217. (Véanse las *Concordancias* del artículo 175).

COMENTARIO

375. Determinados los derechos de la mujer alimentaria, prevé la ley el caso de que el marido sea quien necesite alimentos, y entonces prescribe :

1°. El marido que se encuentra en indigencia tiene derecho á ser socorrido por la mujer en lo que necesite para su modesta sustentación, aunque él sea quien ha dado motivo al divorcio; y

2°. Si el marido ha dado causa al divorcio, el juez, al reglar la contribución, toma en cuenta la conducta del marido.

376. I. Muy natural que el marido indigente pueda exigir que la mujer le suministre lo necesario para su modesta sustentación, esto es, los alimentos congruos. La obligación de alimentar es recíproca; y si el marido, aunque la mujer hubiere dado causa al divorcio, debe suministrarle

(*) Toullier. II. 746. 780.—Demolombe. IV. 501.—Zachariae (A. R.) V § 494.

alimentos; cuando el marido es indigente tiene opción á los socorros de la mujer.

377. II. La regla segunda es obscura. Si el marido es indigente, y si tiene derecho á la modesta sustentación, ¿en qué consistiría lo de atender á la conducta para suministrarle alimentos?. La modesta sustentación no es susceptible ni de más ni de menos, pues consiste en lo necesario según la posición social de cada individuo. Á nuestro ver la regla segunda es de todo punto ininteligible, tomándose la redacción cual está, y el juez que se propusiese aplicar la ley se vería en graves dificultades si concurriesen las circunstancias previstas por el legislador, esto es, que el marido hubiere dado causa al divorcio, y que su conducta sea pésima antes y después de la sentencia. ¿Qué alimentos suministraría el juez al marido, si la mujer puede proveerle de los congruos?. Debiera acudir el juez á las reglas de interpretación, y entre ellas tendría la del art. 22: El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Ahora bien, la correspondencia y armonía entre el artículo que comentamos y los que determinan los alimentos que mutuamente se deben los cónyuges, exigen que en todo caso se suministren al marido alimentos congruos.

Art. 177. Si la criminalidad del cónyuge contra quien se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que lo solicitó, podrá el juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes, sea concediendo a la mujer la restitucion de una parte o el todo de sus bienes, no obstante lo dispuesto en el art. 171; sea denegando las acciones revocatorias concedidas por el art. 172; sea modificando el valor de las contribuciones ordenadas por los artículos 174, 175 y 176; sea adoptando la regla del artículo 170, sin excepcion alguna. (*)

(*) Laurent. II. 214.—Zachariae (M. V.). I. § 140.—Zachariae (A. R.). I § 492.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 201. Si la criminalidad del cónyuge contra quien se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que lo solicitó y obtuvo, podrá el juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes, sea concediendo a la mujer la restitución de una parte o el todo de sus bienes, no obstante lo dispuesto en el artículo 195; sea denegando las acciones revocatorias concedidas por el artículo 196, y especialmente las concedidas al cónyuge que ha solicitado el divorcio; sea modificando el valor de las contribuciones ordenadas por los artículos 198, 199 i 200; sea adoptando la regla del artículo 194 sin excepcion alguna (a).

C. E. 172. Si la criminalidad del cónyuge contra quien se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que solicitó dicho divorcio, podrá el juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes, sea concediendo á la mujer la restitución de una parte ó el todo de sus bienes, no obstante lo dispuesto en el artículo 166; sea denegando las acciones revocatorias concedidas por el artículo 167; sea modificando el valor de las contribuciones ordenadas por los artículos 169, 170 y 171; sea adoptando la regla del artículo 165, sin excepción alguna.

COMENTARIO

378. Como el divorcio proviene casi siempre de faltas muy graves que uno de los cónyuges hubiere cometido

(a) Si la criminalidad del cónyuge contra quien se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que lo solicitó, podrá el juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes, sea concediendo a la mujer la restitucion de una parte o el todo de sus bienes, no obstante lo dispuesto en el art. 193; sea denegando las acciones revocatorias concedidas por el artículo 194; sea modificando el valor de las contribuciones ordenadas por los artículos 196, 197 i 198; sea adoptando la regla del artículo 192, sin excepcion alguna. (Art. 199 del Proyecto Inédito)

contra el otro, necesario era prever el caso, no raro por desgracia, de que ambos cónyuges hubieren procedido mal. Entonces, aunque se pronuncia la sentencia de divorcio, los efectos de éste dependen de las circunstancias que, según la ley, debe apreciar el juez discrecionalmente.

La regla esencial consiste en que si el pésimo proceder del cónyuge contra quien se obtuvo la sentencia de divorcio, hubiere sido atenuado por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que solicitó el divorcio, puede el juez :

1°. Conceder á la mujer la restitución de una parte ó el todo de sus bienes, aunque el divorcio provenga de mala conducta de la mujer :

2°. Denegar la revocación de las donaciones que hubiere hecho al otro el cónyuge contra quien se obtuvo el divorcio :

3°. Modificar las sumas de dinero que según los arts. 174, 175 y 176 deben darse, en los respectivos casos, bien á la mujer, bien al marido; y

4° Aplicar en todas sus partes el artículo 170, esto es, declarar que la mujer tiene derecho para recibir todos sus bienes propios y los gananciales, procediéndose conforme á lo prescrito sobre la disolución de la sociedad conyugal.

379. Como lo observa con tanta exactitud Dn Andrés Bello (1) al exponer las razones en que se funda este artículo, la equidad y aun la más estricta justicia no podían permitir que se prescindiese de la conducta de cada uno de los cónyuges; y si no podía prescindirse, era necesario que el juez apreciara las circunstancias discrecionalmente, porque era de todo punto imposible dar reglas fijas.

