EDMOND CHAMPEAU Y ANTONIO JOSE URIBE

TRATADO
DE
DERECHO CIVIL
COLOMBIANO
I

TRATADO

DE

DERECHO CIVIL

COLOMBIANO

TOMO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

OBRAS DE LOS MISMOS AUTORES

La Stipulation pour autrui et ses principales applications, par Edmond Champeau (obra recompensada por la Facultad de Paris). — París, Librería de L. Larose.

Estudio sobre las servidumbres según los Códigos Civil y de Minas de Colombia, y la Legislación general comparada, por Antonio José Uribe. — Bogotá, Librería de Comacho, Roldán y Tamayo.

Código de Minas colombiano, por Fernando Vélez y Antonio José Uribe. — Bogotá, Librería de Comacho, Roldán y Tamayo.

Registrado conforme á la ley de propiedad literaria.

IMPRIMERIE
CUNTANT-LAGUERRE
LVX VITAM
BAR LE-DUC

TRATADO

DE

DERECHO CIVIL

COLOMBIANO

POR

EDMOND CHAMPEAU

DOCTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE PARIS, ANTIGUO ABOGADO DE LA CORTE
DE APELACIONES DE PARIS,
RECTOR Y PROFESOR DE DERECHO CIVIL
Y DERECHO ROMANO
EN LA FACULTAD DE BOGOTÁ

ANTONIO JOSÉ URIBE

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA,
ABOGADO Y PROFESOR DE DERECHO CIVIL
Y DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y PRIVADO EN LA FACULTAD
DE BOGOTÁ

TOMO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL
22, Rue Soufflot, 22
L. LAROSE, Directeur de la Librairie
1899

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca
Sala de Patrimonio Documental

346.861
C451
1899
v.1

PRÓLOGO

Después de los cambios ocasionados por las diversas Constituciones políticas que han regido desde la Independencia hasta hoy, Colombia ha alcanzado el bien inapreciable de la unificación y de la estabilidad de su derecho civil.

Sobre el Código que rige desde 1887 no se ha publicado ningún estudio general, á pesar de la necesidad de una obra de esta clase, poco menos que indispensable para los que se dedican al foro ó á las delicadas funciones de la magistratura.

Con este Tratado de Derecho Civil colombiano nos hemos propuesto llenar tal vacío.

No se nos oculta lo difícil de la obra; pero creemos que lo que sería para uno solo tarea casi imposible, puede llevarse á feliz término merced al trabajo simultáneo, debidamente combinado, de los que la hemos emprendido.

Confiamos para ello en que, tanto en Colombia como en los demás países de la América española,

Donación Invalda Vélez 3. 2012

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

muy especialmente en Chile, el público que se interesa por esta clase de estudios nos prestará su necesario y valioso apoyo.

No debe temerse que el TRATADO quede inconcluso, como ha sucedido con otros análogos escritos en Chile. Habiendo comenzado la publicación cuando teníamos muy adelantados los trabajos sobre el Código en general, diariamente nos hemos ocupado después, y continuaremos ocupándonos, en preparar la obra, por el deber que tenemos de explicar, como profesores en la Facultad de Bogotá, el Derecho Civil colombiano.

Al propio tiempo que se ha ido imprimiendo el primer tomo, uno de nosotros ha seguido explicando los demás libros del Código, y este trabajo, que abraza ya la última parte del libro cuarto, nos servirá en parte de base para apresurar la publicación de los volúmenes que aun faltan para completar la obra.

***

Ante todo nos hemos propuesto *interpretar* el Código Civil que hoy rige, estudiándolo en la letra de sus textos, en las fuentes de donde han de tomarse y á la luz de las decisiones de la jurisprudencia.

Como se sabe, el Código Civil colombiano es, con ligeras modificaciones, el mismo de Chile, del cual escribió D. Andrés Bello tres proyectos, anotando en muchos casos las fuentes de donde tomaba cada artículo, é indicando á veces los motivos que tenía para

adoptarlo. Por tanto, á fin de apreciar el genuino significado de los textos legales, nos ha sido por todo extremo provechoso examinar las distintas formas en que cada uno se presentó antes de su adopción definitiva; considerar los motivos que se expusieron en su apoyo; estudiar las discusiones de que fué objeto en la Comisión Revisora de los Proyectos del Código; ocurrir á las fuentes que unas veces fueron el Derecho romano y las Partidas, otras los diversos Códigos europeos de principios de este siglo, y finalmente los comentadores clásicos de las antiguas leyes españolas ó del derecho francés.

Como no siempre los textos armonizan con los que se tuvieron á la vista para redactarlos, ó no los justifican los motivos en que su autor se apoyó para sostenerlos; como existen disposiciones contradictorias, y como las crecientes necesidades sociales exigen cambios en la legislación civil, y los progresos del derecho positivo en los pueblos cultos señalan nuevos rumbos, necesario nos ha sido criticar lo que juzgamos deficiente, oscuro ó, por cualquier motivo, inaceptable.

Las decisiones judiciales, que aplican la ley á casos particulares, deben estudiarse cuidadosamente por quienes pretendan comentar el derecho positivo, como quiera que ellas fijan la recta aplicación de los textos. Por eso hemos tenido especial cuidado de indicar, en el lugar debido, todas las decisiones de la Corte Suprema en que, durante los últimos doce años, se ha interpretado el Código Civil de la República. Lo propio convendría hacer con las sentencias

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

de los tribunales superiores, y con las de la Corte de Chile; pero por ahora, á lo menos, no es posible, por cuanto ni las unas ni las otras se han reunido en un repertorio especial que facilite su consulta.

Aun cuando el objeto principal de esta obra es el estudio del Código Civil y de las leyes que lo han modificado, dada la conexión de esta rama del derecho con las demás que constituyen la legislación en general, frecuentemente y siempre que la materia lo requiere, hacemos la debida referencia á los Códigos de Comercio, Judicial, etc., y á las leyes ú ordenanzas especiales que, de un modo ú otro, se relacionan con disposiciones del Código Civil.

Aspiramos, como hemos dicho, á que este Tratado encuentre buena acogida en Chile, y, con tal fin, al pie de cada página se citan los artículos del Código de aquel país que corresponden á los del colombiano, y se reproducen las notas del señor Bello.

En la obra se insertan, con caracteres distintos y á medida que se van explicando, las disposiciones del Código y de las leyes que lo han adicionado ó modificado. Con el objeto de conservar el texto primitivo de aquél, lo que será útil para comprender mejor el alcance de las reformas, ponemos en nota y en el lugar correspondiente, los artículos que han sido derogados.

***

Se ha preferido la forma de *tratado* á la de *comentario*, pues si bien, siguiendo artículo por artículo

el Código Civil, hay mayores probabilidades de que el autor no se olvide del fin que debe perseguirse en primer término cuando se estudia una legislación, cual es el de interpretar é ilustrar el texto, dicho procedimiento tiene el inconveniente de hacer muy difícil la exposición de los principios y de las teorías que dominan los textos, es decir, las ideas generales, únicas que propiamente constituyen la ciencia.

Estas teorías jurídicas, que se derivan por inducción, mediante la síntesis, de las soluciones particulares del derecho positivo, no pueden exponerse fácilmente en el comentario de un artículo determinado, pues, por lo general, dominan gran número de ellos. El comentador que adopta este método se ve obligado á no seguir el orden lógico de la exposición, con perjuicio de la claridad que, en una obra didáctica, debe especialmente procurarse.

Sólo en la forma de un tratado puede el autor adquirir, en cuanto á la exposición doctrinal, cierta independencia del orden material de los textos, independencia que le permite, en cada materia y según las circunstancias, consignar los principios formulados ó no en la legislación, en su orden lógico, y luego las aplicaciones de estos principios, colocando en el lugar debido las disposiciones legales en que se formulan unos y otras.

Sólo esta forma, por otra parte, permite introducir en cada materia ciertas divisiones, absolutamente necesarias para la claridad. Basta leer un título del Código Civil, aun en los mejores comentarios, para

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

convencerse de que este último método tiene inconvenientes insuperables en una obra de divulgación de la ciencia jurídica. Los comentarios son trabajos de grande importancia como obras de consulta, pero insuficientes como obras de enseñanza.

Si se considera que el Código Civil adoptado en Colombia no se ha formado, como el de otros países, por la reunión y la fusión de reglas diseminadas en diversas leyes, resultado de una larga tradición y de un trabajo secular de elaboración social, sino que se redactó sobre el modelo de varias legislaciones, principalmente la romana, la española y la francesa, es preciso reconocer que el trabajo de formar, por vía de síntesis, las teorías jurídicas, sólo excepcionalmente se impondrá aquí al jurisconsulto : la mayor parte de las veces encontrará hecho este trabajo y formulada la teoría, bien entre los romanos, maestros de todos, bien entre los tratadistas modernos que, en los distintos países, merced al origen común de las legislaciones, al desarrollo paralelo de la civilización y á la semejanza de las necesidades sociales, han llegado á resultados casi idénticos.

Aquel origen vario de la legislación civil colombiana es causa, repetimos, de que no siempre haya perfecta armonía en sus disposiciones. Tendremos ocasión de indicar casos en que al adoptar un principio de una legislación, se han conservado, sin embargo, reglas peculiares de otra, basada en principios distintos. Penosa labor es en tales casos la que tiene el intérprete para aplicar debidamente los textos formales, determinando hasta qué punto debe prevalecer el principio y en qué medida el tenor literal de las disposiciones de la ley. No hemos esquivado en ningún caso hacer esta delicada determinación, y sólo á los textos explícitos hemos dado preferencia respecto de las indicaciones de la lógica jurídica. Cuestiones hay que no podrán resolverse satisfactoriamente sino por medio de actos legislativos que corrijan el error, aclaren lo ininteligible ó llenen el vacío; pero rara vez indicamos este medio, del cual, tratándose de una obra como el Código Civil, ha de usarse con la mayor prudencia, so pena de minar el edificio con tántos y tan laudables esfuerzos construído.

Tal como existe, y á pesar de las imperfecciones que puedan notársele, el Código Civil colombiano es un monumento en cuya conservación ningún esfuerzo será excesivo : pueden y deben hacérsele modificaciones más ó menos importantes, á medida que la crítica científica y las necesidades de la práctica lo indiquen y reclamen; pero no se podría, sin perturbar hondamente las relaciones jurídicas, renovar las bases y cambiar la estructura general de aquella obra.

* * *

Á pesar de la extensión del TRATADO DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO, no creemos haber agotado ni con mucho la materia, ni siquiera haber acertado siempre en la solución de los numerosos y difíciles

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

problemas que se presentan al intérprete. ¿Quién, por otra parte, puede lisonjearse de haber dicho sobre ellos la última palabra? Convencidos de lo delicado de nuestra labor, nos hemos esforzado por buscar en cada caso, con la meditación y el detenimiento requeridos, la doctrina más probablemente verdadera ó admisible, pero esperando siempre, como esperamos, que una crítica imparcial habrá de corregir los errores en que hayamos incurrido.

Sometemos, pues, esta obra al estudio de los jurisconsultos, profesores, abogados y jueces, y, en general, al de cuantos se interesan por los progresos de la ciencia jurídica : la tarea de comentar el derecho civil de un país, tiene necesariamente que ser una tarea colectiva. Nosotros agradeceremos toda indicación que se nos haga en el sentido de mejorar la obra, bien se refiera á lo ya publicado, para una nueva edición, si hubiere lugar á ella, bien á las materias que hayan de tratarse en los volúmenes posteriores.

Bogotá, Octubre 16 de 1898.

ADVERTENCIAS Y ABREVIATURAS

Para comprender y apreciar las notas de D. Andrés Bello, deben tenerse en cuenta las siguientes advertencias escritas por él al frente de aquéllas :

« C. A. significa Código Austriaco.
C. F. — Código Civil francés.
C. L. — Código de la Luisiana.
C. D. S. — Código de las Dos Sicilias.
C. P. — Código Prusiano.
C. S. — Código Sardo.

« Se cita frecuentemente á Delvincourt, *Cours de droit civil* (Paris, 1824); el Código Civil francés con el comentario de Rogrón (Paris, 1834); los varios tratados de Pothier, Savigny, *Droit romain,* etc.

« Debe advertirse que no siempre hay una completa identidad entre la disposición del Proyecto y la ley ó doctrina que se cita; adoptándose éstas con alguna ampliación, restricción ó explicación, ó alegándose por vía de semejanza ó analogía. »

Por nuestra parte, hemos empleado las siguientes abreviaturas :

D. para significar Digesto.
C. — Código de Justiniano
Cód. ch., — Código chileno.
Ley ch., — Ley chilena
G. J. IV, 320, 2. — *Gaceta Judicial*, año IV, página 320, columna segunda.
p. — página.
n. — número.
V. — véase.
s. — y siguientes.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

El señor Bello cita frecuentemente á Antonio Gómez y á Juan Gutiérrez, comentadores de las leyes españolas antiguas. Los títulos de las obras que de éstos autores se citan son :

Antonius Gómez. — *Ad legis tauri Comentarium absolutissimum.*

Joanes Gutiérrez. — *Tractatus de tutelis et curis minorum, deque officio et obligatione tutorum, accuratorum et mercede ipsorum.*

No indica el señor Bello en las citas que hace de los textos romanos sino la ley, fragmento ó constitución y la rúbrica del título, y omite mencionar la obra cuando es el Digesto. Para facilitar las averiguaciones completamos la cita, indicando, entre paréntesis, el número del libro y el del título.

Como en el texto intercalamos, á medida que se explican, los artículos de las leyes que han modificado el Código Civil, en las lineas del comentario que preceden á cada uno de dichos artículos se indica á qué Ley pertenece y cuál es el número que le corresponde. Todos los artículos del Código van siempre precedidos de la abreviatura ART. y del número correspondiente, á fin de que pueda fácilmente distinguírseles, sin necesidad de leer el comentario.

Como á veces en la explicación de los textos se altera el orden numérico de los artículos, para encontrar cualquiera de ellos bastará buscar en la Tabla que va al fin de cada volumen, el número del texto en que se ha insertado y explicado.

Cuando un artículo del Código no tiene sino un inciso, al fin de él se pone la nota para indicar el correspondiente artículo del Código de Chile ; cuando tiene varios incisos, la nota se pone al principio del primer inciso.

TRATADO
DE
DERECHO CIVIL
COLOMBIANO

INTRODUCCIÓN.

RESEÑA HISTÓRICA
DEL DERECHO COLOMBIANO.

1. En el territorio que pertenece á la actual República de Colombia, en otro tiempo colonia de España, han regido, sucesiva y simultáneamente, las leyes y ordenanzas de la Metrópoli y las leyes y los códigos sancionados por la República, en el orden que en seguida se expresa, que nos servirá de base para la división histórica del Derecho Colombiano.

§ 1.º *Primer período. — Derecho español.*

2. Cuatro fueron las compilaciones de leyes españolas de principal aplicación durante la Colonia y después de ella : *Las Siete Partidas, La Nueva Recopilación, La Novísima Recopilación,* y *la Recopilación de Indias.*

3. Universalmente conocido es el primero de estos códigos, que se expidió en el reinado de D. Alfonso X, rey de Castilla y de León, pero que no tuvo fuerza legal sino en 1348, en el reinado del sucesor de aquel monarca.

Como su mismo nombre lo indica, *Las Partidas* se dividieron en siete tratados especiales. De ellos sólo las Partidas 3ª, 4ª, 5ª y 6ª versan sobre el derecho civil, pues las demás se

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ocupan en materias que pertenecen al derecho canónico, al derecho público, al derecho penal, etc.

4. En 1567, bajo el reinado de Felipe II°, se expidió *La Nueva Recopilación,* que contenía, sin orden ni método, disposiciones ú ordenanzas incoherentes, distribuídas en nueve libros, de los cuales sólo el 5° se refiere al derecho civil, como que trata de los matrimonios, las dotes, las arras, los testamentos, mayorazgos, herencias, donaciones y contratos.

5. Durante el reinado de Carlos IV°, en 1804, se expidió *La Novísima Recopilación,* que consta de doce libros, subdivididos en títulos. El décimo de aquéllos, que es el único referente al derecho civil sustantivo, habla de los contratos y obligaciones, esponsales y matrimonios, arras, dotes y donaciones *propter nuptias,* bienes gananciales, de la emancipación y legitimación de los hijos, mejoras de tercio y quinto, donaciones, préstamos, depósitos, arrendamientos, deudas y fianzas, ventas y compras, retractos, censos, hipotecas, mayorazgos, testamentos, herencias, mandas y legados, de los bienes vacantes y mostrencos y de las escrituras públicas.

6. Los tres códigos que dejamos mencionados fueron generales para la monarquía española; para el régimen de los dominios americanos se sancionó el 18 de Mayo de 1680 en el reinado de Carlos II°, *La Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias,* resumen de todas las disposiciones que para éstas se habían dictado hasta entonces. Dividióse la obra en nueve libros, subdivididos en títulos y éstos en leyes, ninguna de las cuales trata del derecho civil puro, sino de materias que corresponden al derecho público, al militar, al penal, al de minas y á otros varios.

§ 2.° *Segundo período. — Derecho nacional.*

7. La Constitución colombiana de 1821, expedida á raíz de la Independencia, dijo en el artículo 188 : « Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa ó indirectamente no se opongan á esta Constitución ni á los decretos y leyes que expidiere el Congreso ».

De manera que, á pesar de la emancipación, continuaron rigiendo en la República, por varios años, muchas leyes de la Metrópoli, lo que naturalmente debía suceder mientras el nuevo régimen no sustituyera la antigua legislación por otra.

Los Congresos reunidos posteriormente introdujeron reformas al derecho civil español por medio de leyes sobre matrimonio, mayorazgos, sucesiones, etc.; pero, en lo sustancial y hasta la expedición de los Códigos, conservó todo su vigor la legislación antigua.

La Ley de procedimiento civil sancionada el 13 de Mayo de 1825 dijo en su artículo 1° : « El orden en que deben observarse las leyes en todos los Tribunales de la República, civiles, eclesiásticos y militares, así en materias civiles y criminales es el siguiente : 1° Las decretadas ó que en lo sucesivo se decreten por el Poder Legislativo; 2° Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español sancionadas hasta el 18 de Marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno en el territorio que forma la República; 3° Las leyes de la Recopilación de Indias; 4° Las de La Nueva Recopilación de Castilla; y 5° Las de Las Siete Partidas ». « En consecuencia, agregó el artículo 2°, no tendrán vigor ni fuerza alguna en la República las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del Gobierno español posteriores al 18 de Marzo de 1808, ni las expresadas en el artículo anterior, en todo lo que directa ó indirectamente se opongan á la Constitución ó á las leyes y decretos que haya dado ó diere el Poder Ejecutivo ». Lo propio dispusieron, dando prelación á las leyes de la República sobre el derecho antiguo, las leyes nacionales de 14 de Mayo de 1834 y 29 de Junio de 1858.

8. En este año se verificó un cambio en el derecho público del país, pues la Carta fundamental entonces expedida creó una federación compuesta de los Estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander, los cuales quedaron con facultad de dictar las leyes sobre materia civil y penal que debían regir dentro de sus respectivos territorios. Se dió así origen á dos legisla-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ciones distintas : la que emanaba del Congreso, para los asuntos de la competencia del Gobierno general, y la que expedían las Asambleas de los Estados, sobre los negocios exclusivos de éstos.

La Constitución de 1863 conservó la forma federal, que subsistió hasta 1886, fecha de la actual Constitución, que ha restablecido la unidad en el derecho civil y penal del país.

§ 3.º *Tercer período. — Los Códigos.*

N. 1.º *El Código Civil.*

9. La legislación española vigente á principios del siglo, formada con tántos y tan diversos elementos, á los cuales se agregaron más tarde las leyes de los nuevos Estados americanos, no podía continuar rigiendo por mucho tiempo en estas repúblicas, como no lo pudo tampoco en España, donde al fin se reemplazó con el Código Civil de 1888.

Las nuevas nacionalidades consideraron como complemento necesario de la obra de la emancipación política el darse una legislación propia, adecuada á sus peculiares circunstancias, y en ello trabajaron los primeros legisladores de estos países.

El Código Napoleón, adoptado en varias naciones de Europa, sirvió de base á los jurisconsultos que en la América española se propusieron más tarde dotar á su patria con un derecho civil propio.

La tarea de la codificación sólo en el transcurso de varios años podía llevarse á cabo, porque no era dable ni provechoso abolir de un día para otro, en pueblos nuevos, la secular legislación de la Metrópoli, ni habría sido conveniente reemplazarla con otra de procedencia extranjera, sin adaptarla previamente á las necesidades de las repúblicas americanas.

Esta última obra fué la que en Chile se propuso realizar D. Andrés Bello, quien, por espacio de veinte años, se consagró á la tarea de redactar un Proyecto de Código Civil, el que, revisado cuidadosamente por una Comisión de seis jurisconsultos más, fué aprobado en 1855 por el Congreso de aquella nación, y puesto en vigor el 1º de Enero de 1857.

El señor Bello tuvo como base de su trabajo el Código Civil francés y otros, principalmente el de la Luisiana, el de las Dos Sicilias, el Prusiano, el Sardo y el Holandés, así como el antiguo derecho español, y el derecho romano, « sin perder de vista las circunstancias peculiares del país », como dijo entonces el Presidente de Chile en el Mensaje dirigido al Congreso.

10. Por el mismo tiempo los antiguos Estados Soberanos de la actual República de Colombia se ocupaban en expedir los diversos Códigos que debían regir en aquéllos. El 8 de Enero de 1859 se adoptó en Cundinamarca el Proyecto de Código Civil presentado á la Asamblea del año anterior por D. Miguel Chiari, Proyecto que era el mismo Código Civil de Chile con muy ligeras modificaciones. Esta obra fué igualmente adoptada por otros de los Estados Soberanos : en el del Cauca en 1859; en el de Antioquia en 1864, etc.

11. Con tales Códigos se reemplazó en materia civil la legislación española, pero sólo en los Estados, pues para los asuntos nacionales, continuó rigiendo hasta 1873, época en que el Congreso expidió, igualmente calcado sobre el de Chile, el *Código Civil de la Unión,* que, de acuerdo con su artículo 2º, debía aplicarse « en los asuntos de la competencia del Gobierno general con arreglo á la Constitución, y en los civiles comunes de los habitantes de los Territorios que él administra [1] ».

12. Restablecida la República unitaria por la Constitución de 1886, ésta, en el artículo 11 de sus disposiciones transitorias, dijo : « Mientras el Poder Legislativo no disponga otra cosa, continuará rigiendo en cada Departamento la legislación del respectivo Estado. El Congreso Nacional Constituyente, una vez que asuma el carácter de Cuerpo Legislativo, se ocupará preferentemente en expedir una ley sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional ».

Así lo hizo en efecto la Ley 57 de 15 de Abril de 1887,

[1] El artículo 78 de la Constitución de 1863 decia : « Serán regidos por ley especial los territorios poco poblados ú ocupados por tribus de indígenas, que el Estado ó los Estados á que pertenezcan consientan en ceder al Gobierno general, con el objeto de fomentar colonizaciones y realizar mejoras materiales ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

« sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional », cuyos tres primeros artículos dispusieron :

« Art. 1.º Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta Ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes :

« El Civil de la Nación, sancionado el 26 de Mayo de 1873;

« El de Comercio del extinguido Estado de Panamá, sancionado el 12 de Octubre de 1869; y el Nacional sobre la misma materia, edición de 1884, que versa únicamente sobre comercio marítimo;

« El Penal del extinguido Estado de Cundinamarca, sancionado el 16 de Octubre de 1858;

« El Judicial de la Nación, sancionado en 1872, y reformado por la Ley 76 de 1873, edición de 1874;

« El Fiscal de la Nación, y las leyes y decretos con fuerza de ley relativos á la organización y administración de las rentas nacionales; y

« El Militar nacional y las leyes que lo adicionan y reforman.

« Art. 2.º Los términos Territorio, Prefecto, Unión, Estados Unidos de Colombia, Presidente del Estado, que se emplean en el Código Civil, se entenderán dichos con referencia á las nuevas entidades ó funcionarios constitucionales, según el caso lo requiera.

« Art. 3.º En el Código de Comercio de Panamá se entenderá República donde se habla de Estado de Panamá, y las referencias que en dicho Código se hacen á las leyes del mismo Estado, se entenderán hechas á las correspondientes disposiciones de los Códigos nacionales. »

En consecuencia, el actual Código Civil colombiano es el mismo que en 1873 expidió el Congreso para los asuntos de la competencia del Gobierno nacional.

Ya dijimos que, con algunas pocas modificaciones, este Código es el mismo de Chile. Indicaremos primero en qué consisten las diferencias entre uno y otro, y luégo las leyes que posteriormente han modificado el Código Civil de Colombia.

13. *a*) — Á éste se le agregó un nuevo título preliminar, ó sea el 3º de la Constitución de 1886, relativo á los derechos civiles y garantías sociales, incorporado en el Código en virtud de una disposición constitucional. En el libro primero se introdujo un título nuevo (el 13), sobre la adopción; se fijó la mayor edad á los veintiún años, en lugar de veinticinco que señala el de Chile; se suprimió la muerte civil; se reglamentó el matrimonio civil, no reconocido en Chile sino por la Ley de 10 de Enero de 1884, y se determinó la forma de las actas del registro del estado civil (arts. 348 á 371), materia de que tratan la Ley chilena de 17 de Julio de 1884 y los Decretos Ejecutivos expedidos para reglamentarla. En el libro cuarto se suprimieron el título sobre constitución del censo (restablecido en 1887) y el parágrafo 3º del título 33 sobre el contrato aleatorio de censo vitalicio. Finalmente, después de aquel libro se pusieron dos títulos más (42 y 43), sobre notariado y registro, materia esta última que en Chile se rige por la Ley de 24 de Junio de 1857, complementaria del Código, por la cual « se reglamenta el Registro conservatorio de los bienes raíces ».

Las demás diferencias que se observan entre los dos códigos á que nos referimos no son esenciales. Aunque ambos se dividen en cuatro libros y éstos en títulos, en el chileno los últimos se subdividen sólo en parágrafos, en tanto que en el colombiano se subdividen en capítulos y algunos de éstos en parágrafos, lo cual es causa de algunas citas erróneas que en él se encuentran. Ocurre también á veces que en el código de Colombia se reúnen en un solo artículo disposiciones que en el modelo se encuentran en dos ó más, y de ello surgen frecuentes confusiones.

14. *b*) — Las leyes que han modificado el Código Civil colombiano son, en orden cronológico, las siguientes :

1.ª — La Ley 57 de 1887, que fué, como se ha visto, la misma que lo adoptó, con varios cambios introducidos en el título preliminar y en los libros primero, tercero y cuarto;

2.ª — La Ley 153 de 1887, que, como la anterior, modificó el título preliminar é introdujo adiciones y reformas á los cuatro libros del Código;

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

3.ª — La Ley 8ª de 1888, sobre facultades de los Secretarios municipales para autorizar escrituras y cancelar éstas;

4.ª — La Ley 30 de 1888, que contiene disposiciones sobre matrimonio y sobre el cuasi contrato de comunidad;

5.ª — La Ley 39 de 1888, por la cual se facultó á los Secretarios de los Consejos municipales para autorizar toda clase de actos y contratos cuyo valor no exceda de 1000 pesos y que no versen sobre compra venta de fincas raíces;

6.ª — La Ley 35 de 1888, que aprobó el Concordato, el cual encierra varios artículos sobre el matrimonio religioso;

7.ª — La Ley 100 de 1888, que contiene disposiciones sobre personas jurídicas y sobre las facultades de los Secretarios municipales para otorgar escrituras;

8.ª — La Ley 149 de 1888, que en sus artículos 54 y 59 á 64, modifica el título preliminar del Código;

9.ª — La Ley 39 de 1890, por la cual se establecen los derechos de registro de los instrumentos públicos y privados;

10. — La Ley 95 de 1890, que introduce modificaciones al título preliminar del Código; al libro primero en lo relativo al registro del estado civil, al divorcio, á la impugnación de la paternidad y á la curatela; al libro segundo en materia de servidumbres, usufructo y prestaciones mutuas; al libro tercero en punto á testamentos; al libro cuarto en materia de consignación, de nulidades, de división de bienes comunes, de hipoteca, de prescripción, de notariado y registro; y

11. — La Ley 36 de 1892, que aprobó el convenio adicional al Concordato de 1887, que contiene disposiciones sobre registro civil.

El artículo único de la Ley 2ª de 1886 declaró que en Colombia no es transferible la propiedad raíz á Gobiernos extranjeros; y lo propio dijo el artículo 81 de la Ley 153 de 1887, pues niega á dichos Gobiernos representación jurídica para adquirir bienes inmuebles en territorio de la República.

Por ministerio del artículo 83 de esta última ley se incorporó en el Código Civil la Ley 32 de 1886, sobre propiedad literaria y artística.

Conviene advertir que la Ley 83 de 20 de Octubre de 1886 dispuso que en el Departamento de Panamá rigieran en materia civil las leyes que rigen en el resto de la República; pues la Constitución dispone que dicho Departamento será administrado con arreglo á leyes especiales.

15. Por último, después de la adopción de los Códigos hecha en 1887, la Ley 153 de este año declaró lo siguiente:

« Art. 15. Todas las leyes españolas están abolidas[1]. »

N. 2.º *Los demás Códigos.*

16. Según se ha visto, en el artículo 1º de la Ley 57 de 1887 se determinaron los códigos que debían regir para toda la República, noventa días después de sancionada aquélla. Haremos somera descripción de cada uno:

De los dos *Códigos de Comercio* vigentes, el primero se refiere al comercio terrestre y el segundo al marítimo. Consta aquél de 960 artículos, distribuídos en dos libros, que se subdividen en títulos y éstos en capítulos. El libro primero trata de los comerciantes y agentes de comercio; el libro segundo de los contratos y obligaciones mercantiles en general. En el título preliminar del Código se sientan las reglas generales aplicables á los asuntos de comercio. Varias leyes expedidas posteriormente han modificado esta obra. El *Código de Comercio Marítimo* se compone de 552 artículos distribuídos en diez títulos, que se subdividen en capítulos. Enumera en primer lugar los asuntos que el comercio marítimo comprende, y luégo trata: de las naves mercantes y de los propietarios y copropietarios de ellas; de las personas que intervienen en el comercio marítimo; de los contratos de los hombres de mar; del fletamento; del conocimiento; de los pasajeros; de los riesgos y daños del transporte marítimo; del préstamo á la gruesa ó á riesgo marítimo; del seguro marítimo; del contrato de cambio; de la prescripción de las obligaciones peculiares del comercio marítimo.

17. El *Código Penal* que se adoptó en 1887 fué, como se

[1] Pueden verse: sobre el Derecho español, á Antequera, *Historia de la Legislación española*, y sobre el Derecho colombiano, Fernando Vélez, *Datos para la Historia del Derecho nacional.*

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ha visto, el de Cundinamarca sancionado el 16 de Octubre de 1858; pero éste se reemplazó con el que el 16 de Octubre de 1890 expidió el Congreso, y que es el que hoy rige en Colombia, reformado por la Ley 100 de 1892[1] y por la 34 de 1896. Tiene 916 artículos, los cuales componen tres libros, titulados así: 1º Delitos, delincuentes y penas en general — Graduación de los delitos y aplicación de las penas; 2º Delitos que afectan principalmente á la Nación y á la Sociedad, ó que sean cometidos por empleados públicos; 3º Delitos contra los particulares y sus penas[2].

18. El *Código Judicial* adoptado en 1887 se dividía en tres libros, de los cuales el 1º trataba de la Organización del Poder Judicial, el 2º trata del Enjuiciamiento civil, y el 3º del Enjuiciamiento en negocios criminales. La Ley 147 de 1888 derogó (art. 230) el libro primero del Código Judicial, reemplazándolo con dicha Ley 147, que se conoce con el nombre de *Código de Organización Judicial,* relativo á las atribuciones de las diversas autoridades que administran justicia y á las del Ministerio Público, y sobre la Jurisdicción y la competencia de los Juzgados y Tribunales. Uno y otro código han sido reformados por leyes posteriormente expedidas[3].

19. El *Código Fiscal* se divide en cuatro libros, que tratan: 1º De la Hacienda y del Tesoro (aduanas, nacionalización de buques, policía marítima, salinas, ferrocarriles, correos, telégrafos, monedas, tierras baldías, bosques nacionales, bienes nacionales en general, bienes desamortizados, minas, ingresos varios, gastos nacionales, sueldos y otras asignaciones de los empleados públicos); 2º Dirección y administración de la Hacienda nacional (empleados de Hacienda y sus deberes, administración activa de la Hacienda, administración pasiva de la Hacienda nacional, del presupuesto); 3º Fianzas de los empleados nacionales — Contabilidad — Examen — Oficina

[1] Art. 75 de esa Ley.

[2] La Ley de 27 de Junio de 1837, sobre materia penal, que sancionó el Congreso de la Nueva Granada, puede considerarse como el primer Código expedido por la República.

[3] El Congreso de 1896 ordenó la redacción de un Proyecto de Código Judicial que las Cámaras deben considerar en las sesiones ordinarias de 1898.

general de Cuentas; y 4º Crédito público (deuda exterior, deuda interior). La legislación fiscal está publicada en dos volúmenes: contiene el primero el Código propiamente dicho, y el segundo comprende las leyes y decretos ejecutivos que hasta 1882 habían modificado y reglamentado aquél. Numerosas leyes han introducido después reformas al Código Fiscal.

20. El *Código Militar* se compone de dos tomos, el primero de los cuales se divide en cinco libros, que tratan: 1º De la fuerza pública; 2º Fuerza activa; 3º Recompensas — Instrucción — Honores; 4º Reglas del Derecho de Gentes que deben observar los Jefes de operaciones militares; 5º Justicia militar. El segundo tomo « contiene los formularios, varios artículos del Código Judicial de la Unión y el Decreto del Poder Ejecutivo en ejecución de dicho Código ». Como los demás códigos, el Militar ha sido reformado por leyes expedidas después de 1887.

21. La Ley 38 de 1887 adoptó para toda la República el *Código de Minas* del extinguido Estado de Antioquia, código que, con las disposiciones legislativas que le han reformado, es el que actualmente rige en Colombia. Compónese de 462 artículos distribuídos en veintisiéte capítulos, en los cuales se reglamenta íntegramente la importante materia del denuncio, adjudicación y propiedad de las minas.