(1) Observacion del señor Ocampo :

“ ¿Será justo otorgar la atenuacion de que habla el artículo 199 cuando el divorcio ha sido ocasionado por las causas que expresa el artículo 194? ”

Contestacion de don Andres Bello :

“ ¿No podrá ser atenuada la criminalidad del adulterio por causa alguna? El que ha introducido concubinas en su propia casa a vista de su mujer, el que en este comercio depravado ha contraído enfermedades vergonzosas con que ha contagiado a su mujer (es caso que se ha juzgado en Inglaterra i se ha avaluado el daño causado por el marido en una peseta) ¿tendrá el derecho de revocar la donacion que ha hecho a su mujer? Es materia su-

La mujer, por ejemplo, atentó contra la vida del marido; pero del proceso resulta que el marido era reo de sevicia, pues con frecuencia injuriaba de palabra á la mujer y aun la maltrataba de obra. ¿No se tomaría en consideración esta circunstancia para que la mujer tuviese derecho á la sustentación decente puntualizada en el artículo 174? De la misma manera, si el marido ha dado causa al divorcio por sevicia atroz; pero se prueba que ella provino de mala conducta de la mujer, también el marido tendría derecho á la decente sustentación.

Art. 178. Si se reconciliaren los divorciados, se restituirán las cosas, por lo tocante a la sociedad conyugal i la administracion de los bienes, al estado en que ántes del divorcio se hallaban, como si no hubiese existido el divorcio.

Esta restitucion deberá ser decretada por el juez a peticion de ambos cónyuges, i producirá los mismos efectos que el restablecimiento de la administracion del marido en el caso del artículo 165.

REFERENCIAS.

Sociedad conyugal. 135. 1718.
Administración de bienes. 1749.
El inciso 2º. 137. 173.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 202. Si se reconciliaren los divorciados, se res-

jeta a la apreciacion del juez. No hai crimen, por grave que sea, que no admita circunstancias atenuantes.

¿Seria justo tratar con igual severidad a la mujer adúltera de un hombre honrado, que ha cumplido todas las obligaciones de su estado, i la ha tratado con bondad i liberalidad, i a la mujer de un hombre disipado, adicto a la embriaguez i al juego, que, sin llegar al extremo de sevicia atroz, la trata mal de obra o de palabra, huye de su sociedad i le escasea lo necesario? (Anotación al art. 199 del Proyecto Inédito).

(*) Pothier. De la communauté. 524.—Du contrat de mariage. 524.—Toullier. II. 783.—Demolombe. IV. 531-548.—Zachariae (M. V.). I § 157.—Zachariae. (A. R.). V § 495.

tituirán las cosas, por lo tocante a la sociedad conyugal i la administración de bienes, al estado en que antes del divorcio se hallaban, como si no hubiese existido el divorcio.

Esta restitución deberá ser decretada por el juez á petición de ambos cónyuges.

203. Decretada la restitución, valdrán todos los actos que la mujer hubiere ejecutado lejitimamente durante el divorcio, como si los hubiese autorizado la justicia.

C. E. 173.....

Esta restitución deberá ser dispuesta por el juez á petición de ambos cónyuges, y surtirá los mismos efectos que el restablecimiento de la administración del marido en el caso del artículo 160.

C. de N. 1451. (Véanse las *Concordancias* del artículo 164).

C. Arg. 218. Si se reconciasen marido y mujer, se restituirá todo al estado que tenía antes del día del divorcio ó de la demanda. La ley presume la reconciliación, cuando el marido cohabita con la mujer después de haber dejado la habitación común.

P.de G. 80. La reconciliacion pone término al juicio de divorcio, y deja sin efecto ulterior la ejecutoria dictada en él; pero los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del tribunal que entiende ó haya entendido de la causa.

Art. 1361. (Véanse las *Concordancias* del artículo 165).

COMENTARIO

380. La ley prevé, por último, el caso en que los divorciados se reconcilien. " Se restituirán las cosas, dice ", por lo tocante á la sociedad conyugal y á la administración de bienes, al estado en que antes del divorcio se hallaban, como si no hubiese habido divorcio ".

Como subsiste el matrimonio, los cónyuges son libres para volver á unirse.

381. Necesario, empero, determinar una fecha auténtica desde la cual el marido de nuevo fuese el administrador de los bienes de la mujer y de los sociales. Por eso el mismo artículo 178 añade : " Esta restitución deberá ser decretada por el juez á petición de ambos cónyuges, y producirá los mismos efectos que el restablecimiento de la administración del marido en el caso del artículo 165 ".

Nos referimos, pues, en todas sus partes á los comentarios de los artículos 164 y 165.

382. Cuando el divorcio proviene de ciertas causas, el derecho y la moral prohíben que los cónyuges se reconcilien; juzgamos, pues, muy acertado el artículo 28, inciso 2º, de la Ley sobre matrimonio civil :

“ Se exceptúa de lo dispuesto en el inciso anterior el caso de divorcio sentenciado por las causales cuarta y décima tercera del artículo 21. Estas causales, son como ya lo hemos visto, (a) la tentativa del marido para prostituir á la mujer, y la tentativa para corromper á los hijos, ó complicidad en su corrupción.

En el primer caso, aunque la mujer sea tan infame que quiera unirse otra vez á tal hombre, la ley no se lo permite : es indigno de ser el jefe de una familia honrada.