22. En 1888 se expidió la Ley 149, conocida con el nombre de *Código Político y Municipal,* cuyo artículo 1º dice: « La legislación relativa al ejercicio de las facultades constitucionales de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, á la organización general de los Departamentos, Provincias y Distritos, á las atribuciones de los empleados ó corporaciones de estas tres últimas entidades, á las atribuciones administrativas del Ministerio Público y á las reglas generales de administración, constituye el régimen político y municipal ». En consecuencia, aquel Código trata separadamente de todas estas materias, en 378 artículos, distribuídos en ocho títulos, que se subdividen en capítulos.

23. Finalmente, según el artículo 185 de la Constitución de la República, corresponde á las Asambleas reglamentar, por medio de Ordenanzas, lo relativo á la policía local; y, efecti-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

vamente, en cada uno de los nueve Departamentos en que se divide el Estado existen sendos *Códigos de Policía*, de acuerdo con las circunstancias peculiares de cada una de aquellas circunscripciones administrativas [1].

CAPÍTULO PRELIMINAR.

EL DERECHO Y SUS DIVISIONES.

24. Dotados como han sido los hombres por Dios con una alma racional, desde que están constituídos en sociedad tienen que someterse á reglas de conducta, para que puedan vivir en paz, á diferencia de los animales que, agrupados ó no, obedecen tan sólo á los movimientos impulsivos del instinto.

Los hombres, reunidos en familias, se apoderan de ciertas cosas indispensables, sobre las cuales recíprocamente se reconocen un derecho, y obedecen á determinada autoridad, que constituye el Gobierno.

Éste tiene por misión principal hacer respetar las reglas que, aun tácitamente, son reconocidas por los miembros del Estado.

El conjunto de las reglas de conducta á que deben someterse los individuos de un mismo país, constituye el Derecho nacional de aquél. Por consiguiente, no hay sociedad, por embrionaria que se la suponga, que no tenga su Derecho propio; la idea de derecho y la de sociedad son inseparables :

[1] El articulo 5º de la Ley 57 de 1887 fija el orden de preferencia en que deben aplicarse los Códigos nacionales así : Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policia, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción pública.

No existen en Colombia Códigos Administrativos, de Fomento ni de Beneficencia. El Político y Municipal, como se deja indicado, contiene muchas disposiciones sobre el ramo administrativo, en el cual entran también, en una buena clasificación, las disposiciones sobre fomento, beneficencia é instrucción pública. La Ley 7ª de 1888, « sobre elecciones populares », modificada posteriormente, trata, en 220 articulos, esta materia. Sobre instrucción pública existen varias leyes que tratan de la enseñanza primaria, secundaria y profesional; pero no puede decirse que constituyan un verdadero Código reglamentario de aquel ramo.

no puede concebirse una sociedad humana sin derecho que la rija.

De una manera general, abstracción hecha de un pueblo determinado, el Derecho podría definirse como « la colección de reglas de conducta á cuya observancia puede ser compelido el hombre, aun por la fuerza misma ».

25. Esta última idea, es decir, la de que el Derecho no comprende sino las reglas á cuya observancia puede ser compelido el hombre por la fuerza, es la que nos permite hacer la distinción entre el Derecho y la Moral, porque la Moral es también un conjunto de reglas que el hombre está asimismo obligado á respetar; pero la autoridad social, con la fuerza de que dispone, sólo puede compeler á los asociados para que observen las reglas de derecho. Tan luego como una regla de moral recibe aquella sanción, se convierte necesariamente en regla de derecho, sin dejar por eso de ser precepto de moral. No todos éstos son, pues, reglas de derecho. Los deberes para con Dios y para con nosotros mismos, salvo algunas exceptiones, se consideran hoy [1] como deberes puramente morales, sometidos sólo á los fueros de la conciencia. Los deberes para con el prójimo, al contrario, son del dominio del Derecho, aunque no todos quedan comprendidos en él. Los de caridad, por ejemplo, son deberes puramente morales, á diferencia de los llamados deberes de justicia, que caen bajo el dominio del Derecho. Esta última distinción, sin embargo, no es por sí sola suficientemente clara para separar los deberes de moral de los deberes de justicia, es preciso apreciarlos desde el punto de vista de la sanción con que unos y otros están amparados : en los de caridad la sanción es puramente moral ó religiosa, mientras que, respecto de los deberes de justicia, la sanción se ejerce por medio de la fuerza pública. Así, el límite entre el Derecho y la Moral es variable, sin que se pueda fijar de una vez por todas, como quiera que cambia con el tiempo y no se reconoce uniformemente en todos los pueblos : la necesidad obliga muchas veces á los legisla-

[1] En las legislaciones antiguas existió durante mucho tiempo una confusión casi completa entre la religión y el derecho. — Véase principalmente, á este respecto, Fustel de Coulanges, *La Cité Antique,* Introducción y Lib. 1º.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

dores á proveer de sanción jurídica algunas reglas de moral, vinculadas al orden ó á las buenas costumbres, cuando por sí solas no son respetadas.

26. Hecha la distinción entre la Moral y el Derecho, veamos ahora cómo se subdivide éste, á su vez, á fin de distinguir el *Derecho Civil* de otras ramas de aquél.

Hemos dicho que en toda sociedad hay necesariamente reglas de derecho, y éstas pueden haberse establecido, ó por la autoridad social, ó por un consentimiento tácito de los miembros de la comunidad.

Este origen del Derecho es fuente de una primera división del mismo.

En el primer caso, ó sea cuando las reglas sociales se han establecido por la autoridad, constituyen lo que se llama *derecho escrito* ó *promulgado*. En el segundo caso, es decir, cuando las reglas de derecho se establecen sin intervención de un legislador, cuando son principios no formulados, que los hombres de una misma sociedad civil respetan y hacen respetar, en sus relaciones recíprocas, por espíritu de conveniencia ó de equidad, el derecho se llama *derecho no escrito* ó *consuetudinario*.

Aun en el caso en que exista un derecho escrito promulgado por un legislador, hombre ó Asamblea, que tenga la facultad de mandar, hay campo para esas reglas no formuladas. Ellas pueden subsistir y generalmente subsisten, en gran número, para casos que no se han previsto por el legislador. Por tanto, se concibe un derecho consuetudinario anterior ó coexistente al derecho escrito [1].

Estas expresiones de derecho escrito y derecho no escrito, no son, sin embargo, del todo propias, pues en aquél, efectivamente, deben incluírse hasta los preceptos que no se han fijado por escrito, con tal de que emanen de un legislador, porque, en casos excepcionales, se comprende que pueda haber preceptos orales del soberano; por su parte el derecho no escrito comprende hasta las reglas de derecho que, establecidas por la costumbre y no por la voluntad expresa del legislador, han sido, sin embargo, redactadas y aun hecho públicas por la impresión.

[1] Al explicar el Título Preliminar del Código Civil veremos la fuerza que conserva la costumbre en la legislación colombiana.

27. Al definir el Derecho en general, nos hemos abstenido de toda expresión que implique la idea de que las reglas de derecho no se imponen sino á los ciudadanos en sus mutuas relaciones, porque no sólo la regulación de las que mantienen los particulares de un mismo país entra en la esfera del Derecho.

Según aquella definición misma, es necesario que se pueda compeler á los ciudadanos á la observancia de las reglas de derecho, y de aquí la necesidad de que exista un poder con fuerza suficiente para dominar las resistencias de los individuos. Las asociaciones humanas sometidas á un poder como aquél constituyen las personas jurídicas que se llaman Estados.

La organización del Estado y de los Poderes públicos que lo rigen entra necesariamente en el campo del Derecho, del cual forma una importante rama que se llama *Derecho Constitucional*. El Derecho Constitucional nos enseña, pues, cómo estan constituídos el Estado y los grandes Poderes públicos que lo dirigen. Fija, asimismo, los límites de aquellos poderes, estableciendo en favor de los individuos ciertos derechos superiores, que no se pueden suspender sino en casos de gravedad excepcional, y que se conocen con el nombre de derechos públicos. Tales son, entre otros, la libertad individual, la inviolabilidad del domicilio, el derecho de asociación, etc.

28. Los Poderes públicos que representan al Estado tienen relaciones con los particulares, y en ellas también, y aun más que en cualesquiera otras, se necesitan reglas que escuden la debilidad de los ciudadanos contra la omnipotencia del Estado: de aquí una nueva rama del Derecho, conocida con el nombre de *Derecho Administrativo,* que contiene al propio tiempo la organización del mecanismo mediante el cual el Gobierno se pone en contacto con los particulares, y señala las atribuciones de los Agentes intermediarios entre el Poder y los asociados,

29. La reunión del Derecho Constitucional con el Derecho

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Administrativo forma lo que se llama el *Derecho Público.*

El Derecho Público contiene, pues, las reglas sobre la constitución del Estado y la organización de los grandes Poderes Públicos (Derecho Constitucional), así como las reglas relativas á las relaciones de los Poderes públicos ó del Estado con los particulares y á la organización y atribuciones de los Agentes intermedios (Derecho Administrativo).

30. Finalmente, en el Derecho Público hay que colocar también, á nuestro modo de ver, el *Derecho Penal,* que determina los castigos que deben aplicarse á los que cometen, contra las reglas de derecho, infracciones tan graves que la sociedad se ve obligada á reprimirlas.

31. Las varias ramas del Derecho que acabamos de enumerar y que se refieren tanto á las relaciones recíprocas de los ciudadanos como á las relaciones de los mismos con el Estado, constituyen en cada país el *Derecho Nacional.*

32. Mas, hoy sobre todo, no sólo existen relaciones entre los diversos miembros de una misma comunidad política, sino también entre los individuos de países diversos. En caso de que se susciten dificultades entre un extranjero y un nacional, ¿cuál habrá de ser la autoridad competente para resolverlas? ¿cuál la ley aplicable por aquella autoridad? Cuestiones son éstas muy difíciles á las cuales se trata de contestar en una nueva rama del Derecho, es decir, en el *Derecho Internacional Privado.*

Cuando dos personas de una misma nacionalidad residen en país extranjero y celebran en él contratos ó convenciones que susciten dificultades acerca de la ley que deba aplicárseles, por razón del origen de las partes, por la naturaleza de los pactos celebrados ó por el lugar de su celebración, etc., toca igualmente al Derecho Internacional Privado resolver aquellos posibles y frecuentes conflictos.

33. Por otra parte, los Estados tampoco viven en aislamiento, y cada día surgen entre ellos diferencias ó dificultades. Durante mucho tiempo no hubo, para dirimir aquéllas, otra solución que la fuerza. Sin embargo, aun respecto de esas relaciones entre Estados, se han establecido ciertas reglas, tanto por los pactos como por la costumbre, aunque,

en virtud de la soberanía de dichas entidades, no existe autoridad superior que pueda compelerlas á observar esas reglas, y éstas no tienen así otra sanción material que la guerra. Con todo, poseen una gran fuerza moral, y, con frecuencia, las naciones que entre sí generalmente las respetan se unen para imponer su observancia á las demás. El conjunto de esas reglas forma el *Derecho Internacional Público.*

34. Las reglas de derecho privado que se aplican entre los individuos de un Estado forman el *Derecho Civil* del mismo, al Derecho Civil así entendido se opone el *Derecho de Gentes.* Esta última expresión se emplea también á veces como sinónima de Derecho Internacional Público, aunque, para evitar toda confusión, conviene emplear, de preferencia, esta última terminología. El Derecho de Gentes, por oposición al Derecho Civil, comprende las reglas que se aplican no sólo á los nacionales sino también á los extranjeros.

En todas las legislaciones hay derechos cuyo goce se reserva para los nacionales. Por ejemplo, y en tesis general, un extranjero no puede ser testigo en las diligencias del estado civil, ni en los actos que se hacen constar por instrumentos públicos; ese derecho es, por consiguiente, un derecho civil puro, mientras que el derecho de ejercer el comercio, reconocido en todas las naciones civilizadas á los extranjeros, constituye en ellas una facultad del Derecho de Gentes.

Asimismo, hoy ciertas naciones que no permiten á los extranjeros adquirir propiedad raíz en su territorio. Entre esas naciones, el dominio de los bienes inmuebles es un derecho reservado á los ciudadanos, que pertenece al Derecho Civil puro. Donde, al contrario, se concede ese derecho á los extranjeros, la propiedad raíz pertenece al Derecho de Gentes. Por eso se ve que este Derecho varía de pueblo á pueblo, y aun en cada nación, de una época á otra, según el mayor ó menor grado de liberalidad que se muestre para con los extranjeros.

35. Las reglas de derecho existentes, aplicables en una época determinada, forman el *Derecho Positivo,* que com-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

prende así las reglas de derecho escrito, como las de derecho no escrito, así del derecho privado, como del derecho público, y tanto las de derecho nacional como las de derecho internacional. En una palabra, pertenece al derecho positivo toda regla actualmente en vigor, cualesquiera que sean su fuente y su campo de aplicación.

36. Al derecho positivo se opone el *Derecho Natural,* que se puede definir, aunque los jurisconsultos no estén de acuerdo en ello, así : « el conjunto de los principios de derecho que aparecen á nuestra razón como más conformes con la naturaleza y con el fin del hombre ». El derecho natural es, pues, un derecho ideal, al cual deben tratar de conformarse, en lo posible, los legisladores de los pueblos. Existe desacuerdo, no sólo en la definición del derecho natural, sino también en cuanto á los principios que él comprende, bien que hay principios de derecho que tienden á hacerse de aplicación universal, que se reconocen racionalmente como indispensables para los hombres que han alcanzado cierto grado de civilización, y que, consagrados en una legislación, quedan definitivamente en ella. Hay, pues, un derecho natural, inmutable y universal, reglas de derecho fundamentales, de observancia necesaria para que las sociedades humanas puedan desarrollarse según el orden establecido por el Creador.

En conclusión diremos : « Las leyes naturales son aquéllas que resultan como consecuencias necesarias y forzosamente queridas por Dios de la naturaleza que Él nos dió, y que se manifiestan á nuestra sola razón[1] ». Estas leyes que la razón nos revela no son muy numerosas[2]. En cuanto á los pormenores de la legislación, es decir, aquellas reglas que no van íntimamente vinculadas con los grandes principios del Derecho natural, Dios dejó al hombre en libertad completa para establecerlas[3].

[1] Conde de Vareilles-Sommières, Decano de la Facultad católica de Derecho, de Lila, *Les principes fondamentaux du Droit*, p. 20.

[2] Así, se reconoce generalmente que la monogamia, de derecho positivo divino desde Jesucristo, no es de derecho natural. Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 30.

[3] Así lo reconoce de manera expresa el gran Pontifice León XIII respecto al Derecho público, especialmente en lo tocante á la forma de gobierno, en sus admirables Enciclicas *Inmortale Dei y Libertas.*

37. En resumen : el derecho se divide en derecho positivo y derecho natural. El Derecho positivo se subdivide en público y privado, por una parte, y en nacional é internacional, por otra. De esta clasificación debemos separar el Derecho público y el Derecho internacional, para limitarnos al Derecho nacional privado.

Pero aun reducido así, el derecho comprendería límites muy vastos que excederían los de una obra como la presente. Así, del derecho nacional privado hay que separar todo el derecho especial al comercio, ya terrestre, ya marítimo. Este derecho de los comerciantes forma una subdivisión cada día más importante del derecho privado, ó sea el *Derecho Mercantil.*

38. Además, en las legislaciones modernas se ha separado de una manera general, y desde hace mucho tiempo, lo que estaba confundido en Derecho Romano, á saber : los derechos abstractos, propiamente dichos, y los modos de hacerlos efectivos ante la justicia, es decir, las disposiciones sustantivas y adjetivas. En este último sentido, las reglas de derecho forman el *Procedimiento Civil.*

39. Nos queda, por consiguiente, el derecho civil sustantivo, ó sea la teoría del derecho privado ordinario, el cual abraza el derecho de las personas y el derecho del patrimonio.

El conjunto de las reglas que resumen aquellas dos palabras, derecho de las personas y derecho del patrimonio, cuando se reúnen en un solo cuerpo de leyes, se llama *Código Civil.*

40. El Código Civil colombiano contiene, pues, las reglas sustantivas que se refieren á las personas y al patrimonio, impuestas por el legislador de Colombia.

Aquella obra se divide en cuatro libros y comprende 2.684 artículos. Además, de acuerdo con el 52 de la Constitución nacional, en el Código Civil se ha incorporado, como título preliminar, el tercero de aquélla. Este título se ocupa de los derechos civiles y garantías sociales, y, en rigor, no habría motivo para introducirlo en el Código Civil, puesto que tales materias son de derecho constitucional. Á la Constitución, efectivamente, según hemos dicho, toca no sólo determinar la forma de gobierno y organizar los Poderes Pú-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

blicos, sino también establecer los principios inviolables que protegen las libertades y los derechos del ciudadano.

Esos principios no pueden entrar en ningún Código, porque los dominan á todos. Tan cierto es esto, que en aquel título de la Constitución hay disposiciones relativas al derecho penal, al derecho civil, al derecho administrativo, á las relaciones de la Iglesia y el Estado, á la tolerancia de los cultos, á la libertad del trabajo, á la inviolabilidad de la correspondencia, al derecho de reunión, á la libertad de asociación, etc.

Este título, aunque incorporado en el Código, no debe ser objeto de las explicaciones de una obra que, como ésta, se refiere de un modo exclusivo al derecho civil; aquéllo pertenece al derecho público.

Inútil nos parece insistir sobre la disposición, de suyo evidente, del art. 7.º de la Ley 153 de 1887 :

El título III de la Constitución sobre « derechos civiles y garantías sociales » tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores á la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil.

Observamos solamente que lo que tiene fuerza constitucional tiene, con mayor razón, fuerza legal; en cuanto á la prioridad que corresponde al título 3º de la Constitución, consideramos que emana de su carácter constitucional más bien que de su incorporación en el Código.

Fuera del mencionado título preliminar, sacado de la Constitución, el Código contiene otro título de aquel nombre, formado de 6 capítulos y 72 artículos, que no son todos de utilidad incontestable en un Código Civil, como quiera que muchos de ellos contienen definiciones y disposiciones que son más bien de doctrina que de legislación. Por este motivo, no nos detendremos mucho en el estudio de los últimos, sin perjuicio de volver sobre ellos, si hubiere lugar, para explicarlos con la materia á que correspondan.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

TÍTULO PRELIMINAR.

CAPÍTULO I.º

OBJETO Y FUERZA DE ESTE CÓDIGO.

41. El artículo 1º contiene una definición que, en nuestro concepto, no era necesaria :

ARTÍCULO 1.º El Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles.

Puede observarse, además, que la expresión « derechos de los particulares, por razón de..... sus..... obligaciones », es poco correcta, y, por otra parte, los contratos, fuente principal de las obligaciones, no deberían distinguirse de ellas. Observamos también que, si bien es cierto que en el Código Civil colombiano se trata de algunas acciones civiles, son muy pocas, y su verdadero lugar está en el Código Judicial[1].

42. Como lo hemos dicho en la *Introducción* de este estudio

[1] Según el articulo 34 de la Ley 149 de 1888, sobre régimen político y municipal, que trata de la clasificación de las leyes y de las reglas generales sobre éstas, « el ramo civil comprende las leyes relativas al estado civil de las personas y derechos y obligaciones concernientes á ellas, adquisición, uso y goce de los bienes de propiedad pública ó particular, sucesiones y donaciones, contratos y cuasicontratos, disposiciones especiales sobre comercio y minas ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

(nº 12), el Código Civil que hoy rige en Colombia, es el mismo que bajo la forma federal rigió sólo en ciertas regiones del país, ó para negocios sometidos á determinada autoridad política. Por consiguiente, el artículo 2º, que hace referencia á tal estado de cosas, no tiene hoy razón de ser, y podría y debería suprimirse :

ART. 2.º En el presente Código Civil de la Unión se reúnen las disposiciones de la naturaleza expresada en el artículo anterior, que son aplicables en los asuntos de la competencia del Gobierno general con arreglo á la Constitución, y en los civiles comunes de los habitantes de los Territorios que él administra.

43. Igualmente, aunque por razones diversas, nos parece inútil el artículo 3º, que carece de valor práctico :

ART. 3.º Considerado este Código en su conjunto y en cada uno de los títulos, capítulos y artículos de que se compone, forma la regla establecida por el legislador colombiano, á la cual es un deber de los particulares ajustarse en sus asuntos civiles, que es lo que constituye la ley ó el derecho civil nacional.

¿ De qué clase de *deber* se trata en este artículo? ¿Acaso de un deber moral? Pero entonces no es disposición que deba colocarse en un Código. ¿ De una obligación civil? Sería darle un alcance extraordinario : los ciudadanos no quedan obligados á someterse sino á las leyes en que están interesados el orden y las buenas costumbres; las otras disposiciones pueden derogarse por convenios particulares (art. 16).

Notaremos, finalmente, que este capítulo no se encuentra en el Código de Chile.

CAPÍTULO II.º

DE LA LEY.

44. Este capítulo contiene disposiciones *generales* que no se refieren necesariamente al Código Civil, puesto que habla de todas las leyes, cualquiera que sea el ramo á que pertenezcan.

El artículo 4º define la ley así :

ART. 4.º *Ley* es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir ó castigar[1].

La parte final del artículo transcrito es inútil en un Código, y puede dar idea errónea de lo que son las leyes civiles. Una gran parte de éstas no mandan, ni permiten, ni prohiben, ni castigan : las disposiciones imperativas en la legislación civil son raras. De una manera general, y especialmente en materia de contratos y obligaciones, las partes tienen facultad para cambiar los efectos legales del acto que ejecutan, pues la ley civil en aquellas materias tiene por objeto principal determinar los efectos de los actos jurídicos cuando las partes no han sido explícitas; establece presunciones generales de voluntad; pero esa ley, expresión de la voluntad general, deja de aplicarse en presencia de una voluntad contraria de las partes que contratan[2].

En semejantes casos el carácter, ó más bien el objeto de la ley, es determinar los efectos que deben atribuírse á los actos jurídicos cuando no hayan sido determinados de una manera completa por los interesados. Como se ve, este carácter no figura entre los que enumera el artículo 4º.

Además, se ha observado, y con razón, que castigar no es un atributo distinto del de prohibir ó mandar. El Código de Chile (art. 1º), al definir la ley, no emplea aquella última palabra, que en realidad es innecesaria.

45. Asimismo creemos inútil el artículo 5º, concebido en los términos siguientes :

ART. 5.º Pero no es necesario que la ley que manda, prohíbe ó permita, contenga ó exprese en sí misma la pena ó castigo en que se incurre por su violación. El Código Penal es el que define los delitos y les señala penas.

Innecesario también es el inciso 1º del :

ART. 6.º *La sanción legal* no es sólo la pena sino también la recompensa : es el bien ó el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos ó de la trasgresión de sus prohibiciones.

[1] Cód. ch., art. 1. — *Bello*, C. L. 1.
[2] V. *infrà*, el comentario del articulo 16.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

La idea de penas y recompensas es impertinente é inútil en materia civil. Bueno es saber, como lo dice el inciso 2º del artículo 6º que :

En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa.

Pero no se puede decir, como lo hace el legislador, en la parte final del inciso, que :

Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan á la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

La nulidad del acto que no se ajusta á la ley no constituye una pena, ni la validez de los que á ella se arreglan constituye una recompensa. En derecho civil este lenguaje es impropio, y la idea de penas y recompensas no tiene en él ninguna consecuencia práctica.

46. Carece igualmente de objeto, por su evidencia, en una obra como el Código Civil, lo que se dice en el

ART. 7.º *La sanción constitucional* que el Poder Ejecutivo de la Unión da á los proyectos acordados por el Congreso, para elevarlos á la categoría de leyes, es cosa distinta de la *sanción legal* de que habla el artículo anterior.

47. La ley, como ya lo hemos indicado, es en las sociedades modernas la fuente principal del derecho.

La costumbre puede aplicarse en algunos casos á falta de ley; pero como lo dice muy bien el

ART. 8.º La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea.

Según esto, á diferencia de lo que sucedía en Derecho Romano, la ley no puede ser abrogada por la costumbre. Aun cuando desaparezcan las circunstancias por las cuales se dictó la ley, y aun cuando se modifiquen en términos que aquélla resulte perjudicial, se la debe considerar en vigencia mientras no se derogue por alguno de los medios que el Código reconoce, y de que más adelante hablaremos.

El Código de Cundinamarca (art. 3º) decía : « La costumbre

no constituye derecho sino en los casos en que á ella se remite la ley[1] ». No habiéndose reproducido ese artículo en el Código nacional, ¿qué solución debe adoptarse en esta materia? Es evidente que en los casos en que la ley se remite á la costumbre, ésta debe aplicarse. La dificultad está en saber si, en caso de que la ley no diga nada, ni aun para remitirse á la costumbre, puede aplicarse ésta. En otros términos, ¿se puede aplicar la costumbre fuera de los casos en que la ley se remite á ella? Á falta de disposición pensamos que debería optarse por la afirmativa. Cuando surgen dificultades que no es posible resolver por preceptos de la ley, la costumbre nos ofrece soluciones de las cuales no debe prescindirse, porque entonces, desechando la costumbre, se abre el camino á la arbitrariedad.

La Ley 153 de 1887 en su artículo 13 hizo desaparecer toda duda sobre el particular. Dicho artículo dice así :

La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, á falta de legislación positiva.

¿Cómo debe interpretarse este artículo? ¿Qué se entiende aquí por legislación positiva? Ya hemos dicho que la legislación positiva se contrapone al derecho natural, y que en aquélla se comprende toda regla jurídica actualmente en vigor, lo que abrazaría hasta el derecho consuetudinario. ¿Podemos decir que las reglas generales de derecho, aunque no formuladas, hacen parte de la legislación positiva? Así lo creemos.

Las reglas generales de derecho son de dos clases : las unas formuladas en las leyes mismas, las otras sacadas por inducción de las reglas particulares establecidas por el legislador. En cuanto á las primeras, no hay duda alguna : la costumbre no tiene fuerza contra ellas. Pero tampoco tiene fuerza contra las reglas generales que se sacan por inducción de las disposiciones particulares. Aunque no se hayan formulado expresamente tales reglas, no por eso dejan de existir ni de hacer parte del derecho positivo. Son principios generales que se

[1] Cód. ch., art. 2. — *Bello*, C. H. 3; C. A. 10 y 11.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

deducen de las consecuencias expresadas por el legislador. Éste no pudo establecer dichas consecuencias sino aceptando el principio.

Por tanto, la costumbre no debe aplicarse de preferencia á las reglas generales de derecho. Además, debiendo ser las reglas de derecho conformes con la voluntad general, y siendo la costumbre el producto de esa voluntad, nos parece difícil que se presente conflicto entre unas y otras.

En el derecho colombiano el legislador se remite con frecuencia á la costumbre, según puede verse en los artículos 1246, 1256, 1621, 1879, 1998, 2002, 2009, 2012, 2044, 2143, 2045, 2054 del Código Civil y en los artículos 2º y 3º del Código de Comercio.

48. ART. 9.º La ignorancia de las leyes no sirve de excusa[1].

Disposición muy sabia y adoptada universalmente es ésta, á pesar de que, á primera vista, parece extraño que se apliquen á una persona disposiciones legales que ignora. Sin este principio se establecería la anarquía. La aplicación de la ley tiene que ser general; el orden público lo exige así imperiosamente[2].

49. El artículo 10[3] del Código Civil fué reemplazado por el 5º de la Ley 57 de 1887, que dice así:

Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1.ª La disposición relativa á un asunto especial prefiere á la que tenga carácter general;

2.ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón

[1] Cód. ch., art. 8. — *Bello*, L. 2, t. 2, lib. 3. Nov. Recop.

[2] Este mismo principio está consignado en el artículo 58 de la Ley 149 de 1888: « No podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia, según los artículos anteriores ».

[3] Art. 10. El orden en que deben observarse los Códigos nacionales, cuando ocurran entre ellos incompatibilidades ó contradicciones, será el siguiente:

1º En sus respectivas especialidades: el Código Administrativo, el Fiscal, el Militar, el de Fomento;

2º Los sustantivos, á saber: el Código Civil, el de Comercio, y el Penal;

3º El adjetivo Judicial.

de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

Veremos después, al comentar los primeros 48 artículos de la Ley 153 de 1887, cómo quedó reformada en parte de un modo virtual la anterior disposición de aquel mismo año.

CAPÍTULO III.º

EFECTOS DE LA LEY.

Sección 1ª — Formación de las leyes.

50. El estudio completo de la reformación de las leyes pertenece al Derecho Público. Sin embargo, conviene hacer aquí algunas breves indicaciones sobre la materia, aunque limitándonos á comentar las disposiciones del Código Civil en el particular.

En Colombia, como en cualquier país organizado sobre el principio fundamental de la separación de los Poderes, el derecho de hacer las leyes pertenece al Poder Legislativo, al Congreso (art. 76 de la Constitución). Mas, para que una ley sea obligatoria para los ciudadanos, no basta que haya sido votada por el Poder Legislativo, es necesario también que el Poder Ejecutivo la haya mandado ejecutar y publicar, de manera que sea conocida por los interesados. Esta última formalidad, la publicación, se requiere para justificar el principio establecido en el artículo 9º. No es necesario ni posible que todos conozcan la ley para que sea aplicable á todos, pero sí es preciso que todos hayan podido conocerla.

En cuanto á la votación de la ley, diremos solamente que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras (Constitución, art. 79) y que deben aprobarse en cada una en tres debates en distintos días, por mayoría absoluta de votos (art. 88)[1].

[1] V. también el numeral 7º del artículo 118 de la Constitución.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

51. En lo que se refiere al Poder Ejecutivo en relación con las leyes, hay que distinguir la *promulgación* y la *publicación* de éstas. La promulgación es el acto por el cual el Jefe del Poder Ejecutivo certifica la existencia de la ley y ordena que se ejecute.

La publicación es el acto material por el cual se da á conocer á los interesados, insertándola en un periódico oficial.

La promulgación resulta, por consiguiente, del decreto por el cual el Jefe del Gobierno manda ejecutar la ley, y la publicación de la inserción en un periódico oficial y del vencimiento del plazo necesario para que los ciudadanos hayan tenido tiempo de recibir y de leer aquél.

Sin embargo, el Código no distinguía estas dos operaciones. No hablaba sino de la promulgación :

ART. 11. La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día que en ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación[1].

En realidad, la promulgación resulta de la fórmula « Publíquese y ejecútese », y de las firmas del Presidente y del Ministro respectivo; la inserción en el periódico oficial constituye la publicación.

52. En el artículo 7º del Código Civil y en el 8º de la Constitución se habla de la sanción del Gobierno. La sanción propiamente dicha era, en otros tiempos, la confirmación de una ley hecha por el soberano. La sanción, en este sentido, suponía que el Jefe del Estado era parte del Poder Legislativo, y que su consentimiento era necesario para que la ley fuese perfecta. Esto es lo que parece expresar el artículo 81 cuando dice : « ningún acto legislativo será ley sin... haber obtenido la sanción del Gobierno ». Pero en realidad, éste no puede rehusar su aprobación, sino sólo pedir que se le dé otro debate, en el cual debe ser adoptado por los dos tercios de los votos. No se puede decir con propiedad que el Presidente tenga el derecho de sanción tal como tradicionalmente se entendía esa palabra, puesto que si el Congreso insiste en aprobar el proyecto, el Gobierno no puede rehusar su

[1] Cód. ch., art. 6. — *Bello :* « Aplicación de la ley 12, t. 2, lib. 3, Nov. Recop. »

promulgación, y el artículo 89 de la Carta fundamental da al Presidente del Congreso el derecho de sancionar y promulgar las leyes en caso de que el Gobierno no cumpla con el deber de hacerlo.

En Francia también el Presidente de la República tiene el derecho de pedir una nueva deliberación; sin embargo, no se considera que tenga el de sanción. Se dice que la ley es perfecta por la votación en las Cámaras, si el Presidente no pide otro debate, ó por el voto que sigue á esa petición, si la hay.

Creemos que lo que llama la Constitución sanción del Poder Ejecutivo hubiera sido mejor llamarlo promulgación, y lo que llama el Código Civil promulgación llamarlo publicación.

El artículo 54 de la Ley 149 de 1888, que luego veremos (nº 53 *in fine*), reglamenta de otro modo la promulgación de las leyes.

53. Tres sistemas se reconocen para poner en vigor las leyes promulgadas : el que establece que empiecen á regir en todo el país el día mismo en que se publiquen en el periódico oficial, sin conceder ningún plazo para que la ley llegue á conocimiento de los interesados, de manera que coinciden la publicación legal y la publicidad de hecho, y basta que la ley aparezca para que produzca efectos obligatorios inmediatos en todas partes.

Peca este sistema por falta de equidad, pues hace obligatorio un acto legislativo que no pudo conocer la mayor parte de las personas á quienes se aplica : en países de comunicaciones difíciles y de un territorio extenso como Colombia, sería absolutamente inaceptable.

El segundo sistema consiste en disponer, como lo hacía el art. 12 del Código Civil colombiano, hoy abrogado[1], que la

[1] Art. 12. La promulgación de la ley se hará insertándola en el *Diario Oficial*, y enviándola en esta forma á los Estados y á los Territorios.

En la capital de la Unión se entenderá promulgada el día mismo de la inserción de la ley en el periódico oficial : en los Estados y en los Territorios, tres días en la capital y quince días en los distritos ó poblaciones de que se compongan, después del recibo de dicho periódico por el Presidente ó Gobernador del Estado, ó por el Prefecto del Territorio respectivo; á cuyo efecto estos fun-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ley no obliga en los territorios sino gradualmente, á medida que el periódico oficial que la contiene se reciba en los diversos municipios.

Este medio, en favor del cual se ha invocado la conveniencia de que la ley tenga inmediata eficacia tan pronto como se presume que ha llegado á conocimiento de aquéllos á quienes comprende, tiene el defecto de que, en un momento dado, no puede saberse á ciencia cierta, sin consultar registros diversos, la fecha en que la ley empezó á regir en cada lugar, y se presta á muchos abusos, puesto que en el territorio de un mismo país hay lugares donde rige y otros en donde no es obligatoria.

Otro sistema, adoptado en las legislaciones modernas, consiste en señalar un plazo único para que obligue la ley en toda la nación simultáneamente.