En el otro caso, tampoco puede tolerarse la reconciliación de los cónyuges, pues uno de ellos tiene lepra moral, que contagiaría á la familia.

(a) En las *Concordancias* al Título del divorcio.

ÍNDICE

TÍTULO III

DE LOS ESPONSALES

	PÁGINAS.
Art. 98	1
Art. 99.	
1. Definición de los esponsales.	4
2. Los esponsales según el Derecho romano.	4
3. " " según el Derecho canónico	6
4. " " según los Códigos españoles	8
5. Reglas que da el Código chileno sobre los esponsales.	9
6. Aun antes de promulgarse el Código chileno, la auto- ridad eclesiástica no podía, en virtud de los espon- sales, compeler á la celebración del matrimonio. .	9
7. De los esponsales no nace ninguna acción civil . . .	10
8. Los esponsales celebrados en nación extranjera no surten ningún efecto en Chile ni en el Ecuador. .	11
9. Los esponsales según el Código de Napoleón.	12
10. El Código chileno declara que si se hubiere pagado la multa estipulada en los esponsales, no podrá exigirse la devolución. — Crítica.	18
11. También declara que es exigible la restitución de las cosas donadas ó entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha contraído	19
12. Crítica del art. 101	19

TÍTULO IV

I.

Del Matrimonio.

Art. 102	24
--------------------	----

	PÁGINAS.
13. Importancia del matrimonio	24
14. El matrimonio según el Derecho romano.	26
15. " " según el Código chileno	31

II.

DEL DIVORCIO.

16. El Derecho canónico dió á la palabra divorcio dos acepciones	34
17. El Divorcio según Moisés.	35
18. " " según los Evangelios.	35
19. " " según el Derecho romano	36
20. " " según la Iglesia católica	38
21. " " según el Código de Napoleón	39
22. " " en Austria	43
23. " " en el Imperio Alemán	44
24. " " en Inglaterra.	44
25. El divorcio se ha difundido en Europa	45
26. " " en los Estados Unidos.	45
27 y 28. Razones que justifican el divorcio.	46
29. El divorcio según el Derecho Internacional privado .	50
30. El divorcio en Chile.	50
31. " " en Europa.	52
Art. 103.	58
32. Sistema de Dn Andrés Bello sobre el matrimonio. .	60
33. El matrimonio, como institución social, depende exclusivamente de la autoridad civil	60
34. Requisitos para la validez del matrimonio	62

§ I.

De la capacidad

35. La capacidad es la regla general.	63
36. Personas absolutamente incapaces	63

I.

De los Impúberes

37. El Derecho romano estableció que podían casarse las personas que habían llegado á la pubertad.	64
--	----

	PÁGINAS.
38. El Derecho canónico acepta el principio de las leyes romanas.	65
39. Crítica de este principio.	65
40. Lo acepta la ley chilena sobre matrimonio civil . . .	67

II.

De los Dementes

41. Los dementes son inhábiles para casarse.	67
42. Según el Derecho canónico los dementes pueden ca- sarse en un intervalo lúcido.	68
43. Pugna entre la ley canónica y la ley civil	68
44. Discusión sobre los dementes en el Consejo de Estado.	69
45. Sistema del Código de Napoleón.	70

III.

Sordos mudos.

46. El Derecho canónico declara que los sordos mudos pueden casarse, si manifiestan inequívocamente el consentimiento	70
47. Sistema del Código de Napoleón	71

IV.

Impotentes.

48. La moral prohíbe que se acepte la impotencia como impedimento dirimente.	73
---	----

V

Personas que actualmente se hallan casadas.

49. La poligamia es incompatible con la moral y la civi- lización	75
--	----

VI.

Personas que han hecho voto solemne de castidad.

50. Según el Derecho canónico el voto solemne de casti- dad es impedimento dirimente.	78
--	----

VII.

Clérigos de órdenes mayores.

	PÁGINAS.
51. Disciplina primitiva de la Iglesia.	79
52. La Iglesia oriental no establece el celibato de los clérigos	81
53. La Iglesia occidental estableció desde antiguo el celibato de los clérigos de órdenes mayores.	82
54. Esa disciplina se relajó desde el siglo X	83
55. Desde el siglo XI hubo una reacción contra el matrimonio de los clérigos.	84
56. Gregorio VII reiteró la prohibición del matrimonio de los presbíteros, diáconos y subdiáconos.	84
57. En el siglo XII se estableció de una manera definitiva que las órdenes mayores eran impedimento dirimente	85
58. Cánones del Concilio de Trento.	86

§ II.

De la incapacidad relativa

59. Causas de la incapacidad relativa.	88
--	----

I.

Consanguinidad

60. En la edad media el Derecho canónico prohibió rigurosamente el matrimonio entre personas ligadas por el vínculo de la sangre.	88
61. La ley judaica influyó en ese sistema.	91
62. Prohibiciones según el Derecho romano	92
63. Causas de la prohibición según el Derecho canónico.	93
64. Influencia del Derecho romano en las leyes de la Iglesia.	93
65. En el siglo VI se prohibió el matrimonio hasta el sexto grado	94
66. Después se estableció la regla de que la prohibición debía extenderse tanto como el parentesco.	94
67. Cómo computa el parentesco el Derecho canónico	95
68. El Concilio de Letrán reformó el sistema.	97
69. Sistema del Concilio de Trento	97

	PÁGINAS.
70. Investigase si el Derecho canónico prohíbe el matrimonio sólo entre consanguíneos ilegítimos.	98
71. Crítica de la ley chilena sobre matrimonio civil	98

II.

Afinidad.