El legislador colombiano lo adoptó en el artículo 54 de la Ley 149 de 1888, citada atrás, y que dice :

> La ley no obliga sino en virtud de su promulgación y su observancia principia dos meses después de promulgada.
>
> La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción.

De esta regla general se exceptúan en Colombia (art. 55 *ibid.*) los casos siguientes :

> 1º Cuando la ley fije el plazo en que deba principiar á regir, ó autorice al Gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará á regir el día señalado.
>
> 2º Cuando por causa de guerra ú otra inevitable estén interrumpidas las comunicaciones de algunos distritos con la capital y suspendido el curso ordinario de los correos, en cuyo caso los dos meses se cuentan desde que cese la incomunicación y se restablezcan los correos.

Salvo un inconveniente insuperable, el Gobierno debe procurar que las leyes se publiquen ó se inserten en el periódico oficial dentro de los diez días de sancionadas (art. 56 *ibid.*)[1].

cionarios harán llevar por su Secretario un Registro especial en que se anote el día del recibo de cada número del *Diario Oficial*, dando aviso de ello por el inmediato correo á la Secretaría de lo Interior y Relaciones Exteriores.

[1] Notaremos que, de acuerdo con el artículo 205 de la Constitución, ninguna variación en la tarifa de aduanas comenzará á ser ejecutada sino 90 días después de sancionada la ley que la establezca, y toda alza ó baja en los derechos de importación se verificará por décimas partes en los diez meses subsiguientes.

54. Si bien es cierto, además, que el Poder Ejecutivo, por regla general, no puede expedir leyes, sin embargo, conforme á la Constitución, queda transitoriamente investido de facultad semejante en el caso previsto por el artículo **121**, según el cual, cuando se declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, ó parte de ella, el Presidente puede, dentro de ciertos límites, dictar decretos de carácter provisional legislativo, que serán obligatorios, siempre que lleven la firma de todos los Ministros. Á esta hipótesis se refiere el artículo 11 de la Ley 153 de 1887 :

> Los decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno á virtud de autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes.

55. Por otra parte, corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y conforme al ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, procurar la cumplida ejecución de las leyes por medio de providencias á las cuales se aplica el artículo 12 de la Ley 153 :

> Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios á la Constitución, á las leyes ni á doctrina legal más probable.

Sección II. — Aplicación de las leyes.

56. El cargo de aplicar las leyes pertenece, en las sociedades modernas, á un tercer Poder, más ó menos independiente de los otros dos, que se llama *Poder Judicial*. « No hay libertad, dice Montesquieu, si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo ».

57. Establecida la justicia para mantener la paz entre los hombres, es necesario que el Juez no pueda denegarse en ningún caso á administrarla. Tal es el motivo de la disposición contenida en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 :

> Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Á este artículo debe agregarse el 13 de la misma Ley 153,

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ya explicado, según el cual, á falta de legislación positiva, se aplica la costumbre.

La obligación del Juez de fallar todas las cuestiones sometidas á su decisión, conforme á las disposiciones que hemos analizado, tiene su sanción en el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 :

Los Jueces ó Magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

58. Si es preciso que el Poder Legislativo no absorba el Poder Judicial, no menos necesario es que éste se mantenga dentro de sus propias funciones, sin usurpar las del legislador. Por eso, según el

ART. 17. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido á los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general ó reglamentaria.

¿Cuál es el sentido de esa frase : « proveer por vía de disposición general ó reglamentaria »? Para entenderla conviene saber que el artículo 17 á que nos referimos es, en su parte segunda, traducción literal del 5º del Código Civil francés, con la sola diferencia de que, en lugar de la fórmula *disposición general ó reglamentaria,* empleada por el Código colombiano, aquél dice más exactamente *disposición general y reglamentaria*. En efecto, no deben distinguirse las disposiciones generales por una parte y las reglamentarias por otra. Hay sólo, ó más bien había en el antiguo derecho francés, disposiciones generales y reglamentarias, que fueron prohibidas por el Código Napoleón. Antes de la Revolución existían en Francia Tribunales superiores llamados Parlamentos, los cuales en sus sentencias anunciaban frecuentemente que en lo futuro fallarían de la misma manera los casos semejantes, de modo que para los tribunales inferiores era obligatorio conformar sus sentencias á las disposiciones generales y reglamentarias de los Parlamentos. Tales fallos se llamaban sentencias de reglamento (*Arrêts de règlement*).

Hoy la jurisprudencia ó doctrina de los tribunales no es obligatoria para el juez, á quien no le basta invocar otra sentencia anterior, aunque emane de un tribunal, para motivar la suya. El juez, cualquiera que sea su categoría, no puede ni ligarse ni ligar á otros para el porvenir.

59. Como lo dice el artículo 17, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Sin embargo, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 contenía una disposición muy restrictiva de aquel principio :

En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable.

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.

Así, cuando la Corte Suprema había dictado tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, los demás tribunales tenían que conformarse á su interpretación. Por consiguiente, en contra de lo establecido en el artículo 17, la Corte gozaba de una atribución análoga á la de los antiguos Parlamentos; se declaraba que la tercera sentencia dictada por ella sobre un punto de derecho, conforme á las anteriores, valía como sentencia general y reglamentaria.

Quizá una disposición semejante tenía algunas ventajas prácticas ; podía evitar ciertos recursos ante la Corte Suprema porque se juzgaran inútiles. Sin embargo, era contraria al principio de la separación de los poderes legislativo y judicial, y podía originar serias dificultades.

En primer lugar, había que preguntar : ¿quedaba la Corte también ligada por tres decisiones suyas uniformes? Si se optaba por la afirmativa, resultaba que la Corte era poder legislador, con la sola obligación de decidir tres veces en el mismo sentido, obligación que también se impone, en cierto modo, al Congreso, con la exigencia constitucional de tres debates forzosos para cada proyecto de ley. La experiencia demuestra que las Cortes Supremas modifican su jurisprudencia frecuentemente. Con el tiempo cambian las ideas y

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

los hombres. Á veces después de diez, quince y más decisiones en el mismo sentido, la Corte de Casación francesa ha adoptado el sistema opuesto. Toca al legislador resolver las dificultades de una manera definitiva, pero es por todo extremo peligroso conferir un poder de tal clase á la Corte Suprema.

Si, por otra parte, como creemos que debía decidirse, la Corte no estaba ligada por tres decisiones suyas uniformes, resultaba que los tribunales inferiores quedaban obligados por la ley á conformarse á una doctrina que la Corte Suprema podía variar. Así, suponiendo que un tribunal hubiese fallado según la doctrina legal en asuntos apelables ante la Corte Suprema, si ésta cambiaba de opinión, se anulaba la sentencia aunque estuviese conforme con la ley. Si el juez no se ajustaba á la disposición del artículo 10, habría habido que declarar nula la sentencia por violación de dicho artículo, aunque la Corte estimase el fallo aceptable en el fondo. Si, prescindiendo del artículo 10, juzgaba según su conciencia, el fallo se habría también declarado nulo por estar en desacuerdo con la nueva doctrina de la Corte.

Como se ve, cualquiera que hubiese sido la interpretación del artículo 10, habría conducido á resultados inaceptables. Si se admitía que la Corte quedaba ligada por sus propias decisiones, se la investía de facultades de legislador; si no, se llegaba á una extraordinaria confusión.

El artículo 371 de la Ley 105 de 1890 agravó el sistema de la doctrina legal de que estamos hablando, al declarar, como declaró, que dos decisiones uniformes interpretativas constituían la doctrina legal lo mismo que las declaraciones que la Corte hiciese en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurriesen, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quedase sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso.

Según este artículo, parecía que, cuando no existiesen leyes relativas á una cuestión, no había otro medio que recurrir á la Corte Suprema; pero ya sabemos que, á falta de ley, se aplican las reglas de derecho; á falta de tales reglas, la costumbre, y á falta de costumbre, la equidad, de tal

suerte que ninguna cuestión puede dejar de resolverse, aun por los tribunales inferiores. Había, pues, poca armonía entre el artículo referido y los de la Ley 153 de 1887 que hemos explicado.

La misma Ley 105 de 1890 concedía de una manera expresa (art. 369 y 370) el derecho de interponer recurso de casación contra sentencias violatorias de doctrina legal.

El Congreso de 1896 reformó las disposiciones anteriores por medio del artículo 4º de la Ley 169, que dice :

> Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

Esto equivale á suprimir en absoluto el sistema de la doctrina legal, restableciendo la libertad para todos los jueces y tribunales, y habría bastado al efecto derogar pura y simplemente las disposiciones ya analizadas.

Sección III. — De los efectos de la ley en cuanto al tiempo en que se aplica.

§ 1.º *Del principio de que la ley no produce efectos sino para lo futuro.*

60. El artículo 13[1] del Código Civil proclamaba el principio de que la ley no tiene efecto retroactivo.

Dicho artículo fué derogado por el 49 de la Ley 153 de 1887, que reglamenta con más amplitud la materia[2]; pero no por eso deja de ser exacto el principio que proclamaba el artículo 13, entendiéndolo en el sentido de que la ley no tiene efecto sino para lo futuro. Este principio tiene su fundamento

[1] Art. 13. La ley no tiene efecto retroactivo. No hay otra excepción á esta regla que la que admite el artículo 24 de la Constitución nacional, para el caso de que la ley posterior, en materia criminal, imponga menor pena. — Cód. ch., art. 9, inc. 1.º — *Bello*, C. T. 2.º

[2] La mayor parte de las disposiciones de esta ley en materia de efecto retroactivo se tomaron de la ley chilena de 7 de Octubre 1861, « sobre el efecto retroactivo de las leyes ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

en la razón misma. Si la ley es obligatoria para todos, y si la ignorancia de ella no sirve de excusa, mal puede obligar antes de existir; pues de otro modo los particulares quedarían expuestos á ver comprometido su patrimonio á cada momento, por leyes nuevas imposibles de prever; no habría seguridad ninguna en las transacciones, y los derechos más sagrados carecerían de base sólida. Además, las leyes no sólo no producen, en tesis general, efecto sino para lo futuro, sino que tampoco deben aplicarse á las consecuencias de hechos pasados posteriores á la promulgación de aquéllas, cuando aplicándolas se vulneren derechos adquiridos.

Según el inciso 1º del artículo 31 de la Constitución, « los derechos adquiridos con justo título con arreglo á las leyes civiles, por personas naturales ó jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores ».

Este texto, por ser constitucional, tiene mucho mayor alcance que el antiguo artículo 13 del Código. Cuando el último decía de una manera general que la ley no tiene efecto retroactivo, expresaba simplemente la idea de que, en principio, toda ley nueva no podía aplicarse sino á lo porvenir, dejando intactos los derechos adquiridos, conforme á la ley anterior; no ligaba sino al juez, el legislador podía, en casos excepcionales, hacer leyes retroactivas.

El artículo 31 de la Constitución, por el contrario, liga al legislador. En tal virtud, en el conflicto de dos leyes de fechas distintas, la más reciente no podrá aplicarse sino á los hechos posteriores á su promulgación, y el Congreso mismo no puede, en principio, sin contrariar la Constitución, expedir leyes que vulneren derechos adquiridos, ya volviendo sobre la pasado, ya aplicándolas á consecuencias de hechos pasados.

61. Cierto es que, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 153 de 1887 :

> Una disposición expresa de ley posterior á la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria á la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.

Pero esta disposición no tiene otro objeto que establecer

que al Poder Judicial no toca apreciar la constitucionalidad ó inconstitucionalidad de las leyes[1]. La ley, aunque inconstitucional, deberá ser aplicada por los jueces; pero no por ello dejará de ser inconstitucional; á la doctrina de los expositores y á los miembros del Congreso tocará señalar la inconstitucionalidad y solicitar la abrogación ó reforma de la ley.

62. Por otra parte, el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución establece una restricción importante al principio de que una ley nueva no debe vulnerar derechos adquiridos :

> Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente.

¿Qué debe entenderse por « ley expedida por motivos de utilidad pública »? Si se entendiera por esto toda ley que mire al interés general, evidentemente el inciso 2º destruiría el 1º. Las leyes de interés particular sólo por rara excepción se expiden. Parece más probable que el texto se refiera á las leyes que redundan en interés directo de la nación ó del público, fuera del interés general que hay en que cada uno obtenga de la ley la mayor protección posible en sus bienes y en su persona. Por ejemplo, no diremos que una ley por la cual se organiza ó se reorganiza la protección de los menores sea expedida por motivos de utilidad pública en el sentido del artículo 31 á que nos referimos, aunque la protección de aquéllos mire al bien general y sea muy importante para la buena marcha de la sociedad. Por el contrario, deberá considerarse con tal carácter la ley que contenga principios relativos á la higiene.

Además, el artículo 18 de la Ley 153 de 1887 dice :

> Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad ó utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato.
>
> Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo á las leyes preexistentes.

[1] G. J. III, 403, 1.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá á los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses.

El inciso 1º de esta disposición admite, pues, que una ley expedida por motivos de moralidad, salubridad ó utilidad pública recibirá aplicación inmediata, aunque resulten vulnerados derechos adquiridos.

¿Cuál es el alcance de la disposición? En cuanto á la *salubridad*, creemos que este motivo quedaba compredido en la utilidad pública de que habla el artículo 31 de la Carta fundamental, y, por tanto, la disposición legal es meramente interpretativa de aquél.

Pero el artículo 18 habla además de *moralidad*. ¿Debe creerse que con esta expresión se ha querido extender el precepto constitucional? No parece posible, porque habría sido preciso llenar las formas requeridas para modificar la Constitución. Creemos, pues, que se trata de una disposición interpretativa ó explicativa de la Constitución, y esto es tanto más probable cuanto que los redactores de la Ley 153 fueron los mismos que expidieron la Carta fundamental del país. Por lo demás, es claro que lo que toca á la moralidad redunda en favor del bien general ó de la utilidad pública.

En consecuencia, la excepción de que habla el artículo 31 debe entenderse no sólo respecto de las leyes por las cuales se decreta que se construyan obras de utilidad pública y respecto de las disposiciones sobre salubridad é higiene, sino también de las leyes que se consideren como que interesan á la moralidad.

Á nuestro modo de ver, el legislador ha hecho una aplicación interesantísima de esta doctrina en las leyes sobre matrimonio, de que más adelante hablaremos.

En resumen, es permitido, conforme á la Constitución, expedir leyes con efecto retroactivo ó si se quiere retrospectivo, con tal de que no se desconozcan ni vulneren derechos adquiridos; y, por otra parte, toda ley expedida por motivos de moralidad, salubridad ó utilidad pública tendrá efecto inmediato aunque restrinja ó vulnere derechos adquiridos, sin que sea necesario disposición expresa de la ley misma, salvo la debida indemnización, si hubiere lugar á ella.

63. Finalmente, cabe observar aquí que las leyes interpretativas de otras no modifican estas, y por consiguiente no dan lugar á aplicación de los principios sobre efecto retroactivo; pero claro es, por otra parte, que la interpretación auténtica que establecen no es obligatoria sino desde su promulgación. Doble regla es esta que formula el artículo 14 en los términos siguientes :

Art. 14. Las leyes que se limitan á declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio [1].

§ 2.º *Distinción entre los derechos adquiridos y las meras expectativas.*

64. De lo dicho anteriormente resulta que es importantísimo saber lo que se entiende por *derecho adquirido*.

Á los derechos adquiridos se oponen las *meras expectativas*, de las cuales dice el artículo 17 de la Ley 153 de 1887 :

Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule ó cercene [2].

Respecto de la expresión « derecho adquirido » se ha observado [3] que puede dar lugar á que se crea que hay derechos no adquiridos, lo que es absurdo, y que bastaría decir simplemente derecho, contrapuesto á expectativa.

Sea de ello lo que fuere, las teorías sobre la distinción de los derechos adquiridos y las meras expectativas son casi tan numerosas como los jurisconsultos que han escrito sobre la materia. Expondremos la que nos parece más satisfactoria. Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade dicen que « por derechos adquiridos debe entenderse las facultades legales regularmente ejercidas, y por expectativas las que no lo habían sido en el momento de efectuarse el cambio de legis-

[1] Cód. ch., art. 9, inc. 2.º — *Bello* « Portalis, Memoria sobre el *Código de Cerdeña* presentada á la Academia de Ciencias Morales y Políticas, y reimpresa al frente de dicho Código; París, 1844, p. LXII y s. ».
[2] L. ch., art. 7, inc. 1º. — V. G. J. VIII, 360, 2.
[3] Huc, *Commentaire du Code civil*, t. 1º, nº 60.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

lación[1] ». Esta teoría es la que nos parece aceptable; pero creemos que deben hacerse á la fórmula dos modificaciones. En primer lugar, al decir que el derecho adquirido es la facultad legal ejercida, se puede entender que desde que una facultad legal se ejerce conviértese en derecho adquirido, el cual no puede ser modificado sin que haya ley retroactiva. No es esta ciertamente la idea : el derecho adquirido no es la facultad legal misma sino el resultado que se obtiene por el ejercicio de ella. En segundo lugar, la expresión ejercicio de las facultades legales parece implicar que la persona que adquiere el derecho debe forzosamente para esto poner en juego su actividad, y hay casos en que las facultades legales producen efectos sin que intervenga activamente el interesado, como sucede con las herencias, que se adquieren desde el momento de la muerte del *de cujus,* sin necesidad de manifestación ó acto alguno del heredero.

Con estas modificaciones la teoría expuesta parece bastante clara y sencilla; pero no por eso deja de ser de aplicación difícil y delicada.

La ley reconoce á los hombres ciertas facultades, como la de adquirir la propiedad, la de votar, la de heredar, etc. Mientras estas facultades no han sido ejercidas, ó más bien, mientras no han producido efecto, las condiciones en que es dable ejercitarlas pueden modificarse por nuevas leyes de aplicación inmediata. De la misma manera, se comprende que estas facultades se supriman sin que la aplicación inmediata de la nueva ley arrebate ningún derecho adquirido á las personas que tenían la facultad suprimida ó que la tenían con mejores condiciones antes de expedirse la nueva ley.

Pero desde que las aptitudes ó facultades legales se han ejercido y han producido efectos, éstos constituyen derechos adquiridos que no pueden ser vulnerados por ley posterior sin que tenga carácter retroactivo. Por ejemplo, las leyes que abolieron la esclavitud no eran retroactivas en cuanto suprimían la facultad, antes reconocida, de adquirir el de-

[1] V. Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de Droit civil. — Des personnes,* t. 1º, nº 133 y siguientes.

recho de propiedad sobre los hombres, pero sí lo eran en cuanto declaraban libres á los esclavos sobre los cuales se había ejercitado tal derecho conforme á la legislación anterior. Fué éste un caso notable en el que la retroactividad de la ley se fundó en motivos de moralidad y de orden público.

§ 3.º *Aplicaciones.*

65. Muy poco diremos de las aplicaciones de los principios anteriormente expuestos á los ramos del derecho distintos del Civil. No podemos, sin embargo, dejar de indicarlas, siquiera sea someramente.

1ª) *Leyes penales.* — El inciso 1º del artículo 28 de la Constitución establece el principio de que en materia penal la ley no tiene efecto retroactivo cuando se castiga un hecho que no era punible en el tiempo de su ejecución, ó se agrava la pena anteriormente señalada :

> Aun en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado *ex-post-facto*, sino con arreglo á la ley, orden ó decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente.
>
> Esta disposición no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprendidas y retenidas, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.

Lo mismo dice el artículo 43 de la Ley 153 de 1887 :

> La ley preexistente prefiere á la ley *ex-post-facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado ó penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere á las leyes que definen y castigan los delitos, pero nó á aquéllas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.

Observaremos que la idea de derecho adquirido sería aquí inconducente. Trátase sólo de una aplicación de la regla *nulla poena sine lege.*

El antiguo artículo 13 del Código Civil, derogado por el 49 de la Ley 153, admitía, conforme á la Constitución en-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

tonces vigente, que el culpado podía invocar la ley nueva cuando impusiera menor pena.

El mismo principio está reproducido en el artículo 44 de la Ley 153 de 1887 :

En materia penal la ley favorable ó permisiva prefiere en los juicios á la odiosa ó restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

Esta regla favorece á los reos condenados que estén sufriendo su condena.

Los artículos 45, 46 y 47 de la misma ley contienen aplicaciones de aquel principio.

66. 2ª) *Leyes políticas.* — Las leyes políticas empiezan á regir desde su promulgación, sin que puedan invocarse contra ellas derechos adquiridos. Se puede declarar no elegible al que lo era, quitar el derecho de votar al que lo tenía, etc.; pero el resultado obtenido bajo el imperio de una legislación por el ejercicio de los derechos políticos que reconocía, no puede modificarse por ley posterior, sin que ésta tenga el carácter de retroactiva é inconstitucional.

67. 3ª) *Leyes relativas al estado civil.* — La Ley 153 de 1887 consagra en esta materia reglas que son aplicaciones del principio anteriormente establecido :

El estado civil de las personas adquirido conforme á la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida [1]; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad ó dependencia entre los cónyuges, entre padres é hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto [art. 20] [2].

Como se ve, si el estado civil constituye una especie de propiedad que, una vez adquirida, no puede arrebatarse por ley posterior, ello es así sólo respecto de las calidades constitutivas de tal estado [3]; pero las ventajas que se derivan de

[1] El artículo 23 del Código Civil, sustituido por el presente, expresaba la regla en estos términos : « El estado civil adquirido conforme á la ley vigente á la fecha de su constitución, subsistirá aunque esa ley pierda después su fuerza ».

[2] L. ch., art. 3.

[3] Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, *loc. cit.*, nº 146.

éste, las facultades que concede, sí pueden ser modificadas por ley posterior, subsistiendo únicamente los resultados ya obtenidos, merced al aprovechamiento de tales ventajas, al ejercicio de dichas facultades.

El artículo 19 hace otra aplicación de esta última regla :

Las leyes que establecen para la administración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen á regir [1].

Además, el artículo 27 dice que

La existencia y los derechos de las personas jurídicas están sujetas á las reglas establecidas en los artículos 19 y 20, respecto al estado civil de las personas [2].

El 21 indudablemente respeta el principio :

El matrimonio podrá por ley posterior, declararse celebrado desde época pretérita, y válido en sus efectos civiles, á partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país; en cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación.

El artículo 22 significa simplemente que el matrimonio católico, considerado como válido civilmente desde su celebración por ley posterior á ésta, deberá probarse conforme á las reglas del Derecho Canónico :

Las pruebas del estado civil legitimado desde época pretérita por la ley posterior, se subordinarán al mismo principio que se reconoce como determinante de la legitimidad de aquel estado.

Asimismo es aplicación del principio de que el estado civil constituye un derecho adquirido, la regla del artículo 24 :

Los hijos declarados legítimos bajo el imperio de una ley, no perderán su carácter por virtud de ley posterior.

Se supone que la ley establezca condiciones para adquirir el estado de hijo legítimo. Los que lo tenían conforme á la ley anterior lo conservarán aunque no pudieran adquirirlo de

[1] V. L. ch., art. 2, y nótese la diferencia de redacción.

[2] L. ch., art. 10.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

acuerdo con la ley nueva. Observaremos que el estado de hijo legítimo se adquiere sin que sea preciso *declararlo,* como impropiamente dice el artículo **24**.

68. 4ª) *Leyes relativas á la capacidad y á la protección de los incapaces.* — La capacidad legal reconocida á una persona no constituye derecho adquirido sino la facultad de ejecutar válidamente ciertos actos y de adquirir determinados derechos. Si una ley nueva amplía ó restringe las condiciones necesarias para ejecutar ó adquirir aquéllos, dicha ley debe aplicarse inmediatamente á todas las personas que comprende, aunque por esto algunas dejen de ser capaces[1]. Pero subsistirán las consecuencias de los actos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior.

Conforme á esta regla, si una nueva ley fijara en Colombia la mayor edad á los veinticinco años, todas las personas de **21** á **25** volverían á caer en minoridad. El artículo 8º de la ley chilena de **7** de Octubre de **1861**, sobre efecto retroactivo, contenía á este respecto una regla distinta, que nos parece resultado de una confusión entre la idea del estado civil y la de la capacidad. Tal regla no se reprodujo, con mucha razón, en la ley colombiana sobre la materia. Por otra parte, esta ley, en el artículo **23**, hace, en cuanto á la capacidad de la mujer, una muy justa aplicación del principio :

> La capacidad de la mujer para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior. Pero si ésta restringe dicha capacidad, no se hará efectiva la restricción sino cumplido el término de un año, salvo que la ley misma disponga otra cosa.

Por la disposición final del texto se ha querido facilitar el tránsito de una legislación á otra.

Asimismo, las leyes que modifiquen la potestad marital y las atribuciones de los guardadores se aplicarán inmediatamente á todos los casos conforme al artículo **26** :

> El que bajo el imperio de una ley tenga la administración de bienes ajenos, ó el que ejerza válidamente el cargo de guardador, conservará el título que adquirió antes, aunque una ley nueva exija, para su adquisición, nuevas condiciones; pero el ejercicio de funciones, remuneración que corresponde al guardador, incapacidades y excusas supervinientes, se regirán por la ley nueva[1].

[1] Con mayor razón se aplicará la nueva ley si tiene por efecto hacer capaz al que no lo era. — G. J. VIII, 262, 2.

69. 5ª) *Leyes relativas á los derechos reales y á la posesión.* — Respecto de los derechos reales, la noción de derecho adquirido se explica con toda claridad. Aquél existe desde que ha entrado en el patrimonio, como lo establece el artículo **28** :

> Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto á su ejercicio y cargas, y en lo tocante á su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley[2].

¿Qué ha querido decir la ley con estas palabras, « en lo tocante á su extinción »? Á nuestro modo de ver, esto significa que la ley nueva debe aplicarse en cuanto al modo de conservar el derecho adquirido, y, por lo mismo, en cuanto al modo de perderlo[3], lo cual no quiere decir que el legislador pueda lisa y llanamente decretar la extinción del derecho ya adquirido. Esto no podrá hacerse sino en virtud de una ley expedida por motivos de moralidad ó utilidad pública, y, en principio, mediante indemnización, conforme al artículo **31** de la Constitución. Tal fué el carácter de las leyes que suprimieron la esclavitud. Del propio modo, una Asamblea socialista no podría decretar la extinción de la propiedad individual sin indemnizar á los propietarios actuales.

Pero supongamos que una ley posterior someta á condiciones nuevas la conservación y por consiguiente el modo de extinguir el derecho real de hipoteca. En este caso, por aplicación del principio legal que estudiamos, los acreedores hipotecarios anteriores tendrían que someterse á la nueva ley[4].

Así entendida, como creemos debe serlo, la disposición es perfectamente justificable.

[1] L. ch., art. 9, inc. 1.º
[2] L. ch., art. 12.
[3] Pero claro es que la extinción no podrá efectuarse sino en cuanto el hecho que la produzca sea posterior á la promulgación de la nueva ley. — G. J. V, 388, 2.
[4] Baudry-Lacantinurie y Houques-Fourcade, *loc. cit.*, nº 153, y las autoridades citadas.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En cuanto á la posesión, que es un hecho y no un derecho, es claro que debe someterse á la ley nueva; y si bien es cierto que el hecho de la posesión permite, mediante ciertas condiciones, adquirir algunos derechos, también lo es que, mientras la adquisición no se haya realizado, podría la ley cambiar los términos á que queda sometida la facultad de adquirir por medio de la posesión más ó menos prolongada.

Sin embargo, en materia de prescripción, dice el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 :

La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó la segunda, á voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará á contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado á regir [1].

Pero en el mismo Mensaje del Presidente de Chile relativo á la ley que sirvió de norma para este texto en la legislación colombiana, se reconoce que el partido adoptado no se conforma rigurosamente á los principios téoricos [2]. Efectivamente, mientras la prescripción no se ha cumplido, la situación del que está prescribiendo no constituye derecho adquirido; nada ha entrado en su patrimonio. El artículo 42 proclama además una regla en que, con toda claridad, aparece que el prescribiente no tiene ningún derecho adquirido, sino una mera expectativa :

Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiere principiado á poseerla conforme á una ley anterior que autorizaba la prescripción [3].

La ley aplica á las servidumbres (art. 32) el principio establecido para los derechos reales en general en los términos siguientes :

Las servidumbres naturales y voluntarias constituídas válidamente bajo el imperio de una antigua ley, se sujetarán en su ejercicio y conservación á las reglas que establecieren leyes nuevas [4].

[1] L. ch., art. 25.
[2] V. *Explicaciones de Código Civil*, publicadas por la Academia de leyes y ciencias politicas de Chile, p. 60.
[3] L. ch., art. 26.
[4] L. ch., art. 16.

Como se ve, el texto no habla sino de servidumbres naturales y voluntarias. Respecto de las legales, quizá podría aplicárseles el artículo 33, que corresponde al 17 de la ley de Chile, el cual había sido modificado por la Comisión legislativa de este último país en el sentido de reemplazar la expresión servidumbres naturales por la de servidumbres legales :

Cualquiera tendrá derecho de aprovecharse de las servidumbres naturales que autorizare á imponer una nueva ley; pero para hacerlo tendrá que abonar al dueño del predio sirviente los perjuicios que la constitución de la servidumbre le irrogare, renunciando éste por su parte las utilidades que de la reciprocidad de la servidumbre pudieran resultarle; pero podrá recobrar su derecho á tales utilidades siempre que pague la indemnización antedicha [1].

El texto habla de servidumbres « que autorizare establecer una nueva ley », y mal podría ésta autorizar la constitución de nuevas servidumbres naturales que, en la terminología del Código, son las que dependen de las cosas mismas y no de los convenios entre los particulares ni del querer del legislador. De todos modos, la redacción del artículo á que nos referimos es deficiente.

70. 6ª) *Leyes relativas á derechos condicionales.* — Un derecho condicional, aunque sometido en su existencia á la realización de un hecho futuro ó incierto, no deja de ser en su calidad de condicional derecho adquirido : este derecho entra en el patrimonio del que lo adquiriere, es transmisible y puede embargarse y cederse. En principio, por consiguiente, las leyes posteriores no podrán aplicarse cuando de ello resulte menoscabo para tales derechos. Sin embargo, la Ley 153 de 1887 establece, en el artículo 30, regla distinta para un caso excepcional :

Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de la ley nueva y por el tiempo que señalare la precedente, á menos que este tiempo, en la parte de su extensión que corriere después de la expedición de la ley nueva, exceda del plazo íntegro que ésta señala, pues en tal caso, si dentro del plazo así contado no se cumpliere la condición, se mirará como fallida [2].

[1] L. ch., art. 17.
[2] L. ch., art. 14.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En esta disposición se han tenido en mira principalmente los fideicomisos. El artículo 800 del Código fija en treinta años el plazo dentro del cual debe cumplirse la condición de que penda la restitución de un fideicomiso. Si una nueva ley fija este plazo en diez años, todos los fideicomisos anteriormente establecidos por plazos mayores de diez años se reducirán á este tiempo.

En tal caso, el Código no considera que haya derecho adquirido, puesto que, según el inciso 1° del artículo 820, « el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo ».

Cierto es que el derecho del fideicomisario no puede considerarse como un derecho condicional ordinario, puesto que, realizada la condición, produciría efecto retroactivo y debería reputarse al fideicomisario como que jamás había sido propietario, lo que es inadmisible.

El artículo 31 aplica regla análoga en materia de usufructos, usos y fideicomisos sucesivos :

> Siempre que una nueva ley prohiba la constitución de varios usufructos sucesivos, y expirado el primero antes de que ella empiece á regir, hubiere empezado á disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo á que le autorizare su título ; pero caducará el derecho de usufructuarios posteriores, si los hubiere.
>
> La misma regla se aplicará á los derechos de uso ó habitación sucesivos y á los fideicomisos [1].

Este texto era inútil puesto que, cuando se sancionó, ya estaban prohibidos en Colombia los fideicomisos y usufructos sucesivos, por ministerio de los artículos 805 y 828 del Código Civil. Por lo mismo, no nos detendremos en el comentario de aquella disposición legal.

71. 7ª) *Leyes relativas á las sucesiones, testamentos y donaciones.* — 1.° La capacidad para dejar ó recoger una sucesión abintestado, para hacer y recibir una donación, se rige por la ley vigente en la época de la delación de la sucesión ó en la

[1] L. ch., art. 15.

época en que se perfecciona la donación. Lo mismo sucede respecto á la capacidad para recibir un legado. En consecuencia, si el legado es condicional, habrá que esperar que la condición se cumpla, mientras tanto, no hay derecho adquirido, porque, según el artículo 1.013 del Código, el llamamiento que la ley hace para que se acepte el legado no se realiza sino al cumplirse la condición. Asimismo, en cuanto á la vocación hereditaria, se aplicará la ley vigente en la época de la delación como lo dice el artículo 37 :

> En la adjudicación y partición de una herencia ó legado se observarán las reglas que regían al tiempo de su delación [1].

Mientras tanto, los llamados á suceder simplemente tienen aptitud para esto, aptitud que puede quitarles una nueva ley. Sin embargo, el artículo 25 parece contener una excepción á esta regla :

> Los derechos de los hijos ilegítimos ó naturales se sujetan á la ley posterior en cuanto su aplicación no perjudique á la sucesión legítima.

¿De qué sucesión legítima se trata aquí? Si de la sucesión abierta, el texto no hace otra cosa que aplicar la regla del artículo 31 : se tendrá en cuenta para repartir la sucesión la ley vigente en el momento de la delación de aquélla.

Una ley posterior más favorable á los hijos ilegítimos ó naturales no podría influír sobre las sucesiones ya abiertas. Pero si el legislador quiso proteger á los descendientes legítimos contra las leyes posteriores que puedan mejorar la condición de los hijos naturales ó ilegítimos, estableció una excepción á los principios, verdaderamente injustificable. Los descendientes legítimos mientras no se haya abierto la sucesión no tienen ningún derecho adquirido : la ley nueva tendrá aplicación inmediata. Por otra parte, la ley de 1887 no ha podido ligar al legislador del porvenir, porque sus disposiciones no tienen el carácter constitucional. Luego si la nueva ley favorable á los hijos ilegítimos ó naturales los

[1] L. ch., art. 21.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

llama claramente á la sucesión en mejores condiciones que antes, deberá considerarse abrogado el artículo 25[1].

Finalmente, si para determinar los herederos se aplican las reglas vigentes en la época de la apertura de la sucesión, es claro que la misma ley deberá aplicarse por lo que respecta á la representación (V. art. 36 inc. 1º *infrà*).