72. La iglesia extendió en extremo el impedimento de la afinidad	99
73. <i>Secundum et tertium genus affinitatis</i>	102
74. Afinidad proveniente del adulterio de uno de los cónyuges con un consanguíneo del otro.	103
75. Reformas efectuadas en el Concilio de Letrán.	104
76. Reformas del Concilio de Trento	105

III.

Parentesco espiritual.

77. La <i>cognatio spiritualis</i> se deriva del bautismo y la confirmación	105
78. Sistema del Concilio de Trento	108

IV.

Parentesco de pública honestidad.

79. Sistema del Derecho canónico antiguo	109
80. Reformas efectuadas por el Concilio de Trento. . . .	111

V.

Parentesco civil.

81. La <i>cognatio legalis</i> proviene de la adopción	113
--	-----

VI.

Crimen.

82. Dificultades sobre este impedimento.	114
83. Sistema del Derecho romano	116
84. Opinión de los antiguos canonistas	116
85. Doctrinas de la iglesia en el siglo XI.	117
86. Adulterio calificado.	118

VII.

Cultus disparis

PÁGINAS.

87. En los primeros tiempos de la Iglesia no hubo regla cierta sobre este impedimento	119
88. Las leyes del imperio romano prohibían el matrimonio entre judíos y cristianos.	121
89. En el siglo VII era nulo el matrimonio entre un infiel y un cristiano.	121
90. <i>Casus apostoli</i>	122
91. Si ambos cónyuges infieles se convierten al cristianismo, el matrimonio se perfecciona.	124
92. Doctrina de Benedicto XIV.	125
93. Doctrina moderna de la Iglesia sobre el matrimonio de los que se convierten al cristianismo.	126

§ IV.

Del consentimiento

94. El consentimiento es absolutamente necesario para el matrimonio.	129
95. Doctrina del derecho romano.	130
96. " del derecho canónico	130
97. Vicios que invalidan el consentimiento.	131
98. Debe distinguirse entre la falta de consentimiento y los vicios que lo invalidan.	131

I.

Error

99. El error sobre la persona excluye el consentimiento.	131
--	-----

II.

Fuerza

100. Qué caracteres debe tener la fuerza para que invalide el consentimiento	146
--	-----

III.

Rapto

101. Doctrina del derecho canónico sobre el rapto.	149
--	-----

§ IV.

Solemnidades

102. El Concilio Tridentino prescribió que el matrimonio se efectuase ante el párroco propio y dos testigos.	153
103. Prescribe también las moniciones; pero la falta de éstas no invalida el matrimonio	166
104. Determinase el párroco propio.	168

§ V.

Dispensas

105. En qué consisten las dispensas y cuándo puede dispensar la iglesia.	171
106. Matrimonio de los impúberes.	175
107. » de los impotentes.	175
108. » de los bigamos.	175
109. » de los que han hecho voto solemne de castidad.	176
110. Matrimonio de los clérigos de órdenes mayores. . . .	176
111. <i>Impedimentum consanguinitatis</i>	177
112. » <i>affinitatis</i>	178
113. <i>Cognatio spiritualis</i>	178
114. » <i>legalis</i>	179
115. <i>Impedimentum publicae honestatis</i>	179
116. » <i>cultus disparis</i>	179
117. Crimen.	179
118. <i>Clandestinitas</i>	179
119. En qué tiempo pueden obtenerse las dispensas	179
120. <i>Sanatio matrimonii in radice</i>	180
Art. 101.	183
121. Comentario	183
Art. 105.	181
122. Comentario.	185
Art. 106.	188
123. Comentario.	189
Art. 107.	192
124. Quién concede licencia al hijo legítimo menor	197
125. Según los principios debe solicitarse siempre el permiso de la madre.	197
126. A falta de padre, el voto de la madre es decisivo. . .	199

	PÁGINAS.
127. Cuando el hijo legítimo tiene abuelos naturales, no prestan éstos su consentimiento.	199
128. Crítica del artículo en cuanto al consentimiento de los ascendientes.	199
129. Según el Código chileno y la ley sobre matrimonio civil, la falta de permiso de los padres ú otros ascendientes no es sino impedimento impediende.	200
Art. 108.	205
130. Quién presta el consentimiento para el matrimonio de los hijos naturales	207
Art. 109.	209
131. Cuando faltan los padres ú otros ascendientes.	209
132. Cómo debe probarse la demencia de los ascendientes.	210
133. Cuando se dice que alguno de los ascendientes es fatuo.	211
134. Crítica del artículo sobre la prueba de no esperarse el próximo regreso del respectivo ascendiente.	211
Art. 110	212
135. Comentario.	
Art. 111	213
136. Comentario.	214
Art. 112	216
137. Reglas que este artículo encierra.	218
138. La regla primera se deduce de las que determinan el permiso para el matrimonio.	218
139. Crítica de la regla segunda.	218
140. Que el curador exprese la causa del disenso, es consecuencia lógica del sistema.	220
141. El Código ecuatoriano enumera estas causas entre las de menor cuantía.	220
Art. 113.	221
142. Determinanse las únicas causales en que el padre puede fundarse al denegar su consentimiento.	223
143. La primera es nugatoria	224
144. Lo mismo es aplicable á la segunda.	224
145. ¿ Por qué las causales enumeradas en el artículo son las únicas?	224
146. Crítica del artículo.	224
Art. 114.	226
147. La facultad de desheredar es ineficaz como sanción.	228
Art. 115.	230
148. Reglas que encierra este artículo	231
Art. 116	232
149. Comentario.	236
Art. 117 et 118.	238

	PÁGINAS
150. No podían sujetarse á unas mismas reglas el matrimonio de los católicos y el de los no católicos	240
151. El Estado debe establecer reglas uniformes para el matrimonio de los habitantes de una misma nación.	240
152. En Europa el matrimonio se ha secularizado.	240
153. Doctrina de Vélez Sarsfield.	243
154. Crítica de un decreto del Presidente Sr. Piérola.	241
155. Reglas que los arts. 117 y 118 encierran	245
156. Estas reglas no son conformes á la práctica de la mayor parte de los pueblos civilizados.	246
Art. 119	247
157. Reglas sobre el matrimonio celebrado en nación extranjera	250
158. Debe distinguirse entre las solemnidades concernientes á la forma y los requisitos intrínsecos.	250
159. Según el Código chileno la regla de que el matrimonio celebrado en nación extranjera se sujete, en cuanto á la forma, á las leyes de la misma nación era meramente facultativa.	253
160. Al celebrarse el matrimonio en nación extranjera no podía contravenirse á lo prescrito en el Concilio de Trento.	256
161. El artículo 15, inciso 2º, de la ley de matrimonio civil reforma el artículo 119 del Código-Crítica	260
162. Las leyes de Chile no son consecuentes, en cuanto á los extranjeros, con el sistema sobre matrimonio	263
163. En los Estados Unidos se acepta, en cuanto al matrimonio que ahí contraen los extranjeros, idénticos principios á los de la ley chilena.	261
164. Inglaterra se ha separado ya de esos principios.	265
Art. 120.	272
165. Este artículo es consecuencia de la intolerancia religiosa.	272
Art. 121.	281
166. Comentario	281
Art. 122.	282
167. Reglas que este artículo encierra.	287
168. Si bien el matrimonio nulo no surte efectos civiles, no puede prescindirse de él como un mero hecho.	288
169. Cuando el matrimonio no se celebra en la forma prescrita por la ley, no surte efectos civiles.	291
170. Buena fe y justa causa de error.	291
171. II. Cuando hay buena fe por parte de ambos cónyuges	

	PÁGINAS.
ges, el matrimonio putativo surte los mismos efectos civiles que el matrimonio válido.	298
172. Á quiénes atañen los efectos civiles del matrimonio.	300
173. La sentencia sobre nulidad del matrimonio surte los mismos efectos que la sentencia sobre su disolución.	301
174. Los hijos concebidos en matrimonio putativo son legítimos.	303
175. Efectos civiles del matrimonio putativo respecto de terceros.	303
176. Cuando hay buena fe sólo por parte de uno de los cónyuges, sólo en cuanto á él surte efectos civiles el matrimonio.	304
177. Cuando hay dos ó más matrimonios putativos, cómo se procede á la partición de los gananciales.	307
178. Cuando cesa la buena fe, cesan también los efectos civiles del matrimonio.	308
179. Las donaciones por causa de matrimonio hechas al cónyuge que se casó de buena fe, subsisten aún después de la nulidad.	311
Art. 123.	312
180. Cuándo se disuelve el matrimonio.	313

TITULO V.

DE LAS SEGUNDAS NUPCIAS

181. El segundo ó ulteriores matrimonios surten los mismos efectos civiles que el primero.	314
Art. 124.	314
182. Necesidad de formar inventario cuando el padre pasa á segundas nupcias.	315
183. Crítica del art. 120 del Código ecuatoriano.	315
Art. 125.	316
184. Las disposiciones de este artículo no bastan para asegurar los intereses del hijo.	316
Art. 126.	317
185. Este artículo está reemplazado por el artículo 8º de la ley de matrimonio civil.	318
Art. 127.	318

186. Este artículo contraviene á los principios.	PÁGINAS. 319
Art. 128.	320
187. El proyecto del Código de Napoleón prohibía también al viudo pasar á segundas nupcias antes de los diez meses.	322
188. Las leyes romanas no se proponían sino evitar la confusión de la prole.	323
189. Estas doctrinas han sido aceptadas por el Código chileno.	323
190. Según el Código ecuatoriano la viuda puede pasar á otras nupcias tan luego como el marido muere.	323
191. Si una viuda chilena pasa á segundas nupcias en nación extranjera, debe observar el art. 128.	324
Art. 129.	325
192. En vez de este artículo rige hoy el art. 8º de la ley de matrimonio civil.	325
Art. 130.	325
193. Si la viuda es guardadora de sus hijos legítimos, deja de serlo cuando pasa á otras nupcias.	326
194. Crítica del art. 124 del Código ecuatoriano.	326
Art. 131.	327
195. Este artículo encierra, en resumen, todos los derechos y obligaciones concernientes á las personas mismas de los cónyuges.	329

TÍTULO VI.

OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

§ I.

Reglas generales.