2º En cuanto al testamento hay que distinguir las condiciones extrínsecas ó de forma y las intrínsecas ó de fondo. Á las primeras se aplica la ley vigente al tiempo del otorgamiento, conforme á la regla general *tempus regit actum*. Por el contrario, á las condiciones de fondo se aplicarán las reglas vigentes en la época de la muerte del testador. Art. 34 :

Las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea á su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas á la ley vigente en la época en que fallezca el testador.

En consecuencia, prevaleceran sobre las leyes anteriores á la muerte del testador las que al tiempo en que murió regulaban la capacidad ó indignidad de los herederos ó asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones[2].

Esta misma regla la repite en otra forma el artículo 35 :

Si el testamento contuviere disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó no debían llevarse á efecto, lo tendrán, sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador[3].

Ya conocemos la disposición del inciso 1º del artículo 36 :

En las sucesiones forzosas ó intestadas el derecho de representación de los llamados á ellas se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura.

El inciso 2º contiene meramente una regla de interpretación de la voluntad del testador :

Pero si la sucesión se abre bajo el imperio de una ley, y en testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiere llamado voluntariamente á indeterminada persona que, faltando el asignatario directo, haya de suceder en

[1] Notaremos que la disposición á que estamos refiriéndonos no existe en la ley de Chile sobre efecto retroactivo.
[2] L. ch., art. 18.
[3] L. ch., art. 19.

todo ó parte de la herencia por derecho propio ó de representación, se determinará esta persona por las reglas á que estaba sujeto aquel derecho según la ley bajo la cual se otorgó el testamento[1].

Se supone que el testador hizo asignación en beneficio de una persona con sustitución vulgar á favor de otra designada por su calidad de heredero ó representante de la primera. Para determinar esa persona habrá que consultar la ley á que quiso referirse el testador, es decir, la ley vigente en la época en que se otorgó el testamento. Esta regla, además, debe generalizarse cuando quiera que el testador no haya designado á un asignatario determinándolo claramente y se limite á indicar los medios de determinarlo; hay que averiguar cuál fué la intención del *de cujus*, á qué persona se propuso favorecer, y esto no puede lograrse sino apreciando los elementos que existían en la época en que fué abrogado el testamento. Sin embargo, el juez tendrá cierto poder de apreciación en esta materia, y no quedará forzosamente obligado á aplicar en cada caso la ley que regía en la fecha del otorgamiento. Por ejemplo, si el testador dijo : dejo á mis legitimarios tales bienes á título de legítimos, bien podrá decirse que con ello se quiso referir á los legitimarios que tuviera en el momento de su muerte, conforme á la ley que rigiese en la época en que otorgó el testamento.

72. 8ª) *Leyes relativas á los contratos y sus efectos.* — Celebrado válidamente un contrato, subsistirá aunque sobrevenga una ley que modifique las condiciones requeridas para su validez : el derecho personal que nace del contrato ha entrado en el patrimonio del acreedor. Este caso y el de la adquisición de los derechos reales son los en que la noción del derecho adquirido aparece con más claridad.

También deberá aplicarse la ley vigente en la época del contrato para determinar los efectos que ha de producir. Tal es la significación del inciso 1º del artículo 38 :

En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición :

[1] L. ch., art. 20.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

1.° Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y

2.° Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido[1].

En realidad, los efectos del contrato dependen de la voluntad de los contratantes : si éstos no han modificado los efectos legales del contrato, es claro que los han aceptado y no han podido aceptar sino los producidos por la ley vigente cuando contrataron. Esto se aplicará sobre todo á las causas de resolución del contrato.

Las excepciones enumeradas por el artículo 38 no son sino aplicaciones de principios generales.

Como lo hemos visto, no puede aplicarse una pena sino en conformidad con la ley que regía en la época en que se perpetró el delito[2].

Pero ¿no puede entenderse que se ha querido hablar aquí de la pena de que trata el inciso 2° del artículo 6° del Código? Si así fuera, la disposición á que nos referimos significaría que la resolución del contrato á consecuencia de hechos posteriores á su formación quedaría sometida no á la ley vigente en la fecha del contrato, sino á la que regía en la época de la ejecución del hecho. Si tal fuera la significación de la regla, repetimos, no sería jurídica : las leyes vigentes en la época de la celebración del contrato « se entienden incorporadas » en él; la expresión no es muy satisfactoria, pero la idea sí es excelente. Respecto de todos los efectos no reglamentados por las partes debe decirse que han querido adoptar los señalados por las leyes entonces vigentes. Esto es también cierto por lo que toca á la resolución del contrato, aunque dependa de hechos posteriores; el efecto, aunque condicional, es resultado de la voluntad tácita de las partes : no puede modificarse por leyes posteriores que aquéllas no han podido

[1] L. ch., art. 22.

[2] Los artículos 840 á 843 del Código Penal colombiano castigan con las penas de prisión y reclusión al que hubiere recibido un depósito y se lo apropiare, lo malversare ó disipare, ó lo negare maliciosamente. Tal vez será este el único caso en que pudiera aplicarse el numeral 2° del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

tener en cuenta[1]. Aquí aparece el inconveniente práctico de la terminología inexacta del artículo 6.° Un ejemplo lo hará comprender mejor : supongamos que una ley suprima la regla contenida en el inciso 1° del artículo 1546, según el cual, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, ¿debería aplicarse esta ley á los contratos que se celebraron antes de su promulgación? Sería injusto hacerlo así, porque tal vez si la ley vigente no hubiera admitido la resolución por no cumplimiento, las partes la habrían estipulado de un modo expreso.

Pero evidentemente la pena de que trata el inciso 2° del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 no es la de que se habla en el artículo 6° del Código, porque aquella disposición, como lo hemos observado, se tomó literalmente del artículo 22 de la ley chilena de 7 de Octubre de 1861 sobre efecto retroactivo, que se refiere al Código Civil de aquel país, en el cual no se encuentra ninguna disposición que establezca lo que se dice en el artículo 6° del Código colombiano, introducido en él por los redactores de esta última obra.

73. 9ª) *Leyes relativas á la forma de los actos.* — Ya hemos enunciado incidentalmente la regla que debe aplicarse en esta materia : *tempus regit actum*. La forma de los actos jurídicos está sometida á la ley del tiempo de su celebración, regla que se aplica también á los testamentos, aunque para los efectos de éstos, se considere que tienen la fecha en que fallece el testador.

74. 10ª) *Leyes relativas á la prueba de los actos.* — El principio sobre esto se halla consignado en el artículo 39 :

Los actos ó contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada á la ley vigente al tiempo en que se rindiere[2].

Es evidente, en efecto, que las partes han entendido que podrían probar el acto conforme á la ley que regía en la época

[1] Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, t. I°, n° 159, y las autoridades que citan.

[2] L. ch., art. 23.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

de su celebración, y esta facultad constituye un verdadero derecho adquirido. La parte final del artículo 40 no es sino aplicación del principio relativo á las leyes procedimentales de que vamos á hablar.

75. 11ª) *Leyes procedimentales.* — La facultad de ocurrir á la justicia por medio de un procedimiento determinado no constituye un derecho adquirido : sólo los resultados del uso que se ha hecho de esa facultad tienen este carácter. Doble regla es ésta que expresa muy bien el artículo 40 :

> Las leyes concernientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación[1].

Las leyes sobre procedimiento no constituyen derechos adquiridos sino cuando las personas que figuran en un juicio hubieren comenzado á aprovecharse de aquéllas, respecto de los términos que hubieren empezado á correr y de las actuaciones y diligencias iniciadas al tiempo de entrar á regir la nueva ley, como dice el texto en su segunda parte.

Sección IV. – De la influencia de la voluntad de los particulares sobre los efectos de la ley.

76. ¿En qué medida pueden modificarse por las manifestaciones de la voluntad de los interesados los efectos de la ley? En materia civil los efectos que produce la ley no se imponen ordinariamente á los individuos cuando tienen por consecuencia concederles derechos, y es un principio obvio el de que cada cual puede renunciar aquéllos : los favores no se imponen. El artículo 15 proclama el principio en los términos siguientes :

> Art. 15. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.

Por tanto, la regla es que los derechos reconocidos por la

[1] L. ch., art. 24.

ley ó conferidos por ella á los particulares pueden renunciarse, ora se trate de los que se confieren en virtud de la sola calidad de las personas y de las relaciones de familia, como los derechos en una sucesión abintestado ya abierta, ora de los adquiridos en virtud de actos jurídicos, como los que nacen de los contratos.

El artículo 15 impone una doble limitación que podría reducirse á una sola fórmula : se requiere : 1º que el derecho mire únicamente al interés individual del renunciante, y 2º que no esté prohibida la renuncia. Pero no es aventurado afirmar que cuando el legislador prohibe la renuncia de un derecho es porque considera que aquella sería contraria al interés general, al orden público : ¿cómo comprender que el legislador prohiba la renuncia de derechos cuando sólo está interesado el renunciante? La idea, por tanto, es que cualquier derecho vinculado al interés general ó cuya renuncia afecte al orden público, no puede renunciarse.

77. Si se examinan los principales casos en que el Código prohibe formalmente renunciar derechos, se verá con claridad que en todos está interesada la sociedad en que no se renuncien. De una manera general, importa al Estado que todos los ciudadanos conserven las facultades que les reconocen las leyes : facultad de ser propietarios, facultad de testar, etc. Podemos renunciar el ejercicio del derecho de propiedad sobre un objeto determinado, pero no la facultad de ser propietarios[1]. No se admitiría que un individuo renunciara á su libertad.

El derecho de pedir alimentos no puede renunciarse (art. 424) porque el legislador al establecerlo, imponiendo la obligación correlativa á quienes deben prestarlos, ha tenido en mira la conservación de la vida de los que por sí mismos no pueden atender á sus más urgentes necesidades, y la conservación de la vida es no sólo un derecho precioso, sino un deber ineludible.

La renuncia absoluta á la potestad paterna ó marital im-

[1] Sin embargo, este principio sufre excepción en Chile donde, reconocida la muerte civil, por la profesión de votos religiosos, se admite, por este motivo la renuncia de todos los derechos civiles en general.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

plicaría renuncia no sólo de derechos sino también de obligaciones, y es evidente que si uno puede no ejercer un derecho y renunciarlo, no puede, por su propia voluntad, sustraerse á las obligaciones que le impone la ley, mediata ó inmediatamente. Una obligación que depende de la sola voluntad del obligado no es obligación[1].

Pero sí puede el padre ó el marido renunciar á las ventajas particulares que se derivan de la patria ó paterna potestad, con tal de que no miren al interés general. Así es que el padre podría perfectamente renunciar al usufructo legal sobre los bienes de sus hijos menores, aunque no le sea permitido enajenarlo para que lo ejerza un tercero.

Asimismo interesa á la sociedad que los incapaces ó los que se hallen en situación de dependencia respecto de otros, sean protegidos, aun contra sus propios actos, y por eso el artículo 1775 prohibe á la mujer renunciar su derecho á los gananciales durante el matrimonio; el mismo motivo explica que el artículo 198 prohiba á la mujer renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separación de bienes.

La prohibición de renunciar á la acción de nulidad ó al derecho de reclamar por dolo (art. 1526 y 1522) se funda también, evidentemente, en motivos de utilidad pública. Lo mismo diremos de la prohibición de renunciar la facultad de hacer cesión de bienes (art. 1673), etc.

En cuanto á la prescripción, el artículo 2514 declara que no puede renunciarse de antemano : los motivos en que se funda la prescripción son efectivamente de orden público; no se quiere que la tranquilidad social y los derechos individuales sean constantemente perturbados por reclamaciones que sobrevengan después de haberse ejercitado un derecho durante largo tiempo y cuando ya las pruebas de ciertos hechos serían dificilísimas. No se permite que los particulares, por renuncias intempestivas, hagan posibles las perturbaciones sociales que la ley quiso evitar.

78. En ciertos casos el Código mismo ha hecho aplicaciones del artículo 15 á derechos cuya renuncia permite expresamente : la propiedad fiduciaria (art. 822) y los derechos de usufructo (art. 865), uso y habitación (art. 871) pueden renunciarse, porque ceden exclusivamente en beneficio particular de los titulares de tales derechos. Como son limitaciones del dominio, la renuncia de éstos lejos de perjudicar el interés general, lo favorece, porque trae como consecuencia el que los inmuebles gravados vuelven al derecho común, que es el de la libertad de los fundos, y por esto mismo aquellas limitaciones no pueden hacerse sino por corto tiempo. Lo propio puede decirse de las servidumbres (art. 942), porque, si bien se establecen en utilidad de la propiedad raíz, el dueño del predio dominante es el mejor juez para apreciar cuándo la servidumbre deja de ser necesaria, y porque la extinción del gravamen redunda en beneficio del predio sirviente.

El artículo 834 nos ofrece un ejemplo de los derechos que pueden renunciarse y de aquéllos en que legalmente no vale la renuncia : el usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne á su costa, como el de los curadores de bienes. La obligación de hacer inventario solemne tiene por objeto impedir las substracciones que el usufructuario pudiera efectuar en perjuicio del nudo propietario; la ley no permite al constituyente eximir al usufructuario de esta obligación; pero el deber de prestar caución impuesto al usufructuario cede sólo en favor del interés particular del nudo propietario, y, según el inciso 2º del mismo artículo 834, puede renunciarse el derecho de exigir esta seguridad.

79. El legislador favorece el espíritu de iniciativa de los particulares, permitiendo que la actividad individual se desarrolle ampliamente. Por eso, muchas de sus disposiciones, sobre todo en materia de contratos, son meramente interpretativas de la voluntad presunta de los interesados. Semejante libertad no tiene más límites en su ejercicio que el derecho de terceros, el cual no debe en manera alguna lesionarse, y el respecto por los principios fundamentales sobre que reposa el organismo social y político de cada Estado.

[1] V. art. 1535 inc. 1.º

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

El artículo 16 consigna este principio en los términos siguientes :

ART. 16. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres[1].

80. La noción del orden público, primordial en el Código Civil, como que domina toda la materia de éste, no puede, por su misma latitud, reducirse á una fórmula que permita determinar con precisión cuáles son las disposiciones legales que encierra.

Aquella noción resulta del conjunto de las ideas religiosas, sociales, políticas, morales y económicas que, en cada época, predominan en un país, y se consideran como esenciales en él para la vida misma y la marcha regular del Estado.

Es de orden público todo lo que afecta al interés general y, por tanto, todo lo que se refiere al derecho público del país, en cuanto determina el gobierno y organiza el ejercicio de la soberanía nacional por medio de los grandes Poderes del Estado, y fija los derechos de los ciudadanos, especialmente estableciendo la igualdad de los hombres ante la ley y la libertad individual; todo lo que atañe á la constitución de la familia, en cuanto prohibe la poligamia y el matrimonio entre próximos parientes, declara aquél indisoluble por causa de divorcio, regula la potestad marital, la autoridad paterna, la condición de los hijos, etc.; todo lo que constituye el régimen legal de la propiedad raíz, por lo que toca á los diversos medios como puede transmitirse el dominio de los inmuebles, los gravámenes que los afectan, etc.; todas las leyes que tienen un carácter penal, las que comprende el derecho fiscal y las que se refieren á las ideas económicas dominantes acerca de la moneda del país, la prohibición de la usura, etc.

81. Como se ve, la noción del orden público no puede apreciarse exactamente sino por el juez en cada caso particular, porque escapa en mucho al *imperativo categórico* del

[1] La palabra *derogar,* empleada por el artículo 16, es aqui impropia. La disposición correspondiente del Código francés (art. 6) contiene también el termino *déroger,* pero en el sentido de sustraerse á la aplicación de la ley en un caso particular.

legislador, quien no puede darle carácter de inmutabilidad por medio de una definición ó de una enumeración completa de todas las disposiciones de aquella naturaleza. Á los tribunales corresponderá fijarla en ejercicio de un necesario poder de apreciación, y deduciéndolo del espíritu general del derecho positivo en cada país.

82. Los actos por los cuales se contraviene el principio que consagra el artículo 16 tienen su sanción legal, proporcionada á la gravedad de aquéllos, al modo más ó menos directo como atentan contra el orden social ó como contravienen las buenas costumbres : unas veces consiste en la nulidad, como en el matrimonio entre consanguíneos de segundo grado; á veces, por ejemplo en la bigamia, la sanción consiste además en el castigo de los infractores conforme á la ley penal.

83. Se ha discutido sobre la diferencia que debe establecerse entre el *orden público interno,* ó sea « el conjunto de reglas que se imponen á los nacionales, de una manera absolutamente imperativa y sin excepción posible », y el *orden público internacional,* que comprende « todas aquellas reglas cuyo carácter rigurosamente obligatorio se impone tanto á los nacionales como á los extranjeros »; pero esta división, de interés práctico en donde se reconozca el estatuto personal del extranjero, es innecesaria en el derecho civil colombiano, porque ella, en tesis general, se refiere á las reglas que determinan el estado civil y la capacidad de las personas, en lo cual, como veremos en la sección V de este capítulo, las leyes colombianas sujetan, en el territorio de la República, á todos los habitantes, sin distinción alguna de nacionalidades[1].

Sección V. — Efectos de la ley en cuanto á las personas á quienes se aplica y en cuanto al territorio en que rige.

84. En ejercicio riguroso del derecho de soberanía de que gozan los Estados, cada uno de ellos puede denegarse á aplicar en su territorio leyes extrañas; pero este sistema, adoptado

[1] V. Próspero Fedozzi, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international.* — *Journal du droit internacional privé,* 1897, p. 69 y s.; Baudry-Lacantinerie y Houques-Foucarde, n. 266 y s.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

especialmente en la época feudal, no debe seguirse ya, porque, en vez del aislamiento en que estuvieron en aquellos tiempos, los Estados forman hoy una gran sociedad internacional dentro de la cual se mueven incesantemente los ciudadanos de cada nación; en estas relaciones mutuas, cada Estado tiene interés en que no se apliquen rigurosamente á sus nacionales, y sin distinción, todas las leyes del país donde se encuentren, porque de esta aplicación estricta nacerían conflictos que serían obstáculo al desarrollo, igualmente necesario para todos, de los diversos cambios internacionales.

El sistema de la territorialidad de las leyes, fundado en un exclusivismo mal entendido de la soberanía, ha tenido que relajarse en el sentido de admitir en ciertos casos la aplicación de la ley extranjera, y ello no por motivos de cortesía internacional simplemente, sino por razones de conveniencia recíproca, y en obedecimiento á una regla de derecho, es decir, de razón y de justicia.

La solución de los conflictos que de esto se originan, corresponde, según hemos dicho (n. **32**), á la ciencia del derecho internacional privado. El Código Civil colombiano consigna algunos principios generales sobre esta materia en sus artículos 18 á 22, que estudiaremos en cuatro parágrafos así: 1º leyes ó estatutos personales; 2º leyes ó estatutos reales; 3º leyes relativas á los contratos; 4º leyes relativas á la forma de los actos jurídicos.

§ 1.º *Estatuto personal.*

85. Según el artículo 59 de la Ley 149 de 1888, artículo que virtualmente reemplaza el 18 del Código[1]:

Las leyes obligan á todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados ó transeúntes, salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos[2].

[1] Art. 18. La ley es obligatoria tanto á los nacionales como á los extranjeros residentes en Colombia. — Cód. ch., art. 14. — *Bello*, C. F. 3; C. L. 9.

[2] En los artículos 8 á 14 de la Constitución se determina quiénes son nacionales colombianos y los derechos de que gozan los extranjeros. La Ley 145 de 1888, sobre extranjería y naturalización, expedida en desarrollo del artículo 12 de aquélla, define la condición del extranjero domiciliado, y establece el procedimiento para obtener carta de ciudadanía en la República.

Conforme al artículo 11 de la Constitución: « Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se conceden á los Colombianos por las leyes de la Nación á que el extranjero pertenezca, salvo lo que se estipule en los tratados públicos ».

Al tenor del artículo 14: « Las sociedades ó corporaciones que sean en Colombia reconocidas como personas jurídicas no tendrán otros derechos que los correspondientes á personas colombianas. »

Este texto consagra el principio de la territorialidad de las leyes. Conforme á él los extranjeros no pueden invocar en Colombia, al menos para los actos cumplidos en territorio de la República, su respectiva ley nacional, ni aun en lo tocante á la capacidad y al estado civil. Así, en materia de edad, no se reconoce como mayor en Colombia á ninguno que, sean cuales fueren su nacionalidad y las disposiciones de su ley patria á este respecto, no haya cumplido los veintiún años que exige el Código Civil, y se tendrá, al contrario, como mayor, á quien, habiéndolos cumplido, no sea mayor según la ley de su país sino á los veinticinco años, como sucede en Chile, por ejemplo.

86. El principio proclamado por el legislador colombiano en esta materia no puede justificarse. La Ley nacional es en cada país la más adecuada para regir la capacidad y el estado civil de las personas, porque debe acomodarse á las condiciones peculiares de la raza, las tradiciones, las costumbres, el clima, la religión y á ese conjunto de elementos que, como dice Fiore[1] constituyen el carácter civil de cada pueblo y de cada nación. Por eso, las leyes personales deben regir á los individuos á donde quiera que se trasladen, menos cuando pugnen con las consideradas como de orden público en el país extranjero en donde ellos se encuentren. En este último caso la ley local prevalece, porque, en virtud de otro derecho esencial de los Estados, cada uno debe velar por su conservación y su defensa, rechazando la aplicación de leyes que contraríen las bases fundamentales de su organización política y social; contrapuesto el interés de la sociedad local al del individuo extranjero, el último debe naturalmente ceder en favor de aquél.

[1] V. Fiore, *Derecho internacional privado*, t. I, p. 85.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

¿Cuáles son las leyes consideradas en cada país como de orden público? Ya lo dejamos dicho al comentar el artículo 16.

El sistema del Código colombiano sobre no ser justo, puede presentar en la práctica muchas y muy graves dificultades. Supongamos el caso siguiente : un chileno de vientitrés años viene á Colombia; es mayor aquí y menor de edad en su propio país, y, en consecuencia, el contrato que celebre será válido aquí y nulo en su patria. Demandado en Colombia tendrá que pagar, pero si la otra parte tiene bienes en Chile, el chileno podrá pedir y obtendrá la declaración de nulidad del acto, y repetirá lo pagado en Colombia; así sucesiva é indefinidamente se establecerá el funesto sistema de las represalias internacionales, que todo país debe evitar, buscando el modo de resolver los conflictos originados por la aplicación de leyes de extrañas soberanías.

En apoyo del sistema adoptado por el Código se alega : que el reconocimiento del estatuto personal de los extranjeros puede autorizar respecto de ellos instituciones no reconocidas en las leyes nacionales por viciosas é inconvenientes, tales como la esclavitud y la poligamia, todavía consentidas en algunos Estados; que se impondría así á los jueces la necesidad de fallar conforme á leyes que les son desconocidas, circunstancia que disminuye las probabilidades del acierto y que puede perjudicar al prestigio de la magistratura; que es contrario á la lógica y al buen sentido el que, dentro de los límites de un mismo territorio, individuos de una misma edad no se consideren igualmente mayores ó menores; que de aquel modo se pondría á los nacionales en el caso de conocer leyes extrañas cuando hubieran de tratar con extranjeros, lo que perjudicaría tanto á los primeros, que frecuentemente podrían ser engañados, cuanto á los últimos, porque es probable que muchos, en consideración á este peligro, no quisieran tratar con ellos[1].

Las anteriores razones no son decisivas, pues es claro, en primer lugar, que, dando, como lo dejamos expuesto, preferencia á las leyes locales en que estén interesados el orden ó las buenas costumbres, desaparece la posibilidad de aplicar las leyes extranjeras que reconozcan instituciones inmorales ó por otro motivo contrarias al interés del Estado. En segundo lugar, el Código mismo presupone la aplicación de la ley extranjera, en materia de contratos (art. 20 numeral 2°), y en ningún caso debe sacrificarse la justicia á la ignorancia de dicha ley, cuyo texto auténtico dará á conocer la parte interesada, así como su recta aplicación al caso especial en que se invoque. En tercer lugar, si parece ilógico que dentro de un mismo país individuos de una misma edad se consideren mayores y menores, mucho más y en toda realidad lo es que personas de distintas y tal vez remotas nacionalidades queden, á pesar de sus condiciones esencialmente diversas, sometidas á una ley común, como quiera que el desarrollo de las fuerzas físicas y el de la inteligencia, determinantes uno y otro de la capacidad civil, varía con las razas y con los climas, siendo más ó menos precoz según la latitud, como la diversidad de legislaciones en esta materia lo comprueba. El estado civil, fuente de los más preciosos derechos, no puede, sin graves perturbaciones sociales, modificarse con la simple traslación de la persona de un lugar á otro. En cuarto lugar, no es suficiente motivo para que se le niegue al extranjero la facultad de invocar su ley personal, la circunstancia de que, si de otro modo fuese, se obligaría á los nacionales á consultar aquélla, pues, aun tratándose de actos que deben regirse por la ley local, la inmensa mayoría de los individuos tiene que recurrir á los abogados ó juristas, únicos conocedores del derecho, y con la intervención de los cuales desaparece el recelo que pudiese inspirar por aquel motivo el contratante extranjero.

Por último, el sistema del estatuto personal debe preferirse por el motivo siguiente : hay tendencia, en los países civilizados, á unificar, en lo posible, la legislación, y el derecho internacional privado tiene como fin principal reducir ó resolver los conflictos que resultan con la aplicación de leyes de distintos países á los intereses particulares; el valor de una teoría, en materia de derecho internacional, depende,

[1] Fabres, *Explicaciones de Código Civil chilene,* sobre el art. 14, ps 86-87.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pues, de las consecuencias que deba producir al generalizarse. Ahora bien, el sistema de la territorialidad deja subsistir aquellos conflictos aun entre naciones que adopten el mismo principio, tal como sucede, según hemos visto, entre Colombia y Chile. Por el contrario, entre los países que admitan el estatuto personal, el conflicto desaparece en la aplicación de disposiciones no vinculadas al orden público y á las buenas costumbres : el individuo mayor en uno lo será asimismo en los otros; sus actos serán nulos ó válidos igualmente en todos; en cualquier Estado en que se juzguen, la decisión será una misma, y podrá tener valor internacional la cosa juzgada.

87. El legislador colombiano, al propio tiempo que niega al extranjero el derecho de regirse en Colombia por su estatuto personal, sujeta á los nacionales que se encuentren fuera de la República al imperio del derecho civil patrio, en los términos del

ART. 19. Los colombianos residentes ó domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos á las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles[1] :

1.° En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los Territorios administrados por el Gobierno general, ó en asuntos de la competencia de la Unión[2] ;

2.° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior[3].

Las leyes relativas al estado de una persona son las que determinan el puesto que ocupa en la sociedad, en la familia, su edad, sexo, condición de presente ó ausente, de esposo, de célibe, de padre ó de tutor, de hijo ó de pupilo, etc. La capacidad es la facultad que la persona deriva de su estado, sea para ejecutar, de una manera general, todos los actos de la vida civil, sea un acto determinado. Así, será la ley colombiana la que, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 19,

[1] Cód. ch., art. 15, inc. 1.°
[2] Cód. ch., art. 15, num. 1.° — *Bello*, C. F. art. 3°, § 3.°
[3] Cód. ch., art. 15, num. 2.° — *Bello*, C. F. art. 3°, § 3.°

determinará respecto de los nacionales de este país en qué caso y con qué efectos debe declararse la presunción de muerte por desaparecimiento; si deben estar bajo tutela ó curaduría y en qué condiciones; si pueden desempeñar el encargo de guardadores; adoptar ó ser adoptados; contraer matrimonio; celebrar contratos, etc.

Pero la última parte del numeral 1° limita la sujeción á la ley colombiana al caso en que los actos ejecutados en territorio extranjero deban surtir efecto en Colombia, lo que era natural porque, de otro modo, á las autoridades del Estado en que se hagan valer aquéllos, toca apreciarlos de acuerdo con las reglas que establezcan las leyes locales. Por lo demás, en muchos casos, ó sea en los países que reconocen el estatuto personal del extranjero, bien puede ser la ley aplicable la misma ley colombiana.

88. Conforme al numeral 2° del artículo 19, será también esta legislación la que rige á los colombianos residentes ó domiciliados en país extranjero por lo tocante á los derechos y á las obligaciones que el matrimonio origina entre los cónyuges, á las nulidades de aquél, á la separación de cuerpos y al divorcio, á la paternidad y á la filiación legítima, natural ó adoptiva, á la patria potestad, á la prestación de alimentos, á las legítimas, á la porción conyugal y á las demás relaciones jurídicas que la existencia de la familia produce entre los individuos que la componen.

Este principio se justifica plenamente, pues todo lo que se refiere á la familia, afecta las bases fundamentales de la sociedad civil, y no ha de permitirse el que, por ausencias más ó menos largas, pueda un individuo fuera de su patria desconocer deberes sagrados que lo ligan á la sociedad en donde se ha formado, ni esquivar la aplicación de leyes imperativas mediante una separación transitoria con ese fin efectuada.

Es evidente que no pudiendo el legislador colombiano imponer á los tribunales extranjeros las reglas conforme á las cuales deben apreciarse los derechos y obligaciones que existen entre los diversos miembros de una misma familia, aunque éstos sean colombianos, los principios anteriores no se aplican sino en cuanto aquellos actos han de tener efecto en

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

la República; tal es, sin duda, el alcance de la parte final del último inciso del artículo 19, que, por ser obvio, bien habría podido omitirse.

§ 2.° *Estatuto real.*

89. Los bienes inmuebles de dominio privado, como parte del territorio nacional en cada país, deben, cualesquiera que sean sus dueños, regirse por la ley local, pues sobre aquéllos recae el derecho de la soberanía del Estado, derecho indivisible que no se ejercitaría si dentro de una misma nación las leyes relativas á la propiedad raíz variasen según la nacionalidad de los propietarios respectivos.

Este principio, universalmente reconocido, lo consagra el inciso 1° del

ART. 20. Los bienes situados en los Territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés ó derecho la Nación, están sujetos á las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia [1].

Como se ve, en Colombia tanto los inmuebles como los muebles se rigen por la ley local, pues el texto, con la expresión genérica *bienes,* comprende unos y otros, á diferencia de lo que en algunas legislaciones se establece respecto de los muebles, al regirlos ya por la ley nacional del propietario, ora por la del domicilio de éste.

Sea cual fuere la nacionalidad del propietario de bienes situados en Colombia, las leyes de este país serán las que se apliquen para determinar las diferentes clases de aquéllos (arts. 652 á 663); los medios de adquirirlos (art. 673); su posesión, enajenabilidad absoluta ó relativa, y, en general, todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

Las disposiciones legales sobre régimen de la propiedad raíz se consideran en cada nación como de orden público, por hallarse establecidas en favor del interés general del Estado. Á ellas, pues, entre otras, se refiere el artículo 16 que

[1] Cód. ch., art. 16, inc. 1.° — *Bello,* C. F. art. 3°, § 2°; « Rogron alli ».

prohibe contrariar por convenciones particulares leyes de esta naturaleza, que el inciso 1° del artículo 20 manda aplicar de un modo imperativo.

90. Este último artículo se aplica principalmente en los siguientes casos :

1°) Ningún bien raíz podrá sustraerse de la libre enajenación (Const. art. 37), ni transferirse á un Gobierno extranjero (Ley 2ª de 1886, art. único y ley 153 de 1887, art. 81);

2°) Salvo el caso de que la muerte del fiduciario sea el evento de que pende la restitución de un fideicomiso, éste no puede constituírse por más de treinta años (art. 800). No podrán, por ningún motivo, constituírse dos ó más fideicomisos sucesivos (art. 805);

3°) Es igualmente prohibido constituír dos ó más usufructos sucesivos ó alternativos (art. 828), y el constituído en favor de una corporación ó fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años (art. 829, inc. 3°), así como el que se constituye en favor de una persona natural se extingue necesariamente por el fallecimiento del usufructuario (art. 865, inc. 2°);

4°) Los derechos de uso y habitación son intransmisibles á los herederos, y no pueden cederse á ningún título, prestarse ni arrendarse (art. 878);

5°) Las servidumbres no pueden constituírse sino sobre un predio en favor de otro de distinto dueño, pero en manera alguna en favor de las personas (art. 879); á las servidumbres naturales, que dependen de la situación de los fundos, así como á las legales, establecidas en favor de la propiedad raíz ó en el del Estado, están sujetos todos los predios, aunque pertenezcan á extranjeros; la extinción por el no uso (art. 942, num. 5°) se funda también en un motivo de utilidad pública, que la constituye en disposición imperativa;

6°) En las sucesiones abintestato de un extranjero que fallezca dentro ó fuera de la República, los colombianos interesados podrán pedir que se los adjudique en los bienes del extranjero existentes en Colombia todo lo que les corresponda según las leyes de este país (art. 1054);

7°) Los bienes embargados por decreto judicial no pueden

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

enajenarse sin que el juez lo autorice ó el acreedor consienta en ello (art. 1521);

8º) La hipoteca no podrá recaer sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad ó usufructo, ó sobre naves (art. 2443);

9º) El acreedor á quien se ha entregado en anticresis una finca raíz no se hace dueño del inmueble á falta de pago, aunque se estipule lo contrario (art. 2464);

10) Todo censo, aun estipulado con calidad de perpetuo, es redimible á voluntad del censatario (Ley 153 de 1887, art. 107); en la constitución del censo es nulo todo pacto de no enajenar la finca censida ó que imponga al censatario más cargas que las expresadas en la ley colombiana (id. art. 109);

11) Los inmuebles situados en Colombia están sujetos á la expropiación por causa de utilidad pública judicialmente declarada, previa indemnización al propietario, y pueden ser gravados con impuestos ó contribuciones conforme al sistema tributario ó fiscal del país (Const. art. 32);

12) Los derechos sobre bienes raíces no pueden adquirirse sino por instrumento público debidamente registrado (Cod. civ. arts. 756, 760, 796, 826, 871, 1457, 1857, 2434, 2435, y 2652, Ley 153 de 1887, art. 106);

13) La prescripción adquisitiva de los bienes es de interés público, y, por tanto, respecto de los situados en Colombia no podrá aplicarse, aunque los propietarios ó poseedores sean extranjeros, otra ley que la colombiana, en cuanto sea necesario para determinar qué cosas pueden adquirirse por la posesión, cuáles deben ser los caracteres y la duración de ésta, por qué acontecimientos puede interrumpirse ó suspenderse, etc.