196. El marido protege á la mujer; la mujer obedecer al marido.	331
Art. 132.	332
197. Potestad marital según el Derecho romano.	333
198. Según el Derecho moderno.	333
Art. 133.	335
199. Reglas que este artículo encierra.	336

	PÁGINAS.
200. En virtud de la naturaleza misma del matrimonio los dos consortes deben vivir juntos.	336
201. Si el marido no se establece ni da á la mujer habitación correspondiente á las facultades de los dos cónyuges, la mujer no está obligada á seguirle. .	338
202. Cuando la mujer no cumple esta obligación, qué medios pudiera emplear el marido para compelerla. .	339
203. ¿Puede el juez emplear la fuerza pública para compeler á la mujer á trasladarse á la habitación del marido?.	341
204. Hallándose en pugna la obligación de habitar la mujer con el marido y la de la propia conservación, ésta es la que prevalece.	341
205. El marido debe recibir en su casa á la mujer. . .	345
Art. 134.	346
206. En el hogar doméstico debe el marido suministrar alimentos á la mujer y á la familia.	346
207. Si los cónyuges viven separados, la mujer puede exigir al marido alimentos congruos.	347
Art. 135.	348
208. Este artículo modifica escancelmente el sistema del Código de Napoleón en cuanto á la sociedad conyugal.	351
209. El Código chileno establece la sociedad conyugal por el ministerio de la ley.	351
210. Crítica de este sistema.	351
211. Al contraer matrimonio los esposos establecen la sociedad conyugal en virtud de capitulaciones matrimoniales presuntas.	355
212. El inciso 2° del artículo 135 se refiere sólo al matrimonio de los extranjeros.	357
213. Las capitulaciones matrimoniales que éstos celebran son eficaces é inalterables.	357
Art. 136.	361
214. La primera regla comprendida en este artículo es en extremo redundante.	363
215. No es necesaria la autorización del marido en causa criminal ó de policía en que se proceda contra la mujer.	365
216. Tampoco necesita la mujer autorización alguna para litigar con el marido.	366
217. El marido está siempre obligado á suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus litigios. .	366
Art. 137.	367

	PÁGINAS.
218. Crítica del artículo.	369
219. Casos en que la mujer se obliga sin autorización del marido.	370
220. Al estudiar los actos y contratos de la mujer casada, debe atenderse al derecho de la familia, al de los bienes y al de las obligaciones.	371
Art. 138.	372
221. Varias especies de autorización.	372
222. La autorización que precede al contrato debe ser escrita.	372
223. Cuando el marido no autoriza por escrito, debe intervenir él mismo expresa y directamente en el acto. .	374
224. Cuando el marido interviene en el acto confiere autorización expresa.	374
225. Referencia al art. 147.	375
Art. 139.	375
226. La mujer puede testar sin autorización del marido. .	376
227. Ni el Derecho romano ni el español encierran una regla análoga.	376
228. La mujer no puede, sin autorización del marido, poner ella misma en ejecución sus actos testamentarios.	377
229. Determinanse los actos testamentarios que pueden surtir efecto mientras viva el testador.	377
Art. 140.	378
230. Asunto de este artículo.	379
231. En derecho se toma la palabra autorización en dos sentidos.	379
232. Por qué le es necesaria á la mujer la autorización del marido.	380
233. Autorización general.	382
234. Compárase el sistema del Código de Napoleón con el del Código chileno en cuanto á la autorización general.	384
Art. 141.	386
235. El marido puede revocar libremente la autorización.	387
Art. 142.	387
236. El marido puede ratificar los actos ó contratos de la mujer.	388
237. La ratificación tiene dos sentidos.	388
238. En ambos sentidos puede ratificar el marido los actos ó contratos ejecutados ó celebrados por la mujer. .	389
239. Sistema del Código francés en cuanto á la ratificación. .	389

	PÁGINAS
240. Según el Código chileno la ratificación puede ser general ó especial.	390
241. La ratificación puede ser expresa ó tácita.	390
Art. 143.	391
242. Casos en que la autorización del marido puede ser suplida por la del juez.	394
243. También puede el juez autorizar á la mujer cuando el marido se halle en imposibilidad transitoria.	394
244. El juez no puede conceder á la mujer autorización general.	399
Art. 144.	400
245. El Código chileno comprende la prohibición de enajenar los bienes raíces de la mujer entre los derechos y obligaciones de los cónyuges.	400
Art. 145.	401
246. Cuando el impedimento del marido es de larga ó definitiva duración se suspende la potestad marital, y la ley confiere á la mujer la administración de los bienes sociales.	401
Art. 146.	402
247. Crítica.	405
Art. 147.	405
248. Este artículo determina algunos de los casos de autorización presunta.	406
249. Según el Código presúmese tal autorización en la compra de muebles al contado.	406
250. Pero no hay autorización presunta, sino mandato tácito.	407
251. Presúmese asimismo la autorización del marido en las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia.	409
252. Tampoco hay autorización presunta; la mujer procede como mandataria del marido.	409
253. Casos en que no se presume la autorización del marido.	409
254. Crítica de la última regla del artículo.	410
255. Cómo podría redactarse el artículo 147.	410
Art. 148.	411
256. La emancipación proveniente del matrimonio habilita al mayor de veintiún años para administrar sus bienes y los de la sociedad conyugal.	412
Art. 149.	413
257. Conviniera restringir la capacidad del marido mayor de veintiún años	414

	PÁGINAS.
258. Crítica del artículo.	413
259. Determinánse los casos en que las reglas concier- niente á las obligaciones y derechos entre los cón- yuges comportan excepciones.	414
260. Crítica del artículo.	414
Art. 150.	415

§ II.

Excepciones relativas á la profesión ú oficio de la mujer.