En suma, los extranjeros propietarios de bienes situados en Colombia no podrán alegar respecto de éstos las leyes de su país en contra de la ley local, pues si ésta limita el ejercicio del derecho de propiedad, no lo hace consultando el interés particular del dueño sino el interés general del Estado, por razones de orden económico, ni le sería lícito al extranjero, cualquiera que fuese la legislación de su patria, invocarla para pedir que sobre sus bienes no pesen los gravámenes que, por motivos de utilidad social, se han establecido ó se establezcan sobre la propiedad inmueble.

§ 3.º *Leyes relativas á los contratos.*

91. En materia de convenciones es en lo que se acentúa más la tendencia á unificar el derecho positivo de los pueblos civilizados, especialmente en el dominio del derecho mercantil; pues, con motivo de la facilidad de las comunicaciones, el comercio internacional se desarrolla más y más cada día, y, en todas partes, se procura amparar con unas mismas disposiciones todo lo que á la seguridad y á la rapidez de los cambios se refiere.

92. Además, la ley concede á los particulares una amplia órbita de acción en punto á la celebración de los contratos. Al contrario de lo que sucede con las leyes relativas al estado de las personas, á las relaciones de familia y á los bienes, especialmente á los inmuebles, leyes que son de forzosa observancia, las disposiciones legales sobre los contratos son, en su generalidad, según lo dejamos expuesto (n. 79), meramente interpretativas de la voluntad de las partes, y tienen por objeto suplir ésta, trazándole los límites dentro de los cuales puede ejercitarse. En virtud de dicha autonomía, los contratantes, mientras no violen principios de orden público, pueden señalarse sus recíprocos derechos y obligaciones, como quiera que de su voluntad libremente manifestada nace el vínculo jurídico que los liga.

Este principio de la autonomía de la voluntad lo consagra el Código en el artículo 1602, según el cual « todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes »; y tanto se respeta aquella voluntad, que, « conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse á ella más que á lo literal de las palabras », como lo dice el artículo 1618 del Código Civil.

En aplicación del principio y de acuerdo con el que se ha reconocido casi siempre, consistente en darle valor extraterritorial á la obligación convencional, el artículo 20, relativo á contratos sobre bienes situados en Colombia, después de

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

disponer en el inciso 1º que estos bienes se sujetan á la ley colombiana, dice en el inciso 2º :

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño [1].

93. Para apreciar los contratos celebrados en país extraño es necesario estudiarlos en cuanto á la capacidad de las partes que los han celebrado, á la forma del acto que comprueba el acuerdo de la voluntad de aquéllas, á su naturaleza, á los efectos jurídicos que produce y á su ejecución.

1º) Por lo que respecta á la *capacidad*, es preciso distinguir : si alguno de los contratantes es colombiano, es claro que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, deberá regirse exclusivamente por la ley de este país : el menor, la mujer casada y los que hayan sido puestos en interdicción judicial, siempre que sean de nacionalidad colombiana, no podrán obligarse, en país extranjero, por contratos que más tarde se hagan valer en Colombia, sino en los casos y con las condiciones previstas por la ley colombiana. La capacidad civil de los extranjeros se regirá por lo que determine la ley del país de la celebración del acto, pues á ello se refiere sin duda el Código cuando dice que se respetarán los contratos *válidamente* celebrados en país extraño, es decir, conforme á las leyes de ese país.

94. 2º) En cuanto á la *forma*, el Código se ocupa parcialmente de esta materia en los artículos 21 y 22, que luego estudiaremos.

95. 3º) Todo lo que á la *naturaleza de los contratos* se refiere, ó sea, todo lo que sirve para determinar si la obligación contraída es civil ó meramente natural, si es pura ó simple ó condicional ó modal, si consiste en dar ó en hacer, si es ó no de género, alternativa, facultativa, solidaria ó divisible, creemos que, en regla general, debe apreciarse por la ley del país en donde se haya celebrado el contrato, porque razonablemente debe presumirse que las partes se han querido referir en todo esto á dicha ley, salvo que aparezca intención contraria. Así lo admiten la mayor parte de los tratadistas de derecho internacional privado [1], y así puede admitirse en Colombia á falta de disposición positiva especial.

[1] Cód. ch., art. 16, inc. 2.º

96. 4º) En cuanto á los *efectos de los contratos*, el Código en el inciso 3º del citado artículo 20 dice :

Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún Territorio, ó en los casos que afecten á los derechos é intereses de la Nación, se arreglarán á este Código y demás leyes civiles de la Unión [2].

Numerosos y respetables expositores de derecho internacional privado sostienen que la ley que ha de regir los efectos jurídicos inmediatos que se derivan del contrato, es la del lugar de la celebración (*lex loci contractus*), y, en consecuencia, conforme á ésta deberá decidirse si, independientemente de toda incapacidad personal de las partes, es rescindible ó anulable por causa de lesión, etc. ; al propio tiempo que aplican la ley del país donde el contrato debe cumplirse, para resolver ciertas dificultades relativas á la mera ejecución del contrato, como son las que determinan la especie en que ha de efectuarse el pago, la mora del deudor, los intereses de la mora, etc.

Para resolver esta cuestión conforme al Código Civil colombiano es necesario distinguir entre los contratos que versan sobre bienes situados en Colombia y que, por tanto, deben ejecutarse en la República, y los que, sin tener por objeto un bien mueble ó inmueble situado en este país, lleguen, sin embargo, á cumplirse en él.

A. *Contratos relativos á bienes situados en Colombia.* — Acerca de éstos dice el inciso 3º á que nos referimos, que los

[1] Otros opinan que cuando las partes son nacionales de un mismo país, á la ley de éste, que les es común y mejor conocida, se presume, salvo manifestación en contrario, que le han dado preferencia, y por tanto, á ella han querido referirse para determinar la naturaleza y las condiciones esenciales de su convención. Sin embargo, si los contratantes, aunque ciudadanos de un mismo Estado, lo han abandonado para fijar su domicilio y sus negocios en país extranjero, parece natural suponer que están más al corriente de las leyes de ese país que de su legislación nacional, y, en consecuencia, el juez podrá tener en cuenta esta circunstancia para aplicar al contrato la ley del domicilio (V. Weiss, *Manuel de droit international privé*, ps. 451-2º).

[2] Cód. ch., art. 16, inc. 3.º — *Bello*, C. L. 10, § 2.º — Obsérvase la diferencia de redacción entre los dos Códigos.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

efectos de los contratos celebrados en país extranjero se sujetarán, para cumplirse en Colombia, á lo dispuesto en el Código y demás leyes civiles de la Nación. Como el legislador no distingue, es indudable que al hablar de efectos los comprende todos, mediatos é inmediatos, cualquiera que sea su naturaleza. En tal virtud, la ley colombiana será la que determinará si el contrato es anulable por los vicios que lo afecten, si la cosa perece para el deudor ó para el acreedor, si aquél está obligado por culpa lata ó leve, ó por dolo, si es responsable no obstante la fuerza mayor ó el caso fortuito, en qué casos puede pedir la ejecución del contrato ó el resarcimiento de perjuicios; qué obligación tiene el deudor de entregar la cosa, de verificar la prestación ó de reparar el daño, qué garantía debe tener el vendedor, cómo y en donde ha de entregarse y recibirse la cosa debida, en qué especies deberá efectuarse el pago, si debe extenderse recibo al deudor, cuándo se ha de considerar en mora y qué interés debe pagar en tanto que ella dure, etc., no menos que los medios por los cuales puede extinguirse la obligación, como la solución ó pago efectivo, la consignación, la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa debida y la prescripción.

B. *Contratos que no tienen por objeto bienes situados en Colombia.* — ¿ Los incisos 2º y 3º del artículo 20 no se refieren sino á los contratos sobre los bienes de que habla el inciso 1º de aquella disposición legal, es decir, á los muebles é inmuebles situados en Colombia? Así parecen darlo á entender la circunstancia de formar los tres un solo artículo y la subordinación establecida en los dos últimos respecto del 1º, no obstante que, entendidos de este modo, resulta una verdadera redundancia en el inciso 3º, virtualmente encerrado en aquél, relativo al régimen general de los bienes.

97. Siendo esto así ¿ cómo se rigen los demás contratos celebrados en país extraño y que se invoquen en Colombia? En lo tocante á la capacidad de las partes, á la naturaleza de las obligaciones y á las leyes de orden público, creemos que deberían aplicarse las reglas generales expuestas anteriormente. En cuanto á los efectos que deben producir, corresponderá á las partes determinarlos libremente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1602 del Código Civil, limitado por lo que el artículo 16 previene, pues los contratos son leyes para las partes que los han celebrado.

Si aquéllas han guardado silencio ó no han sido suficientemente explícitas, los efectos del contrato deberán determinarse por la ley á que razonablemente se presuma, según las circunstancias de cada caso particular, que han querido referirse las partes, ley que en unos casos será la ley nacional común de aquéllas, la ley de su domicilio, la del lugar de la celebración del acto ó la del en que, de antemano, se señale para su cumplimiento.

Sería absurdo aplicar, en todo caso, la ley colombiana, aun en el de que, por circunstancias fortuitas posteriores al contrato, llegara á pedirse su cumplimiento en la República, siendo así que las partes al celebrar el contrato no han podido prever que surtiría sus efectos en Colombia, ni, por lo mismo, aceptar tácitamente la aplicación de dicha ley.

Semejante sistema, si se generalizara, daría lugar á que los efectos de un mismo contrato pudieran ser distintos, según el país á cuya jurisdicción se ocurriese para pedir su cumplimiento, lo que originaría conflictos á que no debe darse ocasión, desde que los intereses generales del Estado no quedan comprometidos.

98. 5º) Respecto de la *ejecución,* el artículo 201 del Código de Comercio establece la siguiente regla que, á falta de disposición especial en el Código Civil, bien puede aplicarse á los contratos en general, pues encierra un principio universalmente reconocido, tanto en el derecho positivo como en la teoría científica : « Todos los actos concernientes á la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplideros en el Estado de Panamá (hoy en cualquier punto de la República) son regidos por la ley del Estado, en conformidad con lo que se prescribe en los Códigos Civil y Judicial. Así, la entrega y pago, la moneda en que éste debe hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cum-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

plimiento, ó el cumplimiento imperfecto ó tardío, y cualquiera otro acto relativo á la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse á las disposiciones de las leyes del Estado, á menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa »[1].

99. 6°) Aunque un contrato sea válido conforme á la ley del país en que se celebró, no podrá de ninguna manera surtir efectos en Colombia en lo que sea contrario al orden público, á lo cual no sólo se refiere la disposición general del artículo 16, sino también el inciso 3° del artículo 20, cuando subordina á las leyes civiles de la República los efectos de aquellos contratos en los casos que afecten á los derechos ó intereses de la Nación.

Por consiguiente, los contratos en que se contraviene el derecho público, por ejemplo con la promesa de someterse en la Nación á una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella (art. 1519), los que versen sobre el derecho de suceder por causa de muerte á una persona viva (art. 1520), sobre cosas que no están en el comercio, sobre derechos ó privilegios que no pueden transferirse á otra persona, sobre cosas embargadas por decreto judicial, sobre especies cuya propiedad se litiga (art. 1521), los que encierren condonación del dolo futuro, los que no tengan una causa real y lícita (art. 1526), aquellos en que se estipule el arrendamiento de los criados domésticos por más de cinco años (art. 2046), ó intereses de intereses (art. 2235); todos éstos, así como las donaciones de más de dos mil pesos no insinuadas (art. 1458), las á título universal que se extiendan á bienes futuros del donante (art. 1466), y las hechas al curador del donante antes que haya exhibido las cuentas de la curaduría y pagado el saldo, si lo hubiere en su contra, así como otros contratos prohibidos por las leyes (arts. 1523, 1950, 2473), los que afecten los intereses de la Nación por medio de contrabando, y, en general, los que contravengan al régimen legal de la propiedad inmueble, no pueden surtir efectos en Colombia, cualquiera que sea la fuerza que tengan conforme

[1] V. además los artículos 203 á 209 del Código de Comercio.

á la legislación del lugar en donde se hayan celebrado, y á pesar de las cláusulas que en ellos se introduzcan para renunciar á la acción de nulidad (art. 1526).

100. Puede dudarse en varios casos dónde se ha perfeccionado un contrato, y, por lo mismo, qué leyes le son aplicables para determinar su validez y naturaleza, conforme al inciso 2° del artículo 20. Esto sucede respecto de los que se celebran por correspondencia ó por simples intermediarios y respecto de los hechos en un país y ratificados en otro.

Aunque se ha discutido acerca del tiempo y del lugar en que debe considerarse perfeccionado el contrato hecho por medio de cartas ó telegramas, esto es, si la relación jurídica contractual debe considerarse nacida y perfeccionada en el lugar y en el momento en que ha sido aceptada la oferta, ó si, por el contrario, debe considerarse necesario al efecto que la aceptación llegue al lugar de donde partió la oferta y que sea conocida por el proponente, el principio que prevalece es el de que el contrato se perfecciona desde el momento en que la oferta ha sido aceptada[1].

Así lo establece también el artículo 188 del Código de Comercio, según el cual, « en el acto de expedida la respuesta, pura y simplemente aprobatoria de la propuesta, el contrato queda perfeccionado y produce todos sus efectos legales, á no ser que antes de su envío hubiere ocurrido la retractación, muerte ó demencia del proponiente[2] ».

101. Los contratos celebrados por meros intermediarios, como los corredores de comercio, se subordinan á la regla del caso anterior, es decir, que se entienden perfeccionados en el lugar donde se acepta la propuesta[3], á la inversa de lo que sucede con los que se hacen por medio de mandatarios legalmente constituídos, contratos que se perfeccionan en el lugar donde se realiza el acuerdo entre el apoderado y el tercero.

[1] *Sic :* Fiore, *op. cit.*, t. I, nos 124 á 128. — *Contra :* el artículo 37 del *Tratado de Derecho Civil internacional,* celebrado en 1889, en Montevideo.
Los contratos sobre bienes raíces situados en Colombia no se perfeccionan sino por el otorgamiento de la escritura pública respectiva.
[2] V. arts. 189 á 192 del Código de Comercio.
[3] V. art. 193 *ibid.*

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

102. Cuando un contrato se hace en un lugar y se ratifica en otro, debe considerarse perfeccionado en el de la celebración del convenio y no en el que fué ratificado, porque la ratificación se retrotrae al tiempo y al lugar de la gestión, salvo, por supuesto, que otra cosa se haya estipulado : *ratihabitio mandato comparatur*[1].

§ 4.º *Leyes relativas á la forma de los actos jurídicos.*

103. En todo acto jurídico es preciso distinguir lo que se refiere á sus elementos intrínsecos, que constituyen el fondo de aquél, de los extrínsecos, relativos á la forma, ó sea á lo que sirve para comprobar la realización del acto, para establecer su existencia. Así, en un contrato lo que mira á la capacidad de las partes, al consentimiento, al objeto y á la causa, es de su esencia, porque comprende condiciones necesarias para que el acto sea válido, independientemente de toda manifestación exterior de aquél; lo que á las formalidades externas se refiere, tiene por objeto dejar constancia de la celebración del contrato, facilitando el modo de probarlo, con prescindencia de los elementos esenciales del hecho jurídico considerado en sí mismo[2].

104. El principio sobre esta materia se ha expresado por medio de la regla *locus regit actum* defendida desde el siglo XIV por los glosadores del derecho romano. Conforme á ella, los actos jurídicos se rigen, en lo que respecta la forma, por la ley del lugar en donde se celebran.

105. Fúndase esta regla en dos razones. En primer lugar, como uno de los objetos de las formas exteriores del acto jurídico, cuando han sido impuestas por la ley, es proteger contra toda presión á los que en él intervienen, al propio tiempo que impedir el fraude en perjuicio de terceros, parece natural aceptar como válido lo que satisface las condiciones de forma exigidas por la ley local, pues aquélla debe variar con las condiciones morales de los habitantes de cada país,

[1] D. 46. 3. 12. 4.
[2] V. Despagnet, *Droit international privé* (2ª edición) nos 326-7, ps. 346-7; Weiss, *op. cit.*, p. 193,

condiciones que, apreciadas por la ley territorial, determinarán las formalidades ó solemnidades á que ha de sujetarse el acto para que su sinceridad pueda presumirse en donde quiera que se invoque[1]. En segundo lugar, si no se admitiera la regla sentada, las personas que se encontrasen en territorio extranjero quedarían en muchos casos en imposibilidad de realizar importantes actos de la vida civil, ora por falta del funcionario que, según la ley nacional del interesado, debiera autorizarlo, ora por carencia de atribuciones del respectivo funcionario extranjero para autorizar un acto determinado, bien porque el otorgante desconociera las prescripciones de la ley patria en cuanto á las formalidades externas de los actos jurídicos[2].

106. La regla de que venimos hablando, consagrada expresamente en varios Códigos extranjeros, no la formula el de Colombia, aunque sí reconoce el principio en el artículo 382, según el cual, las actas de registro del estado civil extendidas en país extranjero son válidas en la República « si se han llenado las formalidades requeridas en el país donde se extendieron », y en el artículo 1084, que admite la validez del testamento *escrito* otorgado en país extraño, si, por lo tocante á las solemnidades, « se hiciere constar su conformidad á las leyes del país en que se otorgó. » El artículo 21 consigna en parte la regla, y el 22, que encierra una excepción, implícitamente la reconoce para todos los casos no exceptuados.

107. La regla *locus regit actum* se aplica tanto á los actos jurídicos, es decir, á las convenciones, donaciones, testamentos y actos ó declaraciones de voluntad, como á los instrumentos auténticos ó privados, es decir, á los escritos redactados para dejar constancia de los hechos jurídicos.

108. 1º) Respecto de los primeros, la ley del lugar en donde se verifiquen será la que determinará si deben hacerse por escrito, si por documento privado ó por documento público salvo lo que establezca expresamente la ley del país en

[1] V. Weiss, *loc. cit.*, p. 197.
[2] V. Aubry y Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, § 31, p. 109, n. 90; Savigny, *Sistema del derecho romano*, t. VI, § 381.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

donde deban surtir sus efectos, como lo hace, para algunos actos, el artículo 23 del Código Civil colombiano.

109. 2°) En cuanto á los instrumentos públicos, el inciso 1° del artículo 21 dice :

ART. 21[1]. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código Judicial de la Unión.

Sería absurdo establecer otra cosa, pues la necesidad de someterse á las prescripciones de la ley local se impone imperiosamente, como quiera que los funcionarios públicos encargados de autorizar tales instrumentos deben ceñirse en absoluto á la ley del país en donde ejercen su cargo.

Según el artículo 1758, « el *instrumento público* ó *auténtico* es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante el Notario ó el que haga sus veces, é incorporado en el respectivo protocolo, se llama escritura pública[2] ».

110. Deben distinguirse la *forma* del instrumento público y la *autenticidad* del mismo. Á este propósito dice el inciso 2° del artículo 21 :

La forma se refiere á las solemnidades externas, á la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.

Evidentemente hay un error en la redacción de este inciso : el correspondiente del Código de Chile dice : « La forma se refiere á las solemnidades externas, y la autenticidad... », que es como debe escribirse.

En cuanto á la autenticidad, el Código Civil (art. 21, inc. 1°) se refiere á las reglas sobre el particular establecidas en

[1] Cód., ch., art. 17. — *Bello*, C. L. 10, § 1.

[2] El Código Judicial (art. 678) enumera así los documentos auténticos : 1° los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones; 2° los documentos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos de carácter oficial, y las copias autorizadas por los secretarios ó empleados respectivos; 3° las certificaciones sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, dadas con referencia á los libros respectivos, por los que tengan á su cargo el registro del Estado civil; y 4° las actuaciones judiciales de toda especie, y las ejecutorias y los despachos librados en la forma legal.

el Código Judicial, y éste dispone que respecto de los poderes y de los documentos públicos y privados, la autenticación se hará por el empleado diplomático ó consular de Colombia residente en el lugar en donde el instrumento ó documento se otorgue, y á falta de tales empleados, por el Cónsul ó Ministro de una Nación amiga; lo propio debe hacerse para autenticar las sentencias pronunciadas en país extranjero (art. 878), y en este caso especial, si no hubiere ninguno de aquellos empleados en el país de donde procediere la sentencia, puede pedirse certificado sobre la autenticidad del fallo al Ministro de Relaciones Exteriores de dicho país, por conducto del de igual clase en Colombia (art. 879, inc. 2°).

111. 3°) Como no hay disposición ninguna que determine la forma en que deben otorgarse los documentos privados, parece indudable que ellos se rigen por lo que determine la ley del país en donde se otorguen. En cuanto á impuestos, al ejecutarse el acto en Colombia podrán exigirse los de timbre, registro, etc.

Las condiciones exigidas por el artículo 1762 del Código Civil para que un instrumento privado tenga fecha cierta desde la cual pueda oponerse á terceros, se han establecido por motivos de orden público[1], y, en consecuencia, en Colombia no puede considerarse como que tiene fecha cierta un documento otorgado en país extranjero y que, de acuerdo con la ley local, tuviera aquel valor, sin que se haya cumplido ninguna de las condiciones indicadas en el artículo 1762.

112. Finalmente conviene observar que los documentos otorgados en lengua que no sea la castellana deberán hacerse traducir á ésta, con intervención del juez[2], cuando se quiera hacerlos valer en la República.

113. Según el

ART. 22. En los casos en que los Códigos ó las leyes de la Unión exigiesen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en asuntos de la competencia de la Unión, no valdrán las escrituras privadas,

[1] *Sic* : Despagnet, n. 334. — *Contra* : Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, n. 222.

[2] Arts. 851 y 670 del Código Judicial.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.

¿ Cuál es el alcance de esta disposición? ¿ Se habrá querido declarar con ella que en Colombia no se admiten, *en ningún caso,* los documentos privados para comprobar actos celebrados en país extraño, en conformidad con la ley del lugar de la celebración, cuando para los mismos actos celebrados en territorio colombiano exija el Código Civil un instrumento público? Esto conduciría á consecuencias absurdas. Así, por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales, el reconocimiento de hijos naturales por acto entre vivos y otros celebrados por extranjeros en su patria, de acuerdo con las formalidades de la ley local, no podrían comprobarse en Colombia en el caso de que dicha ley no exigiera instrumento público. Cosa es ésta, en verdad, absolutamente inaceptable.

114. En tal virtud, una distinción se impone en esta materia : si el acto, por razón de las personas que en él han intervenido, por la naturaleza del hecho jurídico en sí mismo, ó por razón de los bienes sobre los cuales recae, está destinado á surtir sus efectos en Colombia, no podrá alegarse en este país si no se hubiere hecho constar por instrumento público en caso de que las leyes colombianas exijan esta clase de prueba; si el acto no debe surtir inevitablemente efectos en Colombia, valdrán las escrituras privadas para demostrar su existencia, siempre que la ley del lugar de la celebración las admita para comprobarlo.

En el primer caso están, por ejemplo, los contratos sobre bienes raíces situados en territorio de la República, pues es natural que todo lo relativo á la propiedad inmueble deba regirse, aun en cuestiones meramente de forma, por la ley territorial, y que quienes contratan en país extraño deban sujetarse á las leyes colombianas sobre el particular, como que, de antemano, saben que el acto ha de producir necesariamente sus efectos en Colombia. El segundo caso comprende todos los actos celebrados por extranjero conforme á la ley de su patria á fin de que surtan efecto en ella ó en un país que no exija para su validez el otorgamiento de

escritura pública, actos que más tarde, por cualquier motivo, se invoquen en Colombia.

115. Las principales aplicaciones del principio según el cual los actos que han de surtir efectos en Colombia, — porque interesen á colombianos ó tengan por objeto bienes situados en la Nación, — deberán constar por instrumento público, son las siguientes :

1ª La legitimación de los hijos habidos fuera de matrimonio, cuando no se ha producido *ipso jure* por el matrimonio posterior de los padres (art. **239**), y la aceptación ó repudiación de dicho reconocimiento (art. **243**).

2ª La adopción (art. **280**).

3ª La emancipación voluntaria (art. **313**).

4ª El reconocimiento de los hijos naturales, cuando se hace por documento entre vivos (art. 56, Ley **153** de **1887**).

5ª Los actos y contratos relativos á la enajenación ó mutación de bienes inmuebles ó de gravámenes que pesen sobre ellos (V. los arts. citados en el n. **90**, penúltimo párrafo).

6ª Las donaciones entre vivos á título universal (art. **1464**).

7ª Las capitulaciones matrimoniales, siempre que pasen de mil pesos ó versen sobre bienes raíces (art. **1772**).

8ª Las promesas que un esposo hace á otro antes de la celebración del matrimonio y en consideración á él (art. **1843**).

Según el artículo **1760**, « la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no ejecutados ó celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos á instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal : esta cláusula no tendrá efecto alguno[1] ». Al declarar esto, el Código confirma, á nuestro modo de ver, la regla del artículo **22**, pero sin que ello sea inconveniente para aplicar ambos textos con la distinción arriba indicada para los actos celebrados en país extranjero y que se hagan valer en territorio de la República.

116. Mucho se ha discutido sobre si la regla *locus regit actum* es obligatoria ó meramente facultativa. El Código le

[1] V. el comentario de este artículo.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

da este último carácter al referirse á los colombianos; pues en el artículo 382 declara que las actas de registro del estado civil extendidas en país extranjero son válidas si se han llenado las formalidades requeridas en el país donde se extendieron, ó si se han extendido observando las disposiciones del Código Civil, ante un Agente diplomático ó Consular de Colombia; en los artículos 1084 y 1085 faculta á los nacionales y á los extranjeros domiciliados en la República para otorgar fuera de ésta testamentos *escritos* ya conforme á la ley del lugar de la celebración, ya conforme á las reglas prescritas para el testamento solemne otorgado en Colombia. Respecto de los extranjeros y tratándose de los actos que celebren en Colombia y que se aleguen aquí, el carácter imperativo del artículo 18 ó del que lo reemplaza, excluye la facultad de ajustar dichos actos á las prescripciones de una legislación extraña.

117. Los Ministros diplomáticos y los Cónsules pueden ejercer las funciones de agentes del estado civil y de notarios para autorizar los actos de sus nacionales residentes en el lugar donde aquéllos desempeñan sus funciones. Así lo establecen respecto de los Ministros y Cónsules colombianos los artículos 382 y 1085 ya citados del Código Civil, y los artículos 8 (numeral 8º) y 36 (numerales 10 y 11) de la Ley 23 de 1866, orgánica del servicio diplomático y consular.

Como la legislación de otros países confiere análogas facultades á los funcionarios de aquella clase acreditados ante gobiernos extranjeros, ¿se reconocerá en Colombia la validez de los actos celebrados en territorio de la República por extranjeros y ante sus respectivos Agentes diplomáticos ó consulares? En vista del antiguo artículo 18 ó del 59 de la Ley 149 de 1888, que lo sustituye, creemos que, si este derecho no se ha obtenido por un tratado público, los actos autorizados por tales funcionarios como agentes del estado civil, no podrán hacerse valer en este país. Ninguna dificultad debería, sin embargo, haber en ello, sobre todo desde que se reconociera el estatuto personal de los extranjeros, pues si se admite la validez de los instrumentos otorgados en otra nación conforme á las leyes de ésta, no hay motivo

para negarla á los que hayan sido autorizados por los representantes del Estado extranjero, como quiera que nadie mejor que ellos puede dar testimonio de que las formalidades prescritas por dichas leyes han sido observadas, y porque ningún menoscabo sufre la soberanía del Estado en cuyo territorio se celebra el acto[1].

118. Finalmente, el artículo 24[2], derogado por el 45 de la Ley 57 de 1887, sentaba las reglas para apreciar los contratos celebrados en los Estados Soberanos que hasta 1886 compusieron la Federación colombiana : hoy la legislación civil es una para toda la República, según lo dejamos expuesto. Debemos observar á este propósito que, según dicho artículo, la validez y la fuerza obligatoria de los contratos (de toda clase de contratos, puesto que no se distingue) otorgados en un Estado conforme á las leyes del mismo, debía apreciarse de acuerdo con las leyes nacionales, principio que podría inducir á creer que en igual sentido tomó el legislador el artículo 20. Sin embargo, no debe olvidarse que éste fué copiado literalmente del artículo 14 del Código chileno, y que, si en él hubiera querido sentarse la regla para todos los contratos celebrados en país extranjero, se habría formulado explícitamente como se hizo en el artículo 24 para los que se celebraran dentro de los diversos Estados de la Unión[3].

§ 5.º *Apéndice. — Prueba de la ley extranjera.*

119. Como en varios casos habrán de regirse determinadas relaciones jurídicas por leyes extranjeras, es necesario de-

[1] V. Ernest Lehr, *Compétence des agents diplomatiques et consulaires comme officiers de l'état civil. — Revue générale de droit international public,* t. I, 1894, p. 97 y s., y 441 y s.

[2] Art. 24. Los actos ó contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley de algún Estado, podrán probarse por los medios que dicha ley establece para la justificación de ellos; pero la forma en que deba rendirse la prueba estará subordinada á lo que disponga el Código Judicial de la Unión; y la fuerza obligatoria de dichos actos y contratos, su validez y la prelación de los derechos que ellos confieran en los casos de sucesión ó de concurso de acreedores en que sea interesada la Unión, ó en los que ocurran en los Territorios, se resolverán aplicándose las leyes sustantivas de ésta.

[3] En los Códigos de dichos Estados se interpretó el de Chile en el sentido que dejamos expuesto. V. el Civil de Cundinamarca (art. 12) y el de Antioquia (art. 12).

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

terminar cómo puede el juez conocer éstas, para aplicarlas rectamente.

Sobre esta materia no se ha establecido todavía regla fija. Admitimos, sin embargo, en principio, que quien invoque la aplicación de una ley extranjera, deberá probar su existencia, dando á conocer el texto auténtico de ella; pero sin perjuicio de que el juez, de oficio, inquiera esto mismo, puesto que, siendo semejante ley la aplicable al hecho jurídico respectivo en virtud de su naturaleza, lo razonable es procurar apreciarlo en conformidad á lo que en ella se establezca. En el caso de que, ni se pruebe por el interesado la existencia del texto que se invoca, ni por otro modo le sea dable al juez conocerlo, éste deberá aplicar su ley nacional, así como los principios generales de derecho.

El Código Judicial colombiano no da ninguna regla general para conocer y aplicar exactamente el derecho extranjero. Sin embargo, en el último inciso del artículo 1408, relativo á la aplicación de leyes extrañas en punto á divorcio y nulidad del matrimonio celebrado en otro país, dispone lo siguiente, que puede seguirse en los demás casos en que sea preciso decidir conforme á una legislación de otra soberanía :

> La existencia de las leyes que deban aplicarse en los casos de los tres incisos anteriores, deberá probarse en el juicio con copia auténtica de las disposiciones que se aleguen, expedida por el Poder Ejecutivo ó el Tribunal Superior de la respectiva Nación ó Estado, y certificación de los mismos sobre su vigencia, á tiempo de celebrarse el matrimonio.

No parece natural (ni se puede) exigir que el Poder Ejecutivo ó el Jefe de éste en un país extranjero, expida las copias y certificaciones de que habla el artículo. El otro medio indicado es más aceptable, y, mediante las comisiones rogatorias, podrán obtenerse tales copias y certificaciones, siempre que el tribunal extranjero se allane á darlas, en obsequio de la mutua asistencia que para la recta administración de justicia deben prestarse los Estados. Pero puede observarse que, de una manera general, toca á la legislación de cada país determinar cuál es la autoridad que debe certificar sobre la autenticidad y vigencia de las disposiciones

legales que hayan de aplicarse por tribunales extranjeros, y, en consecuencia, deberían aceptarse en Colombia dichas certificaciones aunque no emanasen de los funcionarios indicados por el Código Judicial[1].

[1] **120.** Para concluir esta materia del « Efecto de la ley en cuanto á las personas á quienes se aplica, y en cuanto al territorio en que rige », no nos parece inútil reproducir aquí las decisiones principales del Congreso internacional Sudamericano :

« Merced á la iniciativa de los Gobiernos de la República Oriental del Uruguay y de la República Argentina, los plenipotenciarios de estos países, de Bolivia, Brasil, Paraguay, Perú y Chile se reunieron el 25 de Agosto de 1888 en Montevideo con el objeto de acordar un pacto sobre las diversas materias que comprende el derecho internacional privado, y en los primeros meses de 1889 suscribieron siete tratados que versan sobre derecho civil internacional, derecho comercial internacional, derecho penal internacional, derecho procesal, sobre propiedad literaria y artística, marcas de comercio y de fábrica, patentes de invención y ejercicio de las profesiones liberales. En aquellos pactos el estatuto personal del extranjero se determina, en regla general, por la ley de su *domicilio :* esta es la base de todo el sistema adoptado para resolver los conflictos de leyes sobre intereses particulares. Por lo demás, los representantes de Chile no suscribieron el pacto sobre derecho civil, por considerarlo en oposición al sistema establecido en el Código de aquel país. He aquí algunos de sus más importantes artículos :

« *Estatuto personal.* — Art. 1.º La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio. — Art. 2.º El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor edad ó habilitación judicial. — Art. 5.º La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio.

« *Estatuto real.* — Art. 26. Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen, en cuanto á su calidad, á su posesión, á su enajenabilidad absoluta ó relativa y á todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

« *Actos jurídicos.* — Art. 32. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente. — Art. 33. La misma ley rige : *a*) su existencia; *b*) su naturaleza; *c*) su validez; *d*) sus efectos; *e*) sus consecuencias; *f*) su ejecución; *g*) en suma, cuanto concierne á los contratos, bajo cualquier aspecto que sea. — Art. 36. Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia. — Art. 38. Las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito ó ilícito de que proceden. — Art. 39. Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan. Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.

« *Sucesiones.* — Art. 44. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás. — Art. 45. La misma ley de la situación rige : *a*) la capacidad de la persona para testar; *b*) la del heredero ó legatario para suceder; *c*) la validez y efectos del testamento; *d*) los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; *e*) la existencia y proporción de las legítimas; *f*) la existencia y monto de los bienes reservables; *g*) en suma, todo lo relativo á la sucesión legítima ó testamentaria. »

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

CAPÍTULO IV.º

INTERPRETACIÓN DE LA LEY.