261. Reglas que este artículo encierra.	415
262. En el caso previsto por la regla primera hay autori- zación tácita.	416
263. La regla segunda versa sobre la manera de revocar la autorización tácita á la mujer.	416
264. En todo cuanto no se opone al art. 150 á las reglas generales puntualizadas en el párrafo primero, éstas determinan los derechos y deberes de los cónyuges.	416
265. Crítica del art. 145 del Código ecuatoriano.	417
Art. 151.	418
266. Cuando la mujer casada es mercadera, se siguen las reglas especiales que se determinan en el Código de comercio.	419
267. La mujer casada mayor de veintiún años puede ejer- cer el comercio previa autorización del marido otor- gada en escritura pública.	420
268. La mujer no puede ejercer el comercio públicamente, sino cuando procede á ciencia y paciencia del ma- rido.	421
269. Crítica del art. 12 del Código de comercio.	421
270. La mujer no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su ma- rido.	426
271. Revocada la autorización, el marido deberá registrar y publicar un extracto de la escritura revocatoria.	426
272. Si no se registra la escritura revocatoria, el marido será responsable de las obligaciones contraídas por la mujer.	427
273. Casos en que puede comerciar la mujer divorciada ú separada de bienes.	427
274. La mujer divorciada ú separada de bienes, puede	

	PÁGINAS.
comparecer en juicio en los litigios que atañen al comercio.	428
275. En todo cuanto no concierne al comercio, subsisten las reglas generales sobre la incapacidad de la mujer.	428

§ III.

Excepciones relativas á la simple separación de bienes.

Art. 152.	429
276. Crítica de la redacción.	430
277. La separación de bienes puede provenir de sentencia judicial y de un hecho del hombre.	430
278. La separación de bienes es total ó parcial.	430
279. La separación según el Derecho romano.	431
280. Sólo la mujer puede pedir separación de bienes. . .	431
281. Los acreedores de la mujer no pueden pedir separación de bienes.	433
282. El Código chileno omite expresar que los acreedores del marido pueden reclamar sobre la separación de bienes en fraude de sus derechos.	434
283. La separación de bienes no puede ser convencional. Art. 153.	437
284. Adolece de nulidad la estipulación de que la mujer no pedirá separación de bienes.	437
Art. 154.	437
285. Crítica de la redacción.	438
Art. 155.	439
286. Casos en que la mujer puede solicitar separación de bienes.	442
287. La insolvencia del marido origina la separación de bienes.	443
288. También la origina la administración fraudulenta. . .	446
289. La administración errónea ó descuidada.	446
290. No es conforme á los principios que el marido, cuya administración sea errónea ó descuidada, pueda oponerse á la separación prestando cauciones que aseguren los intereses de la mujer.	446
291. La hipoteca puede constituirse, no en bienes del marido, sino de terceros.	448
292. Las causales enumeradas en este artículo no son las únicas; pues los arts. 450, 463 y 1762 prevén otros	

	PÁGINAS.
casos en que la mujer puede pedir separación de bienes.	448
Art. 156.	449
293. Necesario dictar providencias conducentes a la seguridad de los intereses de la mujer.	450
294. Las facultades del juez pueden ser discrecionales. . .	450
295. Crítica del art. 151 del Código ecuatoriano.	450
Art. 157.	451
296. Casos en que la confesión del marido no constituye prueba.	451
297. Cuando la colusión no es probable, la confesión si constituye prueba plena.	452
298. No es exacto que no valga la confesión contra ley. Art. 158.	452
299. Sentenciada la separación de bienes, se entregan a la mujer los suyos.	455
300. Según los principios la separación de bienes se retrotrae a la fecha de la demanda.	455
301. El art. 158 favorece la colusión entre los cónyuges. .	456
302. Para evitarla es necesario que la separación sea nula, si no se ejecuta dentro de un breve plazo.	457
303. La sentencia sobre separación de bienes disuelve la sociedad conyugal.	457
Art. 159.	458
304. Necesario determinar las reglas concernientes a la capacidad de la mujer separada de bienes.	461
305. Crítica de la redacción del artículo.	461
306. El Código chileno distingue entre la administración y la libre administración.	461
307. La mujer separada de bienes puede enajenar los muebles que separadamente administra.	465
308. Distinguese entre la facultad de contratar y la de enajenar.	470
309. La enajenación puede ser a título oneroso ó a título lucrativo.	473
310. La mujer separada de bienes necesita autorización del marido para comparecer en juicio.	475
311. En todo cuanto no se opongan a las reglas especialísimas concernientes a la separación de bienes, subsisten las obligaciones entre los cónyuges. . .	475
Art. 160.	475
312. Las disposiciones de este artículo son consecuencia de las reglas generales sobre las obligaciones y derechos que nacen del matrimonio.	477

313. En virtud de la separación de bienes, cada cónyuge debe proveer á las necesidades de la familia común á proporción de sus facultades.	477
314. Si antes de la disolución de la sociedad conyugal el marido hubiere contraído deudas para la subsistencia de la familia, los acreedores no tendrán acción contra la mujer.	478
315. El marido procede á todos los gastos de la familia común, y puede exigir que la mujer le entregue la suma de dinero con que ella contribuye.	479
316. Si el marido malgasta el dinero destinado á la subsistencia de la familia, la mujer pudiera deducir contra él juicio de alimentos.	480
317. Si la mujer malgastase su patrimonio, el marido pudiera exigir que deposite ella el dinero necesario para la subsistencia de la familia.	481
318. Si el marido malversare el dinero destinado á los gastos de la familia, los acreedores no tendrán acción contra la mujer.	485
319. Reglas aplicables cuando los cónyuges viven separados.	486
Art. 161	487
320. El art. 161 determina los efectos de los contratos que legalmente celebra la mujer	489
321. Los acreedores de la mujer tienen acción contra los bienes de la misma.	489
322. Cuando el marido autoriza á la mujer para un acto ó contrato, ello no le impone ninguna responsabilidad pecuniara.	492
323. El marido se obliga cuando reporta beneficio de las obligaciones que la mujer hubiere contraído	493
Art. 162.	494
324. Comentario.	495
Art. 163.	496
325. Reglas que este artículo comprende.	496
Art. 164.	496
326. La separación de bienes puede terminar cuando proviene del mal estado de los negocios del marido. .	498
327. Cuando el marido fuere demente ó prodigo, ó se hubiere ausentado por largo tiempo, cesa la separación si el juez expide la respectiva sentencia.	500
328. Para el restablecimiento de la sociedad conyugal es necesario el mutuo acuerdo de los esposos.	501
329. El juez debe expedir sentencia, restableciendo la sociedad conyugal.	502

	PÁGINAS.
330. Si falta cualquiera de los requisitos ya enumerados, continúa legalmente la separación.	502
Art. 165.	503
331. El restablecimiento de la sociedad conyugal tiene efecto retroactivo	504
332. Antes de la sentencia los esposos no pueden alterar el régimen de la sociedad conyugal.	505
333. La retrotracción no perjudica á terceros	507
334. Los contratos ejecutados por la mujer valen como si los hubiere autorizado la justicia.	508
335. El marido debe exigir que se forme inventario solemne. Art. 166.	508 509
336. Este artículo fija las reglas concernientes á la separación de bienes que proviene de donación, herencia ó legado	511
337. El marido debe exigir que la herencia se acepte con beneficio de inventario	512
338. Reglas concernientes á las cosas donadas, heredadas ó legadas	512
339. La mujer responde con sus bienes de los resultados de los actos administrativos.	513
340. Los contratos autorizados por el marido se sujetan á las reglas generales.	513
341. Pertenecen exclusivamente á la mujer los frutos de los bienes que administra y todo lo que con ellos adquiriera.	513
Art. 167.	514
342. Reglas concernientes á la administración estipulada en las capitulaciones matrimoniales.	513

§ IV.

Excepciones relativas al divorcio.

343. El Derecho canónico da dos acepciones á la palabra divorcio.	523
344. En la primera acepción el divorcio extingue absolutamente los derechos y obligaciones entre los cónyuges	523
345. El divorcio <i>quoad thorum</i> se comprende por el Código chileno entre las meras excepciones á las reglas generales	523
346. Casos en que puede haber divorcio <i>quoad thorum</i>	523

317. La Iglesia declara que el adulterio de cualquiera de los cónyuges confiere al otro el derecho de expedir el divorcio.	521
318. Sevicia atroz y mera sevicia.	526
319. Enfermedad contagiosa	526
350. Herejía	526
351. Estas disposiciones no rigen en Chile en cuanto pugnan con la ley de matrimonio civil.	527
Art. 168.	527
352. La Iglesia regularizó el juicio de divorcio.	529
353. Según la ley de matrimonio civil, á los jueces legos les corresponde conocer en las causas de divorcio y de disolución de matrimonio.	530
Art. 169.	530
351. Comentario.	530
Art. 170	531
355. Según el artículo 170 los efectos civiles del divorcio, principian por el decreto del juez civil que lo reconoce.	532
356. Deficientes son las disposiciones del Código civil sobre los efectos civiles del divorcio	533
357. Reconocida por el juez civil la sentencia de divorcio, debía disolverse la sociedad conyugal.	534
358. Crítica de las palabras " se dispone de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte "	534
Art. 171.	536
359. Reglas especiales al caso en que el divorcio se pronuncia por el adulterio de la mujer.	537
360. La pérdida de los gananciales es consecuencia necesaria del adulterio de la mujer.	537
361. La sentencia sobre divorcio disuelve la sociedad conyugal, pero solo en cuanto la mujer no participa de los beneficios provenientes de la administración del marido.	537
362. La regla segunda no es compatible con el objeto que la ley se propone.	538
363. En la sentencia de divorcio no puede imponerse á la mujer pena de prisión.	538
364. Reglas especiales concernientes á la administración errónea ó fraudulenta del marido.	539
365. Si el marido administra fraudulentamente, de todo punto necesario confiar los bienes á un curador.	540
366. Cuando los bienes peligran por una administración	

	PAGINAS.
errónea ó descuidada, el marido puede constituir fianzas ó hipotecas para seguridad de la mujer.	540
Art. 172.	541
367. Los actos que en este artículo se determinan, envuelven ingratitude; la cual autoriza para revocar las donaciones.	542
Art. 173.	542
368. Critica del artículo.	543
Art. 174.	545
369. Reglas sobre los alimentos de la mujer cuando el marido ha dado causa al divorcio.	546
370. Qué se entiende por <i>decente</i> sustentación.	546
371. Al juez es á quien corresponde reglar la contribución, atentas las circunstancias de ambos cónyuges.	546
Art. 175.	547
372. Reglas sobre los alimentos de la mujer, cuando ella ha dado causa al divorcio.	548
373. La regla primera es consecuencia necesaria de las relaciones que el matrimonio establece entre los cónyuges	548
374. La regla segunda es algún tanto discordante de la primera.	548
Art. 176.	549
375. Reglas sobre alimentos del marido.	549
376. La regla primera también es consecuencia de la naturaleza del matrimonio	549
377. Critica de la regla segunda.	550
Art. 177.	550
378. Prevénse los casos en que ambos cónyuges hubieren procedido mal.	551
379. Doctrina de Don Andrés Bello.	552
Art. 178.	553
380. Reglas sobre el caso en que los divorciados se reconcilien.	554
381. Este artículo prevé el caso en que los divorciados se concilien	554
382. Era necesario determinar una fecha auténtica en que principiase la nueva administración del marido.	554
383. Casos en que los cónyuges no pueden reconciliarse.	554