121. Por perfecta que sea una ley, necesita ser interpretada, porque el legislador no puede prever todos los casos; no basta, pues, consignar una disposición en el Código; es necesario fijar su sentido y el alcance de su aplicación.

122. Pueden distinguirse tres clases de interpretación : 1ª la interpretación *legislativa;* 2ª la *judicial;* y 3ª la *doctrinal.*

Las dos primeras forman la interpretación *pública.* La interpretación legislativa es la que emana del legislador; la judicial es la de los tribunales. En estas dos formas la interpretación pública tiene una fuerza especial, y, con ciertas condiciones, es obligatoria. La interpretación privada ó doctrinal no tiene sino autoridad moral. Estudiaremos breve y sucesivamente estas tres clases de interpretación.

§ 1.º *Interpretación legislativa.*

123. Natural es que el derecho de fijar el sentido de un texto oscuro pertenezca á quien lo redactó, al legislador : *ejus est interpretari legem cujus est condere.* Esta es la única interpretación que puede tener la misma fuerza que la ley, y ser obligatoria para lo futuro, tanto respecto de los ciudadanos como de los tribunales :

ART. 25. La interpretación que se hace *con autoridad* para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador [1].

Al tenor del artículo 14 del Código Civil, que ya hemos explicado, « las leyes que se limitan á declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas ».

§ 2.º *Interpretación judicial.*

124. La interpretación judicial es obra de los tribunales; no tiene sino fuerza relativa, puesto que sólo es obligatoria

[1] Cód. ch., art. 3; inc. 1.º]— *Bello,* C. S. 16.

para las partes y para el caso especial á que se aplica la sentencia. Sin embargo, es una interpretación pública, y por vía de autoridad, pero de autoridad relativa.

El artículo 26 del Código emplea una terminología distinta y hace entrar la interpretación de los jueces y de los funcionarios públicos en la interpretación doctrinal :

ART. 26. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes á los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por *vía de doctrina,* en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley á sus hechos é intereses peculiares.

Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación *por vía de doctrina.*

Es criticable este artículo, puesto que fácilmente se ve la diferencia que hay entre la interpretación de los jueces y la interpretación doctrinal. La interpretación doctrinal es teórica, no tiene fuerza obligatoria para nadie. La del juez, en su calidad de tal, es obligatoria para los litigantes, y tiene, por lo mismo, algún interés práctico inmediato y alguna autoridad. En cuanto á los funcionarios públicos, fuera de los que tienen alguna jurisdicción y salvo las prácticas administrativas, su interpretación no puede tener más autoridad que la de un particular cualquiera. No había necesidad de hablar de ellos, y, sobre todo, no puede asimilárseles á los jueces.

§ 3.º *Interpretación doctrinal.*

125. La interpretación doctrinal es aquella que emana de una persona que no tiene poder legislativo, ni delegación de éste para interpretar las leyes, y que carece de autoridad judicial. La interpretación de los miembros del Congreso fuera de las sesiones y la de los magistrados fuera de los tribunales, son asimismo interpretaciones doctrinales, puesto que los diputados fuera del Congreso y los magistrados fuera del tribunal son simples particulares.

Pero no debe creerse que haya interpretación doctrinal cuando « los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley á sus

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

hechos é intereses peculiares », como lo dice el artículo 26.

La interpretación *interesada* que cada cual hace de la ley en sus negocios, no merece el nombre de doctrinal, ni hay para qué ocuparse en ella. La interpretación doctrinal es la de los escritores que en sus obras interpretan las leyes, y la de los profesores que las interpretan en sus clases. El valor de tal interpretación es puramente relativo y varía con la influencia y con la fama de que goza el autor.

§ 4.° *Reglas de interpretación.*

126. Si la interpretación de las leyes se abandonara á las inclinaciones de cada intérprete, habría en la jurisprudencia y en la doctrina un verdadero caos, y nada es tan necesario como el acuerdo de los jurisconsultos y, con mayor razón, de los magistrados, en cuanto al modo de interpretar y aplicar las leyes.

De tal necesidad se originaron reglas establecidas poco á poco por la práctica de la interpretación, las cuales, aunque un tanto elásticas é impotentes para conducir á la unidad absoluta de interpretación, contribuyen, sin embargo, notablemente, para disminuír las diferencias en las soluciones de los intérpretes.

Pueden distinguirse dos casos principales en que la interpretación de las leyes es necesaria :

1° Cuando el texto de la ley no es suficientemente claro, y puede haber dudas sobre el pensamiento del legislador; en tal caso hay que determinar el *sentido de la ley*.

2° Cuando la ley es perfectamente clara, pero se presentan casos que no caben exactamente en sus términos; se trata entonces de determinar el *alcance de su aplicación*.

127. El Código Civil contiene en el capítulo 4° del título preliminar, algunas reglas de interpretación. El proyecto del Código Civil francés comprendía también varias de aquella clase, pero se suprimieron al discutirlo, como pertenecientes más bien á la doctrina que á la legislación.

En esto el legislador francés obró cuerdamente. Las reglas de interpretación no son reglas fijas, absolutas, como deben

serlo las reglas legislativas. Siempre hay que dejar cierta libertad al intérprete, y esa libertad es poco compatible con la rigidez de una disposición legal.

Para mostrar el inconveniente práctico de un sistema como éste, nos bastará analizar un ejemplo.

No hay regla de interpretación más justa y más generalmente aceptada que la del inciso 1° del

ART. 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu [1].

Con todo, esta regla no es tan absoluta que no admita excepciones. Hay casos, efectivamente, en los cuales es cierto que el legislador no dijo lo que quería decir : cometió un error, y aunque el sentido del texto legal sea claro, es imposible aceptar ese sentido, porque se sabe, sin que haya lugar á duda, que otra fué la idea del legislador. En tal caso, no cabe aplicar el artículo 27.

Sin embargo, se explica muy bien que el legislador colombiano haya sentido más que el legislador francés y el español la necesidad de insertar en el Código reglas de interpretación.

En los países en que, como Francia y España, la legislación se ha elaborado en varios siglos, es inútil que tales reglas se inserten en los códigos, porque desde hace mucho tiempo, la doctrina y los tribunales tienen la costumbre de aplicarlas : son una parte de la herencia que cada generación transmite á la siguiente. Por el contrario, en un país nuevo, en donde se ha introducido una legislación extranjera, las tradiciones faltan por la fuerza misma de las cosas; es necesario importar las reglas de interpretación al propio tiempo que las leyes que se adopten.

128. Esto sentado, veamos las reglas fundamentales que han de aplicarse en los dos principales casos á que nos hemos referido :

1°) *Determinación del sentido de la ley*. — Conocemos ya la regla del artículo 27 : « cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal á pretexto de con-

[1] Cód. ch., art. 19, inc. 1.° — *Bello*, C. L. 13.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

sultar su espíritu », y también sabemos qué restricción admite esta regla.

Es necesario, no sólo que el texto de la ley sea claro en cuanto al sentido gramatical, sino también que sea ciertamente la expresión de la voluntad del legislador, es decir, que no haya error en la redacción.

En cuanto al sentido gramatical de las voces empleadas en el texto, es preciso atenerse más bien al sentido jurídico que al sentido vulgar. Desde este punto de vista, el artículo 28 parece felizmente corregido por el artículo 29 :

ART. 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

ART. 29. Las palabras técnicas de toda ciencia ó arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia ó arte; á menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso [1].

Como el Derecho es una ciencia, las palabras jurídicas deben, por consiguiente, entenderse como las entienden los jurisconsultos.

129. Cuando el texto de la ley no es suficientemente claro, se emplean los procedimientos siguientes :

1°) Se coteja el texto que se trata de interpretar con otras disposiciones de la misma materia, ó con las de materias análogas :

ART. 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto [2].

130. 2°) Se busca en los trabajos preparatorios de la ley el pensamiento de los que han tomado parte en su discusión. Así lo indica el inciso 2° del artículo 27 :

[1] Cód. ch., arts. 20 y 21. — *Bello*, C. L. 14, 15 : « Se han introducido limitaciones que parecen necesarias. Una palabra, sea técnica ó no, puede emplearse impropiamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería nunca racional tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador? »

[2] Cód. ch., art. 22. — *Bello*, C. L. 16, 17.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir á su intención ó espíritu, claramente manifestados en ella misma ó en la historia fidedigna de su establecimiento [1].

Sin embargo, no debe tenerse confianza exagerada en los trabajos preparatorios; los que redactan los textos de la ley, y más todavía, los oradores que los discuten, no han podido expresar sino una opinión personal, que no ha de considerarse como común á todos los que han votado la ley, por el sólo hecho de que no haya habido protesta al oír aquélla. Á veces ocurre que los oradores al hablar de una ley emiten en sus discursos los más erróneos conceptos, sin que nadie se levante para contestar y refutarlos. No por esto debe concluírse que las Asambleas, al adoptar la ley, han acogido también los errores doctrinales expuestos para apoyarla.

131. 3°) Un procedimiento más seguro nos suministra el estudio de las fuentes de donde saca el legislador sus leyes. Cuando se reproduce una regla antigua sin modificarla, y de la cual se conoce muy bien el sentido, es claro que se quiso darle la misma significación que tenía.

132. 4°) Más útil aún, á nuestro juicio, por ser más frecuentemente aplicable, es el método que consiste en buscar los motivos y el fin de la ley. Es preciso ver qué circunstancias han precedido y motivado el voto de la ley, qué situación se ha querido remediar con ella; en una palabra, es preciso consultar el espíritu de la ley, aclarándola por la historia, armonizando su interpretación con los hechos sociales.

133. 5°) Se puede todavía, pero es un procedimiento que no debe emplearse sino con mucha cautela, examinar cuáles son las consecuencias buenas ó malas que resultaría de determinada interpretación legal. Tal procedimiento corresponde muy bien á lo que se llama en matemáticas método de demostración por el absurdo; pero se sabe que, aun en aquéllas, donde los medios de razonamiento son mucho más seguros, el método *ab absurdo* es algo peligroso, y no se emplea sino á falta de otro. Con mayor razón debe desconfiarse de él en

[1] Cód. ch., art. 19, inc. 2.° — *Bello*, C. L. 18 : « La historia fidedigna del establecimiento de una ley sería, por ejemplo, la relación de los debates ocurridos en el Cuerpo Legislativo, al tiempo de discutirse el Código ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

cuestiones de derecho, porque en ellas todo razonamiento es más delicado é incierto.

134. 2º *Determinación del alcance de las leyes.* — Para determinar la extensión de una ley, el alcance de su aplicación, se emplean los mismos procedimientos que hemos indicado para determinar su sentido, pero se recurre sobre todo al que consiste en consultar el espíritu de la ley, buscando sus motivos. Por regla general, el texto de la ley no se refiere directamente sino á una hipótesis determinada; hay que extenderlo á todas las hipótesis respecto de las cuales existen las mismas razones para aplicarlo. Es lo que se expresa diciendo : *ubi eadem ratio, ibi idem jus.* Se dice entonces que hay interpretación *extensiva.*

135. Á la inversa, cuando el espíritu de la ley no es compatible con la aplicación del texto á ciertas hipótesis, hay que abstenerse de aplicarlo á ellas, aunque puedan caber en los términos del texto : *cessante ratione legis cessat lex.* Por consiguiente, si cuando se trata de determinar el sentido de la ley, debe prevalecer el texto, salvo error, por el contrario, al espíritu de aquélla, más bien que al texto, debe estarse cuando lo que se quiere determinar es el alcance de su aplicación.

No se ha de entender el apotegma *cessante ratione legis cessat lex* en el sentido de que, cuando desaparece el motivo de la ley, ésta queda abrogada de pleno derecho. Ese apotegma no se refiere sino á la extensión de la ley, y significa que no debe aplicarse en los casos en que no existen los motivos que indujeron á expedirla. Ya hemos visto que el desuso no basta para que la ley deje de aplicarse.

136. Según el

Art. 31. Lo favorable ú odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar ó restringir su interpretación. La extensión que deba darse á toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes [1].

Como aparece de las explicaciones anteriores, este artículo es insuficiente, puesto que no es exacto decir que se aplican

[1] Cód. ch., art. 23. — *Bello*, C. L. 20.

las mismas reglas de interpretación para determinar el sentido que las que se aplican para determinar la extensión de la ley.

Además, debe observarse que si, de una manera general, es cierto que lo favorable ú odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar ó restringir su interpretación, hay, sin embargo, leyes que no pueden en absoluto extenderse fuera de las hipótesis expresamente formuladas en el texto. Esto sucede con las que consagran reglas de excepción y en las de materia penal, que también es materia excepcional. En uno y otro caso es preciso ceñirse rigurosamente á las hipótesis consignadas en el texto : no puede extendérsele á otras afirmando que tál es el espíritu de la ley. Se dice que en estos casos es forzosa la interpretación *limitativa*, lo que se expresa en derecho penal por la máxima *nulla pœna sine lege*, y en materia excepcional por el aforismo *exceptio est strictissimæ interpretationis* [1].

137. Finalmente, el artículo **32** del Código agrega la siguiente regla relativa á la interpretación de las leyes :

Art. 32. En los casos á que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros ó contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y á la equidad natural [2].

138. En los artículos 4º y 5º de la Ley **153** de **1887** se consignan principios generales sobre interpretación de las leyes que asimismo pertenecen más bien á la doctrina que al derecho positivo. Bastará reproducirlos :

Los principios del Derecho natural y las reglas de la Jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, á su vez, norma para interpretar las leyes (art. 4º).

Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar ó armonizar disposiciones legales oscuras ó incongruentes (art. 5º).

139. No está por demás advertir aquí que entre los artículos **1618** á **1624** del Código, aunque expresamente destina-

[1] V. G. J. X, 314, 2.
[2] Cód. ch., art. 24.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

dos para la interpretación de los contratos, hay algunos que contienen principios que pueden ayudar también, todas las proporciones guardadas, para interpretar rectamente un texto legal determinado.

CAPÍTULO V.º

DEFINICIÓN DE VARIAS PALABRAS DE USO FRECUENTE EN LAS LEYES.

140. Art. 33. Las palabras *hombre, persona, niño, adulto*, y otras semejantes que en su sentido general se aplican á individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, á menos que por la naturaleza de la disposición ó del contexto se limiten manifiestamente á uno solo.

Pág. 148.

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

Art. 34. Llámase *infante* ó *niño*, todo el que no ha cumplido siete años; *impúber*, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad*, ó simplemente *mayor*, el que ha cumplido veintiún años; y *menor de edad*, ó simplemente *menor*, el que no ha llegado á cumplirlos.

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

Art. 35. *Parentesco de consanguinidad* es la relación ó conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco ó raíz, ó que están unidas por los vínculos de la sangre.

Art. 36. El parentesco de consanguinidad es *legítimo* ó *ilegítimo*.

Art. 37. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con al abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí[3].

Art. 38. *Parentesco legítimo de consanguinidad* es aquel en que todas las generaciones de que resulta, han sido autorizadas por la ley; como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común[4].

[1] Cód. ch., art. 25. — *Bello*, Ley 6, t. 33, p. 7.
[2] Cód. ch., art. 26.
[3] Cód. ch., art. 27, inc. 1.º
[4] Cód. ch., art. 28.

Art. 39. *La consanguinidad ilegítima* es aquella en que una ó más de las generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley; como entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común[1].

Art. 40. La legitimidad conferida á los hijos por matrimonio posterior de los padres, produce los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Así, dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos que fueron legitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en el cuarto grado de consanguinidad trasversal legítima[2].

Art. 41. En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por *línea* se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz ó tronco común.

Art. 42. La línea se divide en *directa* ó *recta*, y en *colateral, trasversal* ú *oblicua*, y la recta se subdivide en *descendiente* y *ascendiente*.

Línea *recta* ó *directa* es la que forman las personas que descienden unas de otras, ó que sólo comprende personas generantes y personas engendradas.

Art. 43. Cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco á los otros miembros, se llama descendiente, por ejemplo: padre, hijo, nieto, biznieto, tataranieto, etc.; y cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco, se llama ascendiente, por ejemplo: padre, hijo, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc.

Art. 44. Línea *colateral, trasversal* ú *oblicua*, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, sí descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre ó madre; sobrino y tío, que proceden del mismo tronco, el abuelo.

Art. 45. Por *línea paterna* se entiende la que abraza los parientes por parte de padre; y por *línea materna* la que comprende los parientes por parte de madre.

Art. 46. En la línea trasversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc.

Art. 47. *Afinidad legítima* es la que existe entre una persona que está ó ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido ó mujer. La línea ó grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido ó mujer, se califica por la línea ó grado de consanguinidad legítima de dicho marido ó mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad legítima en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea trasversal, con los hermanos legítimos de su mujer[3].

Art. 48. Es *afinidad ilegítima* la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consan-

[1] Cód. ch., art. 29.
[2] Cód. ch., art. 30.
[3] Cód. ch., art, 31.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

guíneos legítimos ó ilegítimos de la otra, ó entre una de dos personas que están ó han estado casadas, y los consanguíneos ilegítimos de la otra [1].

Art. 49. En la afinidad ilegítima se califican las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima [2].

Art. 50. *Parentesco civil* es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo, se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

El art. 51 [3] ha sido derogado expresamente por el 45 de la Ley 57 de 1887, y sustituído con el 6º de la misma que dice así :

Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior á la concepción.

Todos los demás son ilegítimos.

Art. 52. Los *hijos ilegítimos* son *naturales*, ó de dañado y punible *ayuntamiento*, ó *simplemente ilegítimos.*

El inciso 2º [4] del presente artículo fué derogado asimismo por el artículo 45 de la Ley 59 de 1887 y sustituído con el artículo 7º de dicha ley que consta de los dos incisos siguientes :

Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio, de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre, madre ó ambos, otorgado por escritura

[1] Cód, ch., art. 32.
[2] Cód. ch., art. 33.
[3] Art. 51. Se llaman *hijos legítimos* los concebidos durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior á la concepción.
[4] Art. 52, inciso 2º : « Se llaman *naturales* los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podian casarse entre si al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre ó madre, ó ambos, otorgado por escritura pública ó en testamento. » — Cód. ch., art. 36. — *Bello :* « Esta acepción de hijo natural es fundamental en el presente Código.

«No se menciona en el presente Código la legitimación por rescripto; el reconocimiento de los hijos naturales la suple. Por lo demás, aunque esta legitimación no produzca derechos civiles propiamente dichos, puede remover el impedimento de la ilegitimidad para optar á ciertos empleos ó gozar de ciertos derechos políticos; es decir, que pertenece al derecho público. Esto en la suposición de que entre nosotros exista ese impedimento.

« También pudiera concederse esa legitimación en premio de servicios hechos al Estado, y como un mero titulo honorífico. Bajo este respecto es evidente que tampoco pertenece al derecho civil. El Estado debe premiar á sus servidores sin perjuicio de los derechos ó expectativas ajenas consagradas por las leyes. »

pública, ó por acto testamentario, ó de conformidad con el artículo 368 del mismo Código.

No obstante lo dispuesto en el aparte que precede, se reputarán hijos naturales, respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción.

Art. 52, inc. 3º : Se llaman de dañado y punible ayuntamiento los adulterinos y los incestuosos.

Es *adulterino* el concebido en adulterio ; esto es, entre dos personas de las cuales una, á lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles [1].

Es *incestuoso* para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural ó civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio.

Art. 53. Las denominaciones de legítimos, ilegítimos y naturales que se dan á los hijos, se aplican correlativamente á sus padres [2].

Art. 54. Los hermanos pueden serlo por parte de padre y de madre, y se llaman entonces *hermanos carnales;* ó sólo por parte de padre, y se llaman entonces *hermanos paternos;* ó sólo por parte de madre, y se llaman entonces *hermanos maternos* ó *uterinos* [3].

Art. 55. Son entre sí hermanos naturales los hijos naturales de un mismo padre ó madre, y tendrán igual relación los hijos legítimos con los naturales del mismo padre ó madre.

Art. 56. Se llama *puramente alimentario*, respecto del padre, al hijo ilegítimo, sea natural ó espurio, reconocido por aquél para el sólo efecto de que pueda reclamar alimentos ; y respecto de la madre, el espurio que, no teniendo respecto de ésta la calidad legal de hijo natural, es reconocido por ella para sólo el mismo efecto.

Art. 57. Se llama *simplemente ilegítimo* respecto del padre, al hijo natural ó espurio, que no ha sido reconocido por él; y respecto de la madre al espurio á quien ésta no ha reconocido, ni tenido por hijo de una manera pública y notoria.

Art. 58. Se llaman *espurios* los hijos de dañado y punible ayuntamiento.

Art. 59. La consanguinidad, respecto de los hijos incestuosos comprende la legítima y la ilegítima.

El artículo 60 [4], derogado por el 45 de la mencionada Ley 57 de 1887, quedó sustituído por el 8º de ésta :

Las relaciones de parentesco á que se refiere la parte final del artículo 52,

[1] Cód. ch., art. 37.
[2] Cód. ch., art. 40.
[3] Cód. ch., art. 41.
[4] Art. 60. Las relaciones de parentesco á que se refiere la parte final del artículo 52, respecto de los hijos incestuosos, son las de los padres en la linea recta de consanguinidad, ó en grado primero de la linea recta de afinidad, ó en el segundo ó tercer grado trasversal de consanguinidad.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

respecto de los hijos incestuosos, son las de los padres en la línea recta de consanguinidad, ó en el grado primero de la línea recta de afinidad, ó en el segundo trasversal de consanguinidad.

ART. 61. En los casos en que la ley dispone que se oiga á los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse á las personas que van á expresarse y en el orden que sigue :

1.° Los descendientes legítimos;

2.° Los ascendientes legítimos, á falta de descendientes legítimos;

3.° El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, ó éste á falta de descendientes ó ascendientes legítimos;

4.° El padre y la madre adoptantes, ó el hijo adoptivo, á falta de parientes de los números 1°, 2° y 3°;

5.° Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, á falta de parientes de los números 1°, 2°, 3° y 4°;

6.° Los hermanos naturales, á falta de los parientes expresados en los números anteriores;

7.° Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, á falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Si la persona fuere casada, se oirá también en cualquiera de los casos de este artículo, á su cónyuge; y si alguno ó algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad ó estuvieren sujetos á potestad ajena, se oirá en su representación á los respectivos guardadores, ó á las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituídos [1].

ART. 62. Son *representantes legales* de una persona, el padre ó marido bajo cuya potestad vive, su tutor ó curador, y lo son de las personas jurídicas los designados en el artículo 639 [2].

ART. 63. La ley distingue tres especies de culpa ó descuido.

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

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. *Culpa* ó *descuido*, sin otra calificación, significa culpa ó descuido *leve*. Esta especie de culpa se opone á la *diligencia* ó *cuidado ordinario* ó *mediano*.

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

[1] V. Cód. ch., art. 42. — *Bello* : « Sería de desear que en vez de citación y audiencia de los parientes adoptásemos la institución de los consejos de familia de la legislación francesa; pero no creemos que en el estado actual de nuestra sociedad fuere posible ni conveniente. La audiencia de los parientes, según se propone en este artículo, es una medida preparatoria que podrá perfeccionarse más tarde. Entretanto es solamente un medio de proporcionar al juzgado, á poca costa, los conocimientos de que necesite para ciertos actos que generalmente no son de jurisdicción contenciosa ».

[2] Cód. ch., art. 43.

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

El *dolo* consiste en la intención positiva de inferir injuria á la persona ó propiedad de otro [1].

El art. 64 [2] ha sido reformado por el 1° de la Ley 95 de 1890 en los términos siguientes :

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

ART. 65. *Caución* significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia ó ajena. Son especies de caución, la fianza, la hipoteca y la prenda [3].

ART. 66. Se dice *presumirse* el hecho que se deduce de ciertos antecedentes ó circunstancias conocidas.

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

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

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume *de derecho*, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes ó circunstancias [4].

Para los efectos civiles puede considerarse el inciso 1° del artículo 67 [5] como sustituído por el artículo 61 de la Ley 149 de 1888 « sobre régimen político y municipal », redactado así :

Todos los plazos de días, meses ó años de que se haga mención legal se entenderá que terminan á la media noche del último día del plazo. Por *año*

[1] Cód. ch., art. 44. — *Bello* : « Pothier, Observ. generales al fin de su tratado *De las obligaciones*. »

[2] Art. 64. Se llama *fuerza mayor* ó *caso fortuito* el imprevisto ó que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. — Cód. ch., art. 45. — G. J. IV, 124, 2.

[3] Cód. ch., art. 46. — *Bello* : « Escriche, V. caución; L. 10, § *Otrosí decimos que cautio*, t. 33, p. 7. »

[4] Cód. ch., art. 47. — *Bello* : « Inciso 2°, *Præsumptio juris;* inciso 4°, *Præsumptio juris et de jure*. »

[5] Art. 67, inc. 1° : « Todos los plazos de días, meses ó años de que se haga mención en las leyes ó en los decretos del Presidente de la Unión, de los Tribunales ó Juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo. » — Cód. ch., art. 48, inc. 1.°

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

y por *mes* se entienden los del calendario común; y por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará á lo que disponga la ley penal.

Los demás incisos del artículo 67 expresan las reglas siguientes, para cuya aplicación hay que tener en cuenta la parte final del artículo 64 de la Ley 149 citada, artículo que más adelante reproducimos :

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

Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses ó años constare de más días en el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

Se aplicarán estas reglas á las prescripciones, á las calificaciones de edad, y en general á cualesquiera plazos ó términos prescritos en las leyes ó en los actos de las autoridades nacionales, salvo que en las mismas leyes ó actos se disponga expresamente otra cosa [1].

Sustituído también está el artículo 68 [2] por el inciso 1º del 62 de la ley últimamente citada :

Cuando se dice que un acto debe ejecutarse *en* ó *dentro* de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo. Cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan ó expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos nacen ó expiran á la media noche del día en que termine el respectivo espacio de tiempo.

Además el inciso 2º del mismo artículo 62 dice :

Si la computación se hace por horas, la expresión « dentro de *tantas* horas », ú otra semejante, designa un tiempo que se extiende hasta el último minuto de la última hora inclusive ; y la expresión « después de *tantas* horas », ú otra semejante, designa un tiempo que principia en el primer minuto de la hora que sigue á la última del plazo.

[1] Cód. ch., art. 48. — V. también los artículos 198 y 199 del Código de Comercio.

[2] Art. 68. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse *en* ó *dentro* de cierto *plazo*, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo; y cuando se exige que haya trascurrido un espacio de tiempo para que nazcan ó expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen ó expiran, sino después de la media noche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo. — Cód. ch., art. 49.

Á esto agrega el artículo 63 :

Cuando se dice que una cosa debe observarse *desde* tal día, se entiende que ha de observarse desde el momento siguiente á la media noche del día anterior; y cuando se dice que debe observarse *hasta* tal día se entiende que ha de observarse hasta la media noche de dicho día.

Según el

Art. 69. Las medidas de extensión, peso, las pesas y las monedas de que se haga mención en las leyes, en los decretos del Poder Ejecutivo y en las sentencias de la Corte Suprema y de los Juzgados nacionales, se entenderán siempre según las definiciones del Código Administrativo y el Fiscal de la Unión [1].

El artículo 70 [2] del Código está reemplazado por la primera parte del 64 de la ley 149 « sobre régimen político y municipal », que es como sigue :

En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, á menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado ó de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil [3].

CAPÍTULO VI.º

DEROGACIÓN DE LAS LEYES.

141. Natural es que el Poder á quien toca exclusivamente expedir las leyes, el Poder Legislativo, sea también el único que pueda derogarlas. En las legislaciones modernas la ley no puede ser abrogada sino por una nueva ley. Hemos visto que el artículo 8º del Código dice de una manera expresa que la costumbre no puede derogar aquélla.

[1] Cód. ch., art. 51.

[2] Art. 70. En los plazos que se señalaren en las leyes ó en los decretos del Poder Ejecutivo, ó de los Tribunales y Juzgados, se comprenderán los días feriados; á menos que el plazo señalado sea de días útiles expresándose así, pues en tal caso, y cuando el Código Judicial no disponga lo contrario, no se contarán los días feriados. — Cód. ch., art. 50. — *Bello :* « Escriche, *Días útiles* ».

[3] V. el artículo 200 del Código de Comercio. — G. J. V., 324, 2.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

142. Según el

Art. 71. La derogación de las leyes podrá ser expresa ó tácita.
Es *expresa*, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.
Es *tácita*, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.
La derogación de una ley puede ser total ó parcial [1].

143. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece. Pero al tenor del

Art. 72. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley [2].

144. Además, las disposiciones anteriores han sido completadas por el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, que dice :

Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería.

Como se ve, ya no es cierto que, como lo dice el artículo 72, la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores todo aquello que no pugna con las disposiciones de una nueva ley sobre la misma materia. Esta regla no se aplica sino en caso de que la nueva ley no haya reglamentado íntegramente el asunto.

Pero ¿ cuándo podrá decirse que está reglamentada íntegramente una materia por la nueva ley? Esta es una cuestión de hecho que el juez resolverá en cada caso según las circunstancias. Evidente es que no debe exigirse, para considerar que queda reglamentada íntegramente la materia, que se hayan previsto en la nueva ley todas las dificultades á que pueda dar lugar; esto sería imposible. El título de la ley podrá suministrar, á este respecto, indicaciones que deberán tenerse en cuenta. Siendo la Constitución lo más importante del derecho positivo en cada país, claro es que todas las disposiciones legislativas anteriores que estén en oposición con aquélla quedan tácitamente abrogadas. Obvio principio es éste del cual hace aplicación el artículo 14 de la Ley 153 citada :

[1] Cód. ch., art. 52.
[2] Cód. ch., art. 53.

La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anteriór á la Constitución y que sea claramente contraria á su letra ó á su espíritu, se desechará como insubsistente.

145. Al tenor del artículo 14 de la misma ley,

Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que á ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.

Una ley derogada, aun tácitamente, es una ley muerta, que sólo puede renacer, como ley nueva, por voluntad expresa del legislador. Las leyes pueden derogarse, pero no formarse tácitamente. Como lo hemos dicho atrás, la legislación española ha sido totalmente abolida por el artículo 15 de la ley que acabamos de mencionar.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

TÍTULO I.º

De las personas en cuanto á su nacionalidad y domicilio.

CAPÍTULO I.º

DIVISIÓN DE LAS PERSONAS.

146. Las personas son los sujetos de los derechos. En consecuencia, debe tratárseles en primer lugar en el Código Civil cuyo objeto es la teoría de los derechos privados, derechos que no se conciben sin las personas á las cuales pertenecen. *Persona* es todo ser ó entidad capaz de constituír el sujeto activo ó pasivo de un derecho.

147. La rúbrica del Título primero del Código colombiano no es del todo propia porque, según ella, las disposiciones legales que forman aquél deberían tratar de las personas en cuanto á su *nacionalidad* y domicilio, y, sin embargo, nada se dice allí acerca de la nacionalidad. Depende eso de haberse copiado el Código de Chile en cuanto al epígrafe, pero omitiendo en el texto los artículos 56 y 57 de dicho Código, que sí se refieren á las personas clasificadas en nacionales y extranjeros. Según hemos dicho atrás, en el Derecho colombiano no se trata de esta materia especial sino en la Constitución de la República y en la Ley 145 de 1888, sobre extranjería y naturalización.

148. No todas las personas son individuos de la especie humana. Al tenor del

ART. 73. Las personas son *naturales* ó *jurídicas*.
De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas á ella se trata en el título final de este libro[1].

La expresión « personas naturales » se refiere á los hombres; también se llaman « personas físicas ». En cuanto á las jurídicas, son abstracciones, generalmente asociaciones, como el Estado, un Departamento, etc., y fundaciones de beneficencia pública, á todas las cuales se reconocen los derechos y se imponen las obligaciones compatibles con su naturaleza.

149. Si no todas las personas son hombres, todos los hombres son personas, en las legislaciones modernas. Otra cosa sucedía en Derecho romano y en las demás legislaciones antiguas, pues se negaba la personalidad á los esclavos y se admitía con diferencias considerables para las distintas clases de hombres libres : ciudadanos, latinos, peregrinos, colonos, etc.

Hoy la esclavitud es una institución que los pueblos civilizados no admiten en sus leyes, y á fin de abolirla en todo el mundo hacen persistentes y fecundos esfuerzos. En donde quiera tiende ahora á aplicarse el principio formulado en el artículo 1º de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* que encabeza la Constitución francesa de 1791 : « los hombres nacen y quedan libres é iguales en derechos ».

La esclavitud moderna, la de los negros, fué consecuencia de las conquistas coloniales realizadas por las naciones europeas en el siglo xv. Hoy no admiten tal esclavitud en sus colonias y procuran impedir en África la trata de negros.

El artículo 22 de la Constitución colombiana declara que « no habrá esclavos en Colombia. El que siendo esclavo, pise el territorio de la República, quedará libre ».

También dice el Código Civil en el

ART. 74. Son *personas* todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe ó condición[2].

[1] Cód. ch., art. 54.
[2] Cód. ch., art. 55.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

150. Según el

ART. 75. Las personas se dividen, además, en domiciliadas y transeúntes[1].

No nos parece necesaria en el Código esta nueva división de las personas en domiciliadas y transeúntes, división que se aplica más bien á los extranjeros que á las personas en general. Tratándose de aquéllos, la Ley 145 de 1888 los clasifica de ese modo con el fin principal de determinar las contribuciones á que están sujetos unos y otros : en dicha ley es donde se enumeran las circunstancias que imprimen el carácter de domiciliado á un extranjero. Según el ordinal 9º del artículo 127 y el 10º del artículo 1068 del Código, los extranjeros transeúntes no podrán figurar como testigos en los matrimonios que se celebren en Colombia, ni en los testamentos solemnes que se otorguen en la República.

El Código trata de las personas jurídicas en el último Título del Libro primero. Quizás hay lógica en no hablar de las personas jurídicas sino después de haber tratado en su integridad lo que á las personas naturales se refiere; pero prácticamente, y para la claridad de las explicaciones, hubiera sido preferible indicar cuáles son las personas jurídicas, cómo nacen y mueren, después de indicar cuáles son las personas naturales, su principio y su fin. La comparación de las dos clases de personas es lo que mejor puede hacer comprender los caracteres especiales de cada una de ellas, y tal comparación es difícil de hacer después de 34 títulos que el Código antepone al de las personas jurídicas.

Pero como hemos anunciado que seguiremos el orden general del Código, nos conformaremos con su división. Lo que sí no es lógico es hablar del domicilio de las personas antes de la existencia de las mismas. Claro es que, antes de tener un domicilio, las personas deben existir, y por tanto, los capítulos 2º y 3º del Título primero han debido colocarse después del primero del Título segundo. No obstante, seguiremos el orden adoptado por el legislador aunque tratando conjuntamente los dos capítulos que se refieren al domicilio, porque así lo exige la claridad de la exposición.

[1] Cód. ch., art. 58.

CAPÍTULOS II.º y III.º

DEL DOMICILIO EN CUANTO DEPENDE DE LA RESIDENCIA Y DEL ÁNIMO DE PERMANECER EN ELLA. — DEL DOMICILIO EN CUANTO DEPENDE DE LA CONDICIÓN Ó ESTADO CIVIL DE LA PERSONA.

Generalidades. — Noción del domicilio. — Distintas clases de domicilio.

151. ¿ Qué es lo que se llama *domicilio?* En el lenguaje corriente se aplica esta expresión á la casa en donde vive una persona, cuando se dice, por ejemplo, que hubo « violación del domicilio », ó cuando alguien dice : « voy á mi domicilio ». En derecho civil la voz domicilio no tiene esa significación[1].

El domicilio civil es la relación de derecho que existe entre una persona y determinado lugar en donde se presume que se encuentra siempre para los efectos de algunos actos jurídicos. El domicilio civil, por consiguiente, es una abstracción jurídica, no es una casa. Se puede tener un domicilio en un lugar donde no se vive.

152. Al domicilio se opone la residencia, que es el asiento de hecho, el lugar en donde vive una persona. Á veces se distingue también la *residencia* de la *habitación*. Por ejemplo, de un comerciante que tiene casa de comercio en Bogotá, quinta en Usaquén y que se encuentra actualmente en Tunja, se dirá que tiene su domicilio en Bogotá, una residencia en Usaquén y su habitación en Tunja. Ningún interés práctico tiene la distinción entre la residencia y la habitación desde el punto de vista en que debemos considerar las cosas, es decir, de acuerdo con la teoría del Código Civil. Grande, por el contrario, es la diferencia entre el domicilio y la residencia.

[1] En derecho constitucional se emplea frecuentemente la palabra domicilio por la casa en que una persona habita. Así la Constitución colombiana dice en el artículo 23 que no puede registrarse el domicilio de nadie sino á virtud de mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes. En el mismo sentido emplea aquel vocablo en el artículo 24, cuando habla de los delincuentes cogidos infraganti que se refugian en su propio domicilio ó que se acogen á domicilio ajeno.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

153. ¿ Qué interés hay en establecer la abstracción jurídica llamada domicilio? Un verdadero interés desde el punto de vista político, puesto que un ciudadano no puede, por regla general, ejercer sus derechos políticos sino en el lugar en donde tiene su domicilio. Pero debe distinguirse el *domicilio político* del *domicilio civil*, porque no siempre coinciden, y aquí sólo tenemos que ocuparnos del último.

154. Según el

ART. 77. El domicilio *civil* es relativo á una parte determinada de un lugar de la Unión ó de un territorio[1].

De aquí parece deducirse, por argumento *a contrario*, que el domicilio político, es el que se refiere á todo el territorio del Estado. Este domicilio, según el artículo 60 del Código de Chile, es el que tienen á veces los extranjeros. El artículo 4º de la Ley 145 de 1888 dice, en efecto : « Son domiciliados los extranjeros que residan en el territorio colombiano con ánimo, expreso ó presunto, de permanecer en el país. » De acuerdo con esto, es verdad que las leyes colombianas atribuyen en ciertos casos á los extranjeros un domicilio en la República, sin preocuparse de la parte determinada del territorio en donde puedan tener un domicilio civil. Pero nos parece impropia la terminología según la cual el domicilio que se refiere á todo el territorio debe considerarse como domicilio político : el carácter de domiciliados no da á los extranjeros el goce de los derechos políticos. Es preferible, pues, conservar la expresión domicilio político para indicar el domicilio donde se ejercen los derechos de aquella clase, y domicilio civil para indicar el lugar en donde se ejercen los derechos civiles. Así entendidos uno y otro, el domicilio político se refiere también á una parte determinada del territorio. El artículo 77 es, por tanto, inútil en el Código[2].

155. Fuera del domicilio político y del domicilio civil hay

[1] Cód. ch., art. 61.

[2] En el artículo 373 de la Ley 149 de 1888, sobre régimen político y municipal, se dice quiénes son vecinos de un distrito para los efectos políticos. Y el artículo 25 de la Ley 7ª del mismo año, sobre elecciones populares, agrega que los militares en servicio serán inscritos en las listas para las votaciones, siempre que hayan residido en el distrito respectivo tres meses continuos por lo menos.

otros varios para fines distintos, y por eso el artículo 373 de la Ley 149 de 1888 dice : « Las leyes y ordenanzas pueden definir la calidad de vecinos para determinados efectos en el régimen departamental, provincial ó municipal ». Por lo demás, los colombianos pueden como se deduce del artículo 19, tener su domicilio en país extranjero.

156. La determinación del domicilio tiene importancia considerable desde varios puntos de vista, entre los cuales pueden enumarse los siguientes :

1.º) En materia de jurisdicción, el domicilio determina el lugar donde se puede, salvo excepción, demandar á una persona el cumplimiento de sus obligaciones : *actor sequitur forum rei*. El domicilio del demandado determina el tribunal competente (artículo 158 del Código de Organización Judicial)[1].

2.º) El domicilio de la mujer determina el juez ante el cual se puede celebrar el matrimonio (art. 126). Asimismo, el domicilio del adoptado determina el juez cuyo permiso se requiere para la adopción (art. 279).

3.º) La sucesión de un individuo se abre en el lugar de su último domicilio (art. 1012).

4.º) El domicilio en determinado lugar es condición indispensable para desempeñar ciertas funciones como las de guardador (art. 586), albacea (art. 1329), etc.

5.º) Cuando no se ha estipulado lugar para el pago y no se trata de un cuerpo cierto debe hacerse en el domicilio del deudor (art. 1646).

157. Hay que distinguir dos clases de domicilio : el domicilio *general* ú *ordinario* ó domicilio *real* y el domicilio *especial* ó *ficticio*.

Esta distinción no la hace de una manera formal el Código; pero resulta virtualmente del artículo 85, que admite el domicilio especial.

El Código trata en el capítulo 2º del domicilio especial, que nada tiene que ver con la cuestión de residencia, y del domicilio de las personas jurídicas, respecto de las cuales

[1] V. también los artículos 159 y siguientes de la Ley 147 de 1888.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

no puede hablarse de residencia y de ánimo de permanecer en ésta.

§ 1.º *Del domicilio general.*

158. El domicilio general ú ordinario es el que se refiere á la generalidad de los derechos y de las obligaciones de una persona; en otros términos, cuando no haya domicilio especial, los actos jurídicos que deban ejecutarse en el domicilio se ejecutarán en el domicilio general.

159. Para saber cómo se determina este domicilio nos bastará el siguiente ejemplo : tomemos un niño en la época de su nacimiento ¿ tiene un domicilio? Sí, puesto que según el

Art. 88. El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno, y el que se halla bajo tutela ó curaduría, el de su tutor ó curador[1].

Tal domicilio se llama domicilio de *origen* y creemos que se conserva mientras no se adquiera otro; pero en la legislación colombiana la adquisición de un domicilio no implica forzosamente pérdida del anterior. Conviene advertir que, pudiendo la viuda ejercer la patria potestad, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, el artículo 88 del Código debe tomarse con esta ampliación, es decir, que el que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno ó materno.

160. ¿ Cómo puede adquirir el niño á que nos referimos en el ejemplo anterior otro domicilio distinto del de origen? Si mueren sus padres, adquiere el domicilio de su tutor ó curador (art. 88), y lo propio sucederá cuando la viuda pierda la patria potestad por malas costumbres ó por pasar ó otras nupcias (art. 53 Ley 153 de 1887).

161. Si se trata de una mujer, adquiere otro domicilio al casarse, puesto que así lo dice el

Art. 87. La mujer casada sigue el domicilio del marido[2].

Observamos sobre ésto que el artículo 71 del Código chileno dice : « La mujer casada *no divorciada* sigue el domicilio del marido, mientras éste reside en Chile. » Es, sin duda, preferible esta disposición á la del Código colombiano; mediante el divorcio, la mujer sale de la potestad del marido, y, por lo mismo, no hay motivo para imponerle el domicilio de éste; además, cuando el marido no resida en Colombia y la mujer viva aquí, se presentarán graves dificultades para hacer efectivos los derechos de terceros contra la mujer.

[1] Cód. ch., art. 72. — *Bello*, L. L. 3, 4, ad municip. et de inc. (D. 50. 1); C. F. 108.
[2] Cód. ch., art. 71.

162. Por último, el hecho solo de entrar en una casa como criado ó dependiente hace adquirir un nuevo domicilio :

Art. 89. El domicilio de una persona será también el de sus criados y dependientes que residan en la misma casa que ella; sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos precedentes[1].

La parte final de la disposición podría entenderse en el sentido de que en este caso puede tener el criado dos domicilios : el de su padre y el del dueño de la casa en donde sirve, ó, tratándose de mujer casada, el de su marido y el del dueño de la casa. Pero el espíritu de la ley, sin duda, es que el criado conserva el domicilio del padre ó del marido, sin adquirir el del amo.

163. En las tres hipótesis anteriores, la ley misma impone un determinado domicilio á ciertas personas; fuera de aquéllas, determina el domicilio por presunciones diversas :

Art. 76. El domicilio consiste en la residencia acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella[2].

Debe observarse que este artículo no contiene una definición del domicilio en cuanto á su naturaleza jurídica, sino que indica el modo de determinarlo. Por lo demás, no es enteramente exacto : puede haber domicilio sin residencia, como sucede con el domicilio especial, y, en nuestra opinión, algunas veces hasta con el general.

164. Para saber cuál es el domicilio de un individuo es preciso averiguar, en principio, cuál es su residencia, y si tiene ánimo de permanecer en ella.

Aquélla puede conocerse fácilmente, pero no es posible

[1] Cód. ch., art. 73. — *Bello*, C. F. 109.
[2] Cód. ch., art. 59, inc. 1.º — *Bello*, L. 7, C. de incolis (10. 40).

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

apreciar las intenciones sino en virtud de hechos exteriores que las hagan presumir, á menos que expresamente se declaren. El artículo 76 encuentra su complemento en el

Art. 78. El lugar donde un individuo está de asiento, ó donde ejerce habitualmente su profesión ú oficio, determina su *domicilio civil* ó *vecindad* [1].

Así, dos circunstancias pueden determinar el domicilio de una persona : estar de asiento en un lugar, es decir, tener allí su hogar doméstico ó residencia habitual, ó bien ejercer una profesión ú oficio, sin que sea necesario que estas circunstancias concurran, pues el texto no exige sino una sola de ellas para determinar el domicilio.

165. Pero un individuo puede tener su casa en Cajicá en donde está de asiento, y un almacén en Bogotá, en donde ejerce el comercio. ¿Dónde tendrá su domicilio? En ambas partes, puesto que según el

Art. 83. Cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto á un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial á una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo [2].

Así, el comerciante que hemos indicado por vía de ejemplo tendrá dos domicilios : uno en Cajicá, en donde tiene su hogar y su residencia, y otro en Bogotá, en donde ejerce su profesión. De la parte final del artículo resulta que, en este caso, los actos jurídicos relativos al comercio tendrán que ejecutarse en Bogotá, y en Cajicá los que conciernan á sus relaciones de familia. Los actos que no interesen ni á su comercio ni á la familia pueden ejecutarse indistintamente en uno ú otro lugar, porque la ley no establece diferencia entre ellos á este respecto.

Hay que observar, además, que difícilmente se puede admitir que un individuo resida en el almacén en donde ejerce su comercio, de lo cual se deduce que no debe tomarse

[1] Cód. ch., art. 62. — *Bello*, L. 7, C. de incolis. — L. 27, § 1, ad munic. et de inc. (D. 50. 1).
[2] Cód. ch., art. 67. — *Bello*, L. L. 5, 6, § 2, ad municip. et de incolis (D. 50. 1). — Gregorio López, nota 2 ad 1, 5, t. 24, p. 4.ª

literalmente el artículo 76; no siempre el domicilio consiste en la residencia acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.

166. El artículo 79 indica circunstancias que no permiten atribuír á la residencia el carácter de domicilio, y el artículo 80 enumera otras presunciones positivas del ánimo de permanecer en la residencia, que la constituyen por tanto en domicilio :

Art. 79. No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia ó ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, ó por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, ó la del que ejerce una comisión temporal, ó la del que se ocupa en algún tráfico ambulante [1].

Art. 80. Al contrario, se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela ú otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas [2].

167. También el artículo 81 nos indica varias circunstancias que no hacen perder el domicilio :

Art. 81. El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria ó forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

Así, confinado por decreto judicial á un paraje determinado, ó desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios [3].

Consideramos que esta disposición es inútil, puesto que, teniendo cada cual su domicilio en el lugar donde se encuentran su familia y el asiento principal de sus negocios, es claro que, mientras conserve aquéllos en dicho lugar, en él conservará igualmente su domicilio. No se concibe que se

[1] Cód. ch., art. 63. — *Bello* : « Domus possessio facti est; domicilii constitutio, juris. — Vinnius, Part. Juz., lib. 3º, c. 8. »
[2] Cód. ch,, art. 64. — *Bello*, C. F. 107.
[3] Cód. ch., art. 65. — *Bello*, L. 27, § 3, *ad munic.* (D. 50. 1); L. 7, C. *de incolis* (10. 40); Merlin, vº *Domicile*, § 4º, 3.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pierda el domicilio mientras subsistan las circunstancias que lo hacen adquirir.

168. La adquisición de un nuevo domicilio puede hacerse ambién por el medio establecido en el

ART. 82. Presúmese también el domicilio, de la manifestación que se haga ante el respectivo Prefecto ó Corregidor, del ánimo de avecindarse en un determinado distrito.

Para esto es necesario, además, que el manifestante establezca en realidad su residencia en el lugar indicado. Observamos sí que, en este caso, no ha debido decirse que se *presume* el domicilio, sino que se establece, pues es lo que efectivamente sucede.

En resumen, el domicilio, fuera de los casos en que la ley lo impone, se establece por la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella; este ánimo se presume de las circunstancias indicadas en el artículo 80 y puede manifestarse expresamente por la declaración de que se habla en el artículo 82. Pero también, de acuerdo con el sentido que hemos dado al artículo 78, una persona tiene domicilio en el lugar en que ejerce habitualmente su profesión ú oficio, aunque no haya fijado en él su residencia.

169. Finalmente, según el

ART. 84. La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte [1].

¿ Cuándo se aplica esta disposición? ¿ Puede uno no tener domicilio? Es difícil que así suceda si se admite que cada cual tiene desde su nacimiento el domicilio de sus padres, y lo conserva mientras no adquiera otro. Quizá habría sido preferible decir domicilio conocido; aun los niños desamparados tienen su domicilio en la casa en donde se les recibe. El caso más práctico de aplicación de este artículo es el de aquellos que, por la naturaleza de su profesión, no tienen lugar fijo de residencia, como los mercaderes ambulantes, los actores dramáticos, etc.

[1] Cód. ch., art. 68.

§ 2.° *Del domicilio especial.*

170. El domicilio especial, que se llama también domicilio *de elección*, es un domicilio escogido especialmente por las partes contratantes para la ejecución de una convención. Á este respecto dice el

ART. 85. Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales ó extrajudiciales á que diere lugar el mismo contrato [1].

La elección de un domicilio especial tiene, pues, por objeto hacer excepción á la regla que establece la competencia de los jueces según el domicilio general del demandado, y eludir la necesidad de hacer en este domicilio los actos judiciales y extrajudiciales relativos al contrato.

171. De las disposiciones generales que hemos estudiado se puede deducir que la elección de domicilio no tiene forzosamente que recaer en una casa : basta que se designe una parte determinada del territorio, como un Distrito ó un circuito, según el caso, aunque, por lo que toca á los efectos de la elección, se producirán de una manera más ó menos completa, según que el lugar escogido como domicilio sea también más ó menos circunscrito. Supongamos que, para la ejecución de una venta, las partes elijan á Bogotá como domicilio; si surgen dificultades en cuánto al cumplimiento del contrato, es claro que los jueces de Bogotá serán los competentes para conocer del juicio respectivo. Pero ¿ en dónde habrá de hacerse el pago? No habiendo determinado más precisamente el domicilio especial, las partes han podido entender que el pago debe efectuarse en el domicilio general del deudor, como lo prescribe el artículo 1646, pero también su intención ha podido ser la de que el acreedor tenga facultad para designar en Bogotá el lugar preciso, Banco ú Oficina, donde haya de verificarse el pago.

172. Á fin de concluír estas indicaciones sobre el domici-

[1] Cód. ch., art. 69.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

lio especial, no será inútil precisar las diferencias entre aquél y el domicilio general :

1.ª) Siendo el domicilio especial escogido para un negocio determinado, no produce efectos sino para los actos relativos á este negocio : por eso se dice que es especial. Al contrario, el domicilio general sirve para los actos relativos á todo negocio para el cual no se haya escogido domicilio especial.

2.ª) Los domicilios generales de un individuo no se transmiten por su muerte á los herederos. El domicilio especial elegido en un contrato en que fué parte el difunto pasa á sus sucesores. Los herederos de un individuo cobrarán sus créditos y podrán ser perseguidos por las deudas en los domicilios elegidos al efecto.

3.ª) Una persona no puede tener sino un número muy limitado de domicilios generales, pero sí puede tener tantos domicilios especiales cuantos sean los negocios que ejecute : el número de domicilios especiales es ilimitado.

4.ª) El domicilio general, por lo menos cuando no es impuesto por la ley, puede cambiarse fácilmente, y cada cual puede, á su voluntad, tener su domicilio donde quiera : le basta para ello cumplir con las condiciones indicadas por la ley. Al contrario, cuando se trata del domicilio especial, una de las partes no puede cambiar este domicilio sin el consentimiento de la otra parte; por lo menos una de las partes no puede, por sí sola, cambiar la circunscripción territorial en donde se ha elegido el domicilio especial, pero sí puede suceder que sea necesario cambiar la persona cuya casa se ha elegido como domicilio por otra del mismo municipio, y en tal caso la otra parte no puede oponerse al cambio. Así, por ejemplo, cuando se vende un inmueble y se elige como domicilio, para los efectos del pago, la oficina de un abogado, muerto éste, quien hizo la elección puede designar en la misma ciudad otra persona en cuya casa deba hacerse el pago.

Apéndice. Del domicilio de las personas jurídicas.

173. Pudiendo las personas jurídicas, como las personas físicas, contraer obligaciones civiles, es necesario también

que tengan una relación legal con determinado lugar, en donde se consideren presentes siempre para la ejecución de los actos jurídicos, en una palabra, es preciso que tengan un domicilio.

Á este domicilio no puede aplicarse el artículo 76, puesto que no es posible, sin abuso del lenguaje, hablar de la residencia de una persona jurídica, ni tampoco del ánimo de permanecer.

Sin embargo, las asociaciones, como las personas físicas, están generalmente en relación material con determinado lugar; esta relación no puede llamarse propiamente residencia, pero sí puede asimilarse á la residencia de las personas físicas con el objeto de determinar el domicilio. Casi no se concibe asociación sin un centro de reunión para sus miembros, de administración ó de dirección; es lo que se llama, especialmente para las asociaciones mercantiles, centro social ó casa social. Natural es, pues, decidir como lo hace el

Art. 86. El domicilio de los establecimientos, corporaciones, y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración ó dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos ó leyes especiales.

Pero si hay varias casas sociales, una principal y sucursales las otras, ¿tendrá la persona jurídica tantos domicilios como casas? En el derecho francés, que ha establecido la unidad del domicilio para las personas físicas, la jurisprudencia admite, por el contrario, que las personas jurídicas tienen tantos domicilios como sucursales les pertenezcan. La utilidad práctica de tal sistema no es discutible. Supongamos que un Banco establecido en Bogotá, en donde se encuentran la administración central y la dirección, tenga sucursales en Medellín, Bucaramanga, Barranquilla, etc. Cuando surjan dificultades entre el Banco y uno de sus clientes de Bucaramanga ¿tendrá éste que recurrir á los juzgados y tribunales de Bogotá? no hay duda de que esto presentaría graves dificultades al cliente aunque sería muy cómodo para el Banco, pues así le bastaría tener en Bogotá un solo servicio destinado á los asuntos litigiosos, en el cual se concentrarían todas las dificultades de las sucursales.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Parece que el artículo 86 no reconociera sino un domicilio para las personas jurídicas; el lugar donde está situada su administración ó dirección. Pero ¿ cómo admitir que el legislador no hubiese reconocido varios domicilios para aquéllas y sí para las personas físicas, respecto de las cuales quizá perjudica, antes que aprovecha, la pluralidad de domicilios? Y por otra parte ¿ no puede decirse que cada sucursal tiene su administración y dirección? Creemos que en tal caso, y tratándose de determinar la extensión del artículo 83, debe aplicarse la regla de interpretación establecida atrás, dando preferencia al espíritu de la ley sobre el tenor literal de la misma.

Concluiremos, por consiguiente, afirmando que toda asociación compuesta de una casa central y de varias sucursales tendrá tantos domicilios como las casas que le correspondan.

Lo que sí nos parece absolutamente inexplicable es que el legislador haya admitido la regla formulada en la parte final del artículo 86 : « salvo lo que dispusieren sus estatutos ó leyes especiales ». En lo que concierne á leyes especiales, la disposición es inútil, puesto que es un principio universalmente reconocido que las leyes especiales prevalecen sobre las generales. Pero la otra disposición, « salvo lo que dispusieren sus estatutos », más bien que inútil es peligrosa. En tanto que á los hombres no se les otorga sino una libertad relativa para fijar su domicilio general, como quiera que no pueden cambiarlo sin cambiar también el centro de sus negocios, se permite, al contrario, á las personas jurídicas determinar libremente en los estatutos su domicilio, de tal manera que un Banco de Bogotá podría decir en sus estatutos que su domicilio está en Bucaramanga, y los clientes del Banco, en consecuencia, tendrían que ir á Bucaramanga para demandar á aquél.

Por supuesto que tal peligro es meramente teórico, y que en la práctica ningún Banco podría hacer aquéllo, pues la competencia de los demás establecimientos análogos le obligará á buscar más bien ventajas para sus clientes. Pero sí puede existir el peligro en caso de una compañía que tenga un monopolio de hecho ó de derecho, como las compañías

de navegación ó de ferrocarriles. Supongamos que exista un ferrocarril de Bogotá á Barranquilla; sería muy cómodo para la compañía establecer en sus estatutos un domicilio único en Bogotá, pero no lo sería para el viajero que tuviera en Barranquilla dificultades con aquélla.

En Francia se ha reconocido prácticamente el principio de que las compañías ferrocarrileras pueden ser demandadas en todos los lugares en donde exista una estación de importancia.

En resumen, las personas jurídicas y las personas físicas tienen libertad para establecer un domicilio especial relativo á la ejecución de un contrato; pero el domicilio general de las personas físicas está en relación necesaria con ciertas circunstancias materiales, con la residencia, mientras que á las personas jurídicas se les permite escoger en los estatutos con plena libertad su domicilio general. No vemos las razones justificativas de un favor semejante para las personas jurídicas.

TÍTULO II.°

Del principio y fin de la existencia de las personas.

CAPÍTULO I.°

DEL PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS.

174. Como ya lo hemos dicho, no se trata aquí sino de las personas naturales, de los hombres. La cuestión es, pues, la siguiente : ¿ Cuándo principia la existencia del hombre? Á primera vista la contestación parece muy fácil : el hombre principia á existir desde que nace. Sin embargo, observando más atentamente las cosas, se ve que existir es vivir, y que,

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

en realidad, el hombre vive en el vientre materno varios meses antes de nacer. Cierto es que la criatura en el vientre de la madre no tiene vida independiente de la de aquélla, y, en consecuencia, su personalidad se confunde con la de la madre: así, se explica el principio establecido en el inciso 1º del

ART. 90. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre[1].

175. Pero si este sistema es lógico, no dejaría de presentar inconvenientes prácticos si se aceptara de un modo absoluto. Supongamos que un niño nazca cinco meses después de la muerte de su padre: de acuerdo con la regla sentada, habría que decir en este caso que el hijo no tenía existencia legal en la época del fallecimiento del padre, y, por lo mismo, no podría tomar nada de la sucesión, puesto que para recoger ésta, se requiere ante todo existir al tiempo en que se abre (art. 1019), y nada sería más injusto que privar al hijo de la herencia de su padre tan sólo porque tuvo la desgracia de perderlo antes de nacer. Los romanos indicaron para resolver esta dificultad una solución que todavía se adopta: el principio es que la existencia de las personas comienza con el nacimiento, pero que, por ficción legal, se reputan existentes para ciertos efectos desde la época de la concepción. Así lo establece el

ART. 93. Los derechos que se deferirían á la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia,

[1] Cód. ch., art. 74, inc. 2.º — *Bello*, L. 123, *de verb. signif.* (D. 50. 16); L. 3, C. *de posthumis her.* (6. 29). « Se reforma, pues, la ley 2, t. 5.º, lib. 10, Nov. Recop. La condición de vivir veinticuatro horas después del nacimiento, no parece de utilidad alguna ¿ Se dirá que puede muchas veces ser dudoso si el recién nacido ha vivido ó no un momento después de la separación? La misma duda se presentará para decidir si estaba vivo ó no en el momento de cumplir las veinticuatro horas: añádase la dificultad de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo.

El nacer todo vivo y tener figura humana son condiciones que darian lugar á dudas y cavilaciones. La de ser bautizado fomentaria la práctica anticanónica del bautismo administrado sin necesidad por personas incompetentes (Donoso, Inst., Can. lib. 3, cap. 2, n. 39). Agréguese que según la Constitución no parece necesario el bautismo para el goce de los derechos civiles. Un turco puede residir entre nosotros, comprar y vender, testar, heredar y ser heredado, y naturalizarse también. La Constitución no le prohibe ninguna de estas cosas. »

entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos á otras personas, como si la criatura no hubiese existido jamás[1].

El niño concebido se considera como nacido cuando se trata de reconocerle ó de transmitirle un derecho, pero, por lo mismo, es necesario que tenga una existencia legal, aunque sea muy corta, es decir, se requiere que viva un momento siquiera después de haberse separado de la madre.

176. El artículo 91 es tan claro de suyo, que bastará reproducirlo:

ART. 91. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, á petición de cualquiera persona, ó de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra[2].

177. El artículo 92 contiene una regla importante que debe ser comentada, y así lo haremos en lugar más oportuno, limitándonos á reproducir aquí, para guardar el orden, el texto de esa disposición legal:

ART. 92. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

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

CAPÍTULO II.º

DEL FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS.

178. Si la personalidad legal, la capacidad para ejercitar derechos, principia con el nacimiento, natural es que desaparezca con la muerte, como lo dice el

[1] Cód. ch., art. 77. — *Bello*, L. 26, *de statu hom.* (D. 1. 5); L. 3, *si pars hered.* (D. 5. 4); L. 7, *de rebus dub.* (D. 34. 5); L. 36, *de solution.* (D. 46. 3).
[2] Cód. ch., art. 75. — *Bello*, L. 3, t. 23, p. 4ª; L. 11, t. 31, p. 7.ª
[3] Cód. ch., art. 76. — *Bello*, L. 4, t. 23, p. 7ª; L. 3, § 5, 11, 12, *de suis*

W. 419
UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ART. 94. La persona termina en la muerte natural [1].

¿ Por qué *muerte natural?* ¿ Cuál es la muerte natural? Esta expresión no quiere decir que la muerte ha sobrevenido á consecuencia de una enfermedad y no de una manera violenta. Aquel término se explica históricamente. En Francia y en otros muchos países hubo lo que se llamaba muerte civil, impuesta á un hombre vivo como pena accesoria á ciertas condenaciones graves, ó como consecuencia de los votos religiosos. Se declaraba abierta la sucesión de las personas que morían civilmente y disuelto su matrimonio; eran incapaces de ser propietarias, etc. : aunque vivas, se consideraban como muertas en realidad. En Francia se suprimió la muerte civil desde 1854; aún subsiste en Chile.

Si en el artículo 94 del Código colombiano se habla de muerte natural, es por oposición á la muerte civil; pero ello es innecesario puesto que esta institución ha desaparecido también de la legislación colombiana. Aquel término está bien en el Código de Chile que sí reconoce, como hemos dicho, la muerte civil. Con razón, pues, en la Ley 57 de 1887 se derogó el artículo 94 y se reemplazó con el 57 de esa ley, en el cual se suprime la palabra natural. Por la misma razón debería suprimirse en los artículos 314, 835, 1145 y 2194, en los cuales subsiste.

179. Puede suceder que dos ó más personas mueran en un mismo acontecimiento, como naufragio, incendio, etc., sin que se pueda saber cuál murió primero. En tal caso, tratándose de personas que son recíprocamente herederas, pero que no tienen unos mismos herederos, hay, por lo que se refiere á la sucesión de aquéllas, grande interés en determinar en qué orden han perecido.

Supongamos, para mayor claridad, sólo dos individuos primos hermanos, Pedro y Pablo, llamados á heredarse recí-

(D. 38. 16); L. 12, *de statu hom.* (D. 1. 5); L. 2, C. *de rec. nupt.* (5. 9); Nov. 38, c. 2; C. F. 312. « Lo mismo en el Código de las Dos Sicilias, en el de la Luisiana, Sardo, Holandés, Austriaco, Bávaro (con una diferencia insignificante). El Código prusiano exige el sétimo mes cumplido; en el Peruano se dispone con muy corta diferencia lo mismo que en este Código. »

[1] Cód. ch., art. 78.

procamente, y que tienen en el grado subsiguiente de sucesión herederos distintos. Si en un naufragio Pedro ha muerto primero, los herederos de Pablo tomarán en su sucesión no sólo todos los bienes de éste, sino también la fortuna de Pedro, á la cual tenía derecho como heredero de grado más próximo. Si, por el contrario, Pedro sobrevivió á Pablo, los herederos de aquél tomarán todos sus bienes y con ellos la sucesión de Pablo.

El Código Civil francés establece en esta materia un sistema muy complicado de presunciones que se fundan sobre la edad comparada de las personas : así, es casi cierto, probable á lo menos, que en un naufragio, un niño perecerá antes que un hombre de treinta años. Sobre tales probabilidades se establecieron las presunciones de supervivencia.

Mucho más sencillo es el sistema del Código colombiano, el cual considera que, en estos casos, todas las víctimas han perecido á un mismo tiempo :

ART. 95. Si por haber perecido dos ó más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina ó batalla, ó por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido á las otras [1].

Por consiguiente, en el ejemplo propuesto, los herederos de Pedro recibirán su fortuna, y los de Pablo la de éste, á menos que se pueda establecer, según el derecho común, cuál de los dos sobrevivió al otro. Como quiera que la presunción de la muerte simultánea es legal, admite prueba en contrario, y no tiene cabida sino en caso de que no pudiere saberse el orden en que han ocurrido los fallecimientos, según expresamente dice el artículo transcrito.

El sistema del Código francés, como fundado en presunciones que fallan muchas veces, peca por su arbitrariedad y más que todo por la complicación de sus reglas, en tanto que

[1] Cód. ch., art. 79. — *Bello*, L. 9, pr. § 3, 16, 17, 18, *de rebus. dub.* (D. 34. 5); L. 34, *ad se trebell.* (D. 36. 1); L. 32, § 14, *de donat. inter vir* (D. 24. 1); L. 26, *de mortis causa don.* (D. 39. 6). — « El derecho romano y el francés admiten algunas excepciones á la regla general de este artículo, pero con fundamentos tan lijeros é inciertos que ha parecido preferible omitirlas ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

el establecido por el Código colombiano es más preciso y sencillo y de fácil aplicación.

CAPÍTULO III.º

DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO.

180. Cuando una persona no se halla en el lugar en donde se la necesita, como un alumno que no está en la clase, se dice, en el lenguaje ordinario, que está ausente. Sin embargo, en el sentido jurídico diremos no que está ausente sino que no se halla presente.

El ausente, jurídicamente hablando, es la persona que ha desaparecido y cuya existencia se ha hecho incierta, porque, durante mucho tiempo, no se tienen noticias de ella. Es lo que expresa el artículo 96 diciendo que en semejante caso hay mera ausencia.

Dicha persona puede haber dejado intereses en peligro, bienes que administrar, créditos por cobrar, deudas que deben pagarse, etc. También es posible que ciertos derechos hayan nacido en su favor durante el desaparecimiento.

Indispensable es, en consecuencia, que el legislador se preocupe de semejante situación y fije las reglas que deban seguirse para proteger los intereses del ausente, los de su familia y los de los terceros que tengan derechos subordinados á su muerte. El legislador trata en el Capítulo 3º esta materia sin divisiones de ninguna clase, y reina en él una verdadera confusión, que es preciso aclarar, lo que procuraremos hacer poniendo las cosas en el orden debido[1]. Además, el Código no contiene disposiciones sino acerca de los bienes del ausente; nada se dice en cuanto á la situación de la familia, sobre lo cual hay algunas cuestiones de importancia de que brevemente hablaremos en un apéndice.

[1] Los artículos 77 á 93 del Código Civil de Cundinamarca de 1859 trataban más ordenadamente la materia de este capítulo.

181. Lo característico del sistema colombiano en esta materia es la presunción de muerte del ausente, declarada por sentencia judicial, después de algún tiempo y previas ciertas formalidades.

Pero en rigor, como lo veremos, la sentencia de presunción de muerte no produce efectos inmediatos en cuanto á los bienes del desaparecido; sólo á medida que transcurre el tiempo, con lo cual se hace más probable la muerte del desaparecido, la ley dispone de sus bienes en favor de determinadas personas, concediéndoles primero una posesión provisoria[1] y más tarde la posesión definitiva.

Como el ausente puede reaparecer en cualquiera de estos tres períodos, es necesario también tratar de los efectos de dicha reaparición.

Sección I. — Período anterior á la posesión provisional.

182. Hasta el decreto de posesión provisional, el Código no se ocupa sino de la administración de los bienes del desaparecido, y atiende principalmente á sus intereses. Este período se divide en dos partes por la sentencia de presunción de muerte, pero sin que tal sentencia modifique las reglas que deben seguirse en cuanto al patrimonio actual del ausente, como quiera que continúan aplicándose, hasta la posesión provisional, las reglas adoptadas para la administración de los bienes del desaparecido. De estas reglas hablaremos en seguida, y de la declaración de presunción de muerte y de sus efectos trataremos en el parágrafo 2º de esta Sección.

§ 1.º *De la administración de los bienes del desaparecido hasta el decreto de posesión provisional.*

183. Sobre esta cuestión no existe en el capítulo que comentamos sino el

[1] El Código emplea esta palabra en vez del término *provisional*, único que admite el Diccionario de la lengua castellana.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ART. 96. Cuando una persona desaparezca del lugar de su domicilio, ignorándose su paradero, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y la representarán y cuidarán de sus intereses, sus apoderados ó representantes legales [1].

Como se ve en esta disposición legislativa, si el desaparecido dejó apoderado ó si tiene representantes legales, ninguna dificultad puede suscitarse : el apoderado ó los representantes, es decir, el tutor ó curador, administrarán los bienes del ausente, cosa de suyo tan obvia que el legislador hubiera podido omitirla.

184. Pero ¿ qué debe hacerse en el caso, tal vez más frecuente, en que el desaparecido no haya dejado apoderado ni tenga representantes legales? Á esto no se contesta en el capítulo de la presunción de muerte sino en el Título 30, *De las curadurías de bienes :* se nombra un curador de bienes al ausente en las condiciones y con las atribuciones que en el Título respectivo estudiaremos. Por ahora nos basta decir que el curador tiene obligación de averiguar, si le es posible, el paradero del ausente, y que sus funciones terminan por el regreso del desaparecido, por el hecho de hacerse cargo de sus negocios un procurador debidamente constituído, por la noticia de su muerte y por el decreto de posesión provisional.

§ 2.° *De la sentencia de presunción de muerte y de sus efectos.*

185. Transcurridos dos años sin que se haya tenido noticia del ausente, puede pedirse la declaración de presunción de muerte. Las reglas á que debe someterse la sentencia que así lo declare se expresan en el artículo 97, cuya redac-

[1] *Bello,* sobre el art. 80, Cód. ch. : « Aunque en los Códigos modernos se da un mismo nombre al estado de mera ausencia y al de desaparecimiento, parece más conveniente distinguirlos con denominaciones diversas, puesto que constituyen dos estados jurídicos diferentes : en el primero subsiste la sociedad conyugal, los mandatarios del ausente continúan ejerciendo las funciones de tales, mientras no expira por alguna otra causa el mandato; y, si es necesario, se provee á los derechos del ausente por medio de un curador que le represente: en el segundo hay á lo menos un principio de presunción de muerte, y se da, á los herederos presuntivos la posesión provisoria, y al cabo de cierto tiempo la posesión definitiva ».

ción es poco correcta, en cuanto considera como condiciones de la declaración requisitos que no son en manera alguna condiciones, como los numerales 5°, 6° y 7.°

ART. 97. Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes.

186. ¿Quién puede promover la declaración de presunción de muerte? Cualquiera persona que tenga interés en ella, como resulta del numeral 3° del artículo 97 :

3.ª La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella; pero no podrá hacerse sino después que hayan trascurrido cuatro meses, á lo menos, desde la última citación [1].

187. ¿ Cuál es el juez competente para declarar la presunción de muerte? El juez del último domicilio que haya tenido el desaparecido en el territorio de la nación, según aparece del siguiente numeral del artículo citado :

1.ª La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han trascurrido, á lo menos, dos años.

188. Al tenor del numeral 4° del artículo 97 :

4.ª Será oído, para proceder á la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque tal declaración; y el juez, á petición del defensor, ó de cualquiera persona que tenga interés en ello, ó de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le representaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras, que según las circunstancias convengan.

La última parte de este numeral no establece una nueva condición, y en realidad no era necesaria. Evidentemente al juez es á quien toca apreciar el valor de las pruebas que se aduzcan, y puede exigir otras si no estimare aquéllas satisfactorias.

[1] Cód. ch., art. 81, inc. 3.° — *Bello :* « Por ejemplo, los herederos presuntivos, el propietario de bienes que el desaparecido se usufructúa, el fideicomisario, á quien por la muerte del desaparecido se defiere el fideicomiso, etc. ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En cuanto al derecho del defensor para hacer observaciones acerca del valor de tales pruebas, no era tampoco dudoso. De suerte que la única consecuencia apreciable que puede sacarse del numeral 4º en su segunda parte, es que toda persona que tenga interés puede intervenir en el juicio para oponerse á la declaración de muerte presunta.

189. Lo dispuesto en el numeral 5º no es una condición de la sentencia, sino una obligación impuesta al juez; no puede considerarse como condición una formalidad posterior á la declaración misma :

5.ª Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se publicarán en el periódico oficial.

190. Según el numeral 6º :

6.ª El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y trascurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido[1].

[1] Cód. ch., art. 81, inc. 6.º — *Bello*, C. A. 24, modif. « Si se dejase al juez la facultad de fijar la fecha de la muerte presunta, no podría casi nunca hacerlo sino por medio de conjeturas sumamente falibles y que abrirían gran campo á la arbitrariedad. Es verdad que según la disposición del inc. 6º pudieran ser alguna vez llamadas á la sucesión del desaparecido personas que por no haberle sobrevivido, no tuvieran derecho á sucederle; y, por el contrario, serán alguna vez excluídas de la sucesión personas que por haberle realmente sobrevivido tenían derecho á ella. Pero ¿ qué regla podrá adoptarse que no esté sujeta á ninguno de estos inconvenientes? Por otra parte, el que ha sido excluído no tiene de que quejarse, puesto que para hacer valer su derecho le es necesario probarlo, esto es, probar que ha sobrevivido efectivamente al desaparecido. Ahora bien, con esta prueba es admitido á la sucesión, y aun en el caso menos favorable puede hacer valer hasta cierto punto sus derechos, si no han prescrito.

Finalmente, el derecho de sucesión es una creación de la ley, y debe sujetarse á las condiciones y restricciones que ella tenga á bien imponerle.

La necesidad de fijar de cualquier modo la fecha de la muerte, es evidente, puesto que por ella se califican los derechos en la sucesión del desaparecido. Supóngase que el desaparecido ha dejado solamente dos hermanos; uno de ellos fallece en 1º de Noviembre de 1847. Si la fecha de la muerte presunta es posterior, v. gr., el 20 de Diciembre de aquel año, el hermano que sobrevive al 20 de Diciembre heredará todos los bienes, á menos que el hermano premuerto haya dejado hijos; pues en este caso serán admitidos, éstos á la porción paterna por derecho de representación. Y si su padre hubiese fallecido después del 20 de Diciembre, no serían ya admitidos por derecho de representación, sino de transmisión, para el cual se necesita que los hijos acepten la herencia paterna, circunstancia que no es necesaria para ejercer el derecho de representación. »

191. Para que se declare la muerte presunta es necesario que se llenen estas condiciones :

1ª) El demandante tiene que justificar que se ignora el paradero del desaparecido (numeral 1º);

2ª) Que hayan transcurrido á lo menos dos años desde las últimas noticias de su existencia (id.);

¿ De qué fecha se trata aquí? ¿ De la fecha en que se *recibieron* las noticias ó de la fecha en que se *enviaron?* Es más lógico decidir que la fecha es la del envío de las noticias; por ejemplo, si se trata de una carta del ausente, la fecha de la carta ó la fecha en que la puso al correo, si se puede saber que lo hizo personalmente. Nada prueba en efecto, que exista cuando el destinatorio recibe la carta.

3ª) Es necesario que se hayan cumplido las formalidades de publicación prescritas por el numeral 2º :

2.ª La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos, publicados en el periódico oficial de la Nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

Tales son las tres condiciones exigidas por el Código para que se pueda declarar la presunción de muerte.

192. Pero en caso de desaparecimiento en guerra, naufragio ú otro peligro semejante, el juez deberá fijar como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio, etc.; y si no fuere determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso :

7.ª Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, ó naufragó la embarcación en que navegaba, ó le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han trascurrido desde entonces cuatro años y practicádose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio ó peligro, ó no siendo determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

193. ¿ Cuáles son los efectos de la sentencia que determina así la fecha de la muerte presunta? Como lo hemos obser-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

vado, la declaración de presunción de muerte no produce por sí misma ningún efecto inmediato en cuanto al patrimonio actual del desaparecido. La administración de los bienes continúa en manos del apoderado, de los representantes legales ó del curador nombrado al efecto. Á pesar de que se presume muerto al desaparecido, su sucesión no se abre inmediatamente, y ninguna providencia se toma por lo pronto en favor de sus herederos.

194. Pero la declaración de presunción de muerte y la fijación del día presuntivo de ésta sí producen, para lo futuro, ciertos efectos que es de importancia enumerar. Veamos primero, los de la sentencia misma; segundo, los de la fijación del día.

1º) La sentencia que declara la muerte presunta permite obtener, según los casos, ya la posesión provisional, ya la definitiva.

Lo extraño es que para pedir la primera sea preciso dejar transcurrir dos años más, fuera de los dos al cabo de los cuales se fija la fecha de la muerte presunta[1]. Si la sentencia se dicta antes de que hayan transcurrido cuatro años desde las últimas noticias, la posesión provisional no podrá pedirse inmediatamente después del fallo. Creemos que esto no es muy lógico : una vez declarada la presunción de muerte, parece natural que aquellos á quienes la ley concede derechos en razón de esa muerte presunta deberían poder reclamarlos desde luego. Con el nuevo plazo se reconoce implícitamente que la sentencia se dictó demasiado pronto, por lo cual, en realidad, no hay ninguna ventaja para los interesados en provocar la declaración de presunción de muerte, de modo que el fallo judicial respectivo se pronuncie antes de que expire el plazo de los cuatro años mencionados.

Singular es el sistema según el cual, después de dos años, se puede declarar la muerte presunta, pero no es posible declarar siquiera la posesión provisional de los bienes, con evidente menoscabo del interés particular y

[1] El Código de Chile (art. 81) señala un término de diez años, contados desde la fecha de las últimas noticias, para conceder la posesión provisional.

aun del interés social, prolongando sin motivo la administración de los bienes por personas extrañas.

195. 2º) En cuanto á la fijación del día presuntivo de la muerte, tampoco tiene consecuencias inmediatas por lo que al patrimonio actual se refiere, pero sí tiene importancia, y muy considerable, en cuanto á los trámites judiciales posteriores. De una manera general, se puede decir que aquella fecha es la que se tiene en cuenta para deferir todos los derechos subordinados á la muerte del desaparecido, y de aquí resulta :

1º Que esta fecha es la que habrá que considerar para saber quiénes son los herederos presuntivos á los cuales se concederá la posesión provisional (art. 100, inciso 1.º)

2º Según la misma fecha se determinarán cuáles son los bienes que deja el muerto presunto (id. inciso 2.º)

3º Para liquidar la sociedad conyugal del desaparecido también habrá que considerar la fecha de la muerte presunta, aunque la sociedad conyugal no se declare disuelta sino en el momento de conceder la posesión provisional, lo que tampoco es lógico.

4º En lo que concierne á los derechos eventuales que puedan originarse en favor del desaparecido, la fijación del día de la muerte presunta produce también efectos importantes. Reputándose al desaparecido como muerto en la fecha fijada, si después de tal fecha se abre una sucesión en su favor, los coherederos del mismo grado, si los hay, ó los herederos del grado subsiguiente tomarán la sucesión.

Es ésta la consecuencia más importante del inciso 1º del

Art. 107. El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado á probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes [1].

[1] Cód. ch., art. 92, inc. 1.º — *Bello :* « Por ejemplo, el desaparecido Pablo ha muerto presuntivamente el 1º de Mayo de 1830, y ha sido instituído heredero de Antonio en primer lugar y en su defecto Diego. La sucesión de Antonio se abre en el mes de Diciembre del mismo año. El sustituto Diego no tiene necesidad de probar que Pablo era entonces muerto. Le basta el decreto judi-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

El inciso 2º del mismo artículo dice :

Y, por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto, antes ó después de esa fecha, estará obligado á probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase á otros, ni exigirles responsabilidad alguna [1].

Por ejemplo, si se abre una sucesión en favor del desaparecido antes de la fecha indicada, los herederos del grado subsiguiente tendrán que probar, para reclamarla, que el desaparecido había muerto antes de su apertura. Si no pueden dar esta prueba, la sucesión irá á los herederos del desaparecido.

Si, por el contrario, se trata de una sucesión abierta después de la fecha fijada, á los herederos del desaparecido tocará la carga de la prueba, y si no hay prueba posible, los herederos del grado subsiguiente recogerán la sucesión.

Como se ve, no se trata aquí sino de una cuestión de prueba, pero ella en estas materias es decisiva.

Sección II. — Período de la posesión provisional.

196. Transcurridos cuatro años desde las últimas noticias, se concede la posesión provisional de los bienes del desaparecido, siempre que la declaración de presunción de muerte haya sido pronunciada, ó lo sea al propio tiempo.

Dos cuestiones deben examinarse en esta materia :

cial que ha fijado el 1º de Mayo de 1830 como fecha presuntiva de la muerte. Pero no podrá usar de su derecho dentro de los diez años subsiguientes á la fecha de las últimas noticias, porque durante ese tiempo se considera provisoriamente el desaparecimiento como mera ausencia. »

[1] Cód. ch., art. 92, inc. 2.º — *Bello :* « Si en la hipótesis precedente la fecha de la muerte presunta se fijare en Enero de 1831, el sustituto Diego no podria pedir por falta de Pablo la herencia de Antonio, á menos de probar que Pablo habia muerto antes que Antonio.

Por otra parte, los herederos de Pablo no pueden reclamar la herencia de Antonio fallecido después de la fecha presuntiva de muerte, sino probando que Pablo existia verdaderamente al tiempo de deferírsele la sucesión de Antonio.

Si Antonio fuese el padre de Pablo, los hijos de Pablo podrian reclamar de todos modos la porción paterna en la herencia de Antonio. Abriéndose la sucesión de Antonio después de la fecha de la muerte presunta, reclamarán dicha porción por derecho de representación; en caso contrario, por derecho de transmisión, tienen que aceptar la herencia de Pablo, de la cual es parte integrante el derecho de pedir la porción de Pablo en los bienes de Antonio. »

1ª ¿Quién tiene derecho á la posesión provisional?

2ª ¿Cuáles son los efectos del decreto que concede la posesión provisional?

§ 1º) *¿Quién tiene derecho á la posesión provisional?*

197. El artículo 99 nos dice que se abrirá el testamento, si lo hay, y que se dará la posesión á los *herederos* presuntivos :

Art. 99. En virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere, con el desaparecido; se procederá á la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; y se dará la posesión provisoria á los herederos presuntivos.

No presentándose herederos se procederá en conformidad á lo prevenido para igual caso en el Libro 3º, Título 7º *De la apertura de la sucesión* [1].

El artículo 100 nos explica cuáles son estos herederos :

Art. 100. Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios ó legítimos que lo eran á la fecha de la muerte presunta.

El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran á la fecha de la muerte presunta [2].

En otros términos, se atribuye la posesión provisional de los bienes á las personas que habrían adquirido aquéllos á título de herederos del desaparecido si hubiera muerto en la fecha indicada. Es de observar que se llaman ordinariamente herederos presuntivos de una persona viva los que tienen título para sucederle universalmente en un momento dado. Presupuesta la muerte por la ley, quizá hubiera podido decirse simplemente herederos, ó con más exactitud en este caso, herederos provisionales.

Como quiera que sea, los herederos, ya testamentarios, ya legítimos, son quienes reciben la posesión provisional.

En cuanto á los herederos legítimos, es decir, designados por la ley, ó herederos abintestato, ninguna duda se ofrece, todos son asignatarios á título universal; cada uno tomará la

[1] Cód. ch., art. 84.
[2] Cód. ch., art. 85.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

posesión provisional de la parte que le corresponde. Pero entre los asignatarios que figuran en un testamento los hay de varias clases, entre los cuales deben distinguirse los herederos y los legatarios.

Los herederos son (art. 1155) los asignatarios á título universal, es decir, los que reciben una cuota parte de la sucesión, como la mitad, la tercera parte, etc.

Son legatarios (art. 1162) los asignatarios á título singular, es decir, los que reciben una cosa determinada, como una casa, un caballo, etc.

Ahora bien, como el artículo 99 no habla sino de herederos, resulta que los legatarios no tienen derecho á la posesión provisional[1], regla que produce consecuencias contrarias á la equidad. Así, si en una sucesión que comprende una casa de cien mil pesos y además diez mil en dinero, hay un heredero universal y un legatario á quien corresponde el inmueble, el heredero en caso de desaparecimiento del testador tomará la posesión del todo y con ella percibirá los arrendamientos de la casa.

Como se ve, el resultado no deja de ser injusto, y el legislador no ha sacado todas las consecuencias lógicas de su sistema; si se presume legalmente la muerte del desaparecido en determinada fecha, debería liquidarse la sucesión provisionalmente en los mismos términos en que se haría después de la verdadera muerte, y conceder, de un modo provisional, todos los derechos subordinados al fallecimiento del desaparecido. Tanto más es de extrañarse que el legislador haya adoptado esta solución, cuanto que el Código francés

[1] Sin embargo, se ha sostenido que todos lo que tienen derechos subordinados á la muerte del desaparecido pueden reclamar la posesión provisional en lo que les corresponde. Se evitan así las consecuencias realmente injustas del sistema, pero no creemos que semejante interpretación pueda sostenerse en vista de lo terminante de las disposiciones legales. El artículo 99 no concede la posesión provisional sino á los herederos y nadie fuera de los asignatarios á título universal merece esta denominación. Por otra parte, el artículo 106 confirma expresamente el artículo 99, puesto que no permite á los que tienen derechos subordinados á la muerte del desaparecido, fuera de los herederos, reclamarlos antes del decreto de posesión definitiva. El intérprete no puede reformar la ley, sino pedir que se reforme. — *Sic : Explicaciones de Código Civil publicadas por la Academia de leyes y Ciencias Políticas de Chile*, sobre el artículo 91. — *Contra* : Juan Antonio de Armas, *Comentario de siete Títulos del Código Civil chileno*, sobre el artículo 85.

(art. 123) concede expresamente la posesión provisional á todos los que tienen derechos subordinados á la condición de la muerte del desaparecido, exigiendo caución á todos, menos los herederos presuntivos.

Entre los herederos habrá que contar el cónyuge, según los casos, fuera de lo que él pueda obtener como miembro de la sociedad conyugal. Como ya lo hemos dicho, según el artículo 99, la sociedad conyugal queda disuelta sólo en virtud del decreto de posesión provisional, pero hay que referirse para hacer la liquidación de los bienes que ella comprende al estado que tenía el patrimonio del desaparecido en la fecha de la muerte presunta conforme al artículo 100.

§ 2.° *Efectos de la posesión provisional.*

198. ¿Cuáles son las obligaciones, los poderes y los derechos de los poseedores provisionales?

1°) *Obligaciones.* — 1ª Al tenor del

ART. 101. Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, ó revisarán y rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista[1].

2ª Conforme al

ART. 104. Cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos é intereses[2].

2°) *Poderes.* — Los poseedores provisionales tienen poder amplio de administración respecto de los bienes que les corresponden, y de acuerdo con el

ART. 103. Los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los muebles ó todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria ó de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa, y con audiencia del defensor.

La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta[3].

[1] Cód. ch., art. 86.
[2] Cód. ch., art. 89.
[3] Cód. ch., art. 88.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

3º) *Derechos.* — Respecto de frutos dice el artículo 104 que « cada uno de los poseedores provisorios... hará suyos « los respectivos frutos é intereses ».

Acerca de esto observaremos que en el lenguaje jurídico la palabra *frutos* comprende los *naturales* y *civiles,* y, por lo mismo, hay redudancia en el artículo transcrito cuando dice que los poseedores provisionales harán suyos los respectivos frutos é *intereses*, como quiera que estos últimos son frutos civiles.

Finalmente, al tenor del

ART. 102. Los poseedores provisorios representarán á la sucesión en las acciones y defensas contra terceros [1].

Como se ve, esto constituye al propio tiempo un deber, un poder y un derecho.

Sección III. — Período de la posesión definitiva.

199. Con el decreto que concede la posesión definitiva principian en realidad los efectos más importantes de la declaración de presunción de muerte. En esta materia tenemos que estudiar tres cuestiones : cuándo puede decretarse la posesión definitiva, cuáles son los efectos de la misma y á quien se concede.

§ 1.º *¿Cuándo puede decretarse la posesión definitiva?*

200. Por regla general, la posesión definitiva no puede decretarse sino después de transcurrido cierto tiempo desde que se decreta la provisional; pero, excepcionalmente, aquélla puede decretarse sin que haya precedido la última.

El principio general lo establece el

ART. 105. Si pasados cuatro años después de decretada la posesión provisoria, no se hubiere presentado el desaparecido, ó no se tuvieren noticias que motivaren la distribución de sus bienes según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva, y se cancelarán las cauciones.

[1] Cód. ch., art. 87.

En virtud de la posesión definitiva, cesan las restituciones impuestas por el artículo 109 [1].

Por consiguiente, es necesario que haya precedido decreto de posesión provisional y que luego transcurran cuatro años. Según este artículo, llenadas que sean las condiciones que en él se establecen, « se decretará la posesión definitiva ». ¿Qué significa esta expresión? Á nuestro modo de ver, no ha querido decirse que el juez deba ordenar la posesión definitiva de oficio, sin que la pidan los interesados. En consecuencia, éstos deben pedir aquella posesión, pero de la forma imperativa del artículo resulta que el juez está en obligación de concederla bajo la condición única de que hayan transcurrido cuatro años después de la provisional, y siempre que no haya habido noticias del desaparecido.

201. Excepcionalmente puede decretarse la posesión definitiva sin que preceda la provisional por la misma sentencia que declara la presunción de muerte, y en estos tres casos :

1º) En el del numeral 7º del artículo 97, es decir, en caso de desaparecimiento en un desastre. Lo extraño es que en este caso la sentencia de presunción de muerte no puede declararse sino cuatro años después del acontecimiento respectivo, mientras, que en los casos ordinarios sólo se exige un plazo de dos años.

2º) También, de acuerdo con la primera parte del artículo 98,

ART. 98. El juez concederá la posesión definitiva en lugar de la provisoria si cumplidos dos años desde el día presuntivo de la muerte se probare que han trascurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido.

Y de acuerdo con la segunda parte de este mismo artículo, el juez

Podrá asimismo concederla trascurridos que sean quince años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, á la expiración de este término, la edad del desaparecido, si viviese [2].

[1] Cód. ch., art. 90, inc. 1º y 2.º — El inc. 2º del artículo 105 ha sido derogado en razón de los errores materiales que contiene, por el art. 45 de la Ley 57 de 1887, y reemplazado por el 10º de la misma ley que dice así : « En virtud de la posesión definitiva de que habla el artículo 105 del Código, cesan las restricciones impuestas por el artículo 103. »

[2] Cód. ch., art. 82. — *Bello :* « Las reglas de este artículo son del C. A. 24,

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

§ 2.° *Efectos del decreto de posesión definitiva.*

202. Como hemos dicho, los efectos de la posesión definitiva son los que se deducen lógicamente de la presunción de muerte. En la fecha del decreto es cuando en realidad se considera al desaparecido como muerto, para distribuír sus bienes.

Si ha habido posesión provisional, se cancelan las cauciones (art. 105) y cesan las restricciones impuestas por el artículo 103, es decir, la prohibición de enajenar ó hipotecar los bienes raíces, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 57 de 1887 que reforma el inciso 2° del artículo 105 del Código, manifiestamente erróneo.

El inciso 3° del mismo artículo 105 dice :

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

Pudiera creerse que en caso de que haya habido posesión provisional, se ha abierto con ello la sucesión del desaparecido; pero de ninguna manera puede darse esta inteligencia al inciso, porque, como lo hemos observado, mediante la posesión provisional no se conceden sino la administración

y se fundan en dos premisas generales. La primera es que « una persona de quien no se ha tenido noticia por más de diez años, y que tendría más de ochenta si viviese, debe presumirse muerta ». La segunda es que « una persona de quien no se ha tenido noticia por más de treinta años, debe también presumirse fallecida ». Apenas habrá casos en que no haya intereses contradictorios, fundados, ya en la existencia, ya en la muerte del desaparecido, y por consiguiente personas que se empeñarán en averiguar la una ó la otra por los medios posibles. Admitimos, con todo, la posibilidad de que falle á veces la una ó la otra de las dos premisas indicadas; pero estos casos excepcionales serán rarísimos, y se ha provisto á ellos.

Las posesiones provisorias embarazan la mejora de los bienes y su circulación comercial, y no deben durar más tiempo que el necesario para proteger racionalmente los derechos privados que pueden hallarse en oposición con los intereses generales de la sociedad.

Por otra parte, la facilidad y rapidez de las comunicaciones entre paises distantes se han aumentado inmensamente en nuestros dias, y ha crecido en la misma proporción la posibilidad de que una persona de quien por mucho tiempo no se ha tenido noticia en el centro de sus relaciones de familia y de sus intereses, ha dejado de existir, ó por lo menos ha querido abandonar los derechos que la ligaban á su patria ó domicilio anterior. En fuerza de estas consideraciones se ha disminuído notablemente en este Código la duración que se da en algunos otros á las posesiones provisorias.

y los frutos de los bienes á los herederos, y sólo cuando se decreta la posesión definitiva, es cuando se abre la sucesión, aplicando las reglas generales de ésta y teniendo en cuenta el estado de cosas en la fecha de la muerte presunta. Entonces únicamente es cuando los legatarios especialmente pueden reclamar los derechos que tengan en virtud del testamento del desaparecido.

§ 3° *¿Á quién se concede la posesión definitiva?*

203. Según el

> Art. 106. Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados ó poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados á la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte[1].

En virtud de esta disposición, el legatario de la casa á que en el ejemplo del número 197 nos hemos referido, podrá reclamarla al poseedor provisional[2]. En consecuencia, la caución que se exige por el artículo 104 cede no sólo en favor del ausente, sino también en el de los demás interesados, y, con especialidad, como puede verse en el caso aludido, en favor de los legatarios.

Cita también el artículo 106 los propietarios de bienes usufructuarios, es decir, de aquellos en que el desaparecido gozaba de un usufructo, y los fideicomisarios de bienes poseídos fiduciariamente por aquél.

En el primer caso es claro que el nudo propietario podrá, decretada que sea la posesión definitiva, reclamar el goce de la cosa, pero no exigir la restitución de los frutos percibidos por los poseedores provisionales.

En cuanto al fideicomiso, sin entrar aquí en largas explicaciones, basta decir que se supone que el desaparecido había recibido bienes con cargo de conservarlos para que

[1] Cód. ch., art. 91.

[2] Nos parece indudable que cualquier interesado puede pedir que se decrete la posesión definitiva sin tener que esperar, para invocarla, que se haya pedido por los poseedores provisionales.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pasaran, por regla general después de su muerte, á otra persona llamada fideicomisario, quien podrá reclamarlos en virtud del decreto de posesión definitiva.

Lo mismo puede decirse respecto del derecho de patronato de una capellanía laica de que habla el Título XXI de la Ley 105 de 1890, cuando, según el artículo 327 de ésta, la demanda se funde en la muerte del último poseedor de la capellanía.

Lo que no es lógico es que se obligue á los que tengan derechos subordinados á la condición de muerte del desaparecido, si no son herederos, á esperar para reclamarlos el decreto de posesión definitiva, á pesar de que la ley fija la presunción de muerte en una fecha muy anterior. La sentencia que declara de un modo solemne que el ausente se presume muerto en la fecha precisa del último día del segundo año que siguió á las últimas noticias que se tuvieron de aquél, debería surtir sus efectos lógicos para todos los que tengan derechos subordinados á la muerte del desaparecido sin dar lugar á las injustificables diferencias en favor de los herederos con perjuicio de las demás personas que puedan invocar algún derecho. Basta considerar que los legatarios, según aquella doctrina, tienen que permitir que durante cuatro años los herederos gocen de las cosas legadas, más importantes, á veces, que el resto de la fortuna del desaparecido.

Pero el resultado práctico de la doctrina legal es más chocante aún en lo que concierne á los nudos propietarios y á los fideicomisarios de bienes poseídos por el presunto muerto. Los herederos tendrán la administración y el goce de aquellos bienes durante los cuatro años que deben transcurrir entre la posesión provisional y la definitiva, á pesar de que sobre tales propiedades los herederos no habrían tenido ningún derecho en caso de muerte real del desaparecido, haya dejado ó no éste testamento. Por la muerte real se habría conferido el goce de los bienes á los nudos propietarios y á los fideicomisarios; merced á la muerte presunta se concede á los herederos durante cuatro años : es un regalo que la ley hace á los últimos á costa de los primeros. Cosa más grave

aún si se considera que el Código prohibe (art. 828) constituír dos ó más usufructos sucesivos, á lo cual se llega de hecho con la disposición que comentamos.

204. Atendidas las disposiciones principales del sistema del Código colombiano, se ve que es muy semejante al del francés. La innovación de aquél consiste en la sentencia de presunción de muerte y la fijación del día de la muerte presunta. Hemos dicho ya que la fijación del último día de los dos años es arbitraria, así como también hemos llamado la atención á la falta de armonía que existe entre el principio adoptado por el Código y las reglas que establece. Proviene esto de que el legislador, después de proclamar una teoría absolutamente contraria á la francesa, conservó en sus aplicaciones la mayor parte de las reglas del Código civil de Francia.

En realidad es imposible, á nuestro juicio, establecer una teoría rigurosamente lógica de la ausencia, porque esta materia contiene en sí misma una contradicción inevitable. Desde cierto punto de vista es necesario considerar al desaparecido como muerto para distribuír sus bienes; pero al propio tiempo debe considerársele como vivo, porque la muerte no está probada, y aquél puede reaparecer.

Establecer un sistema en el cual se respeten igual y completamente estas ideas, es casi imposible. Lo que debe preocupar al legislador aquí no es tanto la lógica cuanto las ventajas prácticas del sistema que adopte. El Código colombiano consigue algunas de éstas, y por ello, más bien que por la lógica de sus deducciones, merece elogios el redactor de aquella obra.

Sección IV. — Efectos de la reaparición del desaparecido ó de la noticia de su muerte.

205. Como el desaparecido puede reaparecer en cualquiera de los tres períodos que hemos señalado, debemos ver los efectos de esta reaparición en cada uno de ellos.

1°) *Reaparición en el primer período.* — Según el artículo 579 del Código, la curaduría de bienes del ausente expira al

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

regreso de él ó á consecuencia de su fallecimiento. Como las medidas que han debido tomarse durante su ausencia ceden exclusivamente en su favor, el reaparecido recibirá sus bienes y el administrador, apoderado, representante legal ó curador deberá rendirle cuentas del capital y de sus frutos. Si se obtiene la prueba de la fecha de la muerte, los herederos en tal fecha exigirán rendición de cuentas y todos los interesados podrán hacer valer sus derechos.

206. 2°) *Reaparición durante el segundo período.* — No contiene el Código disposiciones relativas á este período para el efecto de la reaparición, pero ninguna dificultad puede ofrecerse sobre el particular. Se concedió el goce de los bienes á los poseedores provisionales pero tomando precauciones para asegurar la devolución del capital. El reaparecido podrá reclamar éste según el inventario que ha debido formarse al efecto, y en caso de que los poseedores hayan disipado los bienes, podrá hacer efectivas las cauciones hasta obtener la integridad de su derecho. Si se han enajenado ó hipotecado los bienes sin autorización judicial, el reaparecido podrá pedir la nulidad de esos actos.

La regla es una misma si se conoce la fecha real de la muerte del desaparecido. La sucesión se liquidará en favor de los herederos en tal fecha, caso de que no sean los mismos que los poseedores provisionales, y todos los que tenían derechos subordinados á la muerte del desaparecido podrán reclamarlos.

207. 3°) *Reaparición en el tercer período.* — Según el

ART. 108. El decreto de posesión definitiva podrá rescindirse á favor del desaparecido si reapareciere, ó de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, ó de su cónyuge, por matrimonio contraído en la misma época [1].

Este artículo prevé sólo el caso en que reaparezca el desaparecido ó que aparezcan legitimarios [2] habidos durante su ausencia, ó en caso de que aparezca el cónyuge con el

[1] Cód. ch., art. 93.

[2] Los legitimarios son (art. 1240) los ascendientes y los descendientes, y, por lo mismo, hubiera bastado decir descendientes, porque es claro que durante la ausencia no ha podido tener sino descendientes.

cual haya contraído matrimonio en la misma época. Pero creemos que tal enumeración no es limitativa, y cualquier heredero que suministre la prueba de la fecha real de la muerte podrá pedir que se rescinda el decreto de posesión definitiva, si se ha concedido á otros.

208. En consecuencia, la posesión definitiva puede rescindirse en los mismos casos que la posesión provisional, ya en favor del desaparecido, si reaparece, ya en favor de los herederos y demás interesados que comprueben la fecha real de la muerte. No había para que hacer mención especial de los legitimarios habidos durante la ausencia, ni del cónyuge.

Si el desaparecido mismo se presenta, podrá pedir la rescisión en cualquier tiempo, es decir, que no hay prescripción contra él :

ART. 109 [1]. En la rescisión del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen :

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

Efectivamente, el título que tienen los poseedores, aun definitivos, no puede oponerse al desaparecido cuyos derechos quedan siempre á salvo. Una y otra posesión se fundan en un mero supuesto que jamás debe prevalecer contra la realidad misma de las cosas, es decir, contra la existencia de quien erróneamente, fué reputado como muerto. Si el desaparecido no es quien pide la rescisión, habrá que aplicar el numeral 2° del mismo artículo, que dice :

2.ª Las demás personas no podrán pedirla, sino dentro de los respectivos plazos de prescripción contados desde la fecha de la verdadera muerte [2].

Trátase aquí de la prescripción extintiva de la petición de herencia, para lo cual señala el artículo **1326** del Código el término de treinta años. En cuanto á los interesados que

[1] Cód. ch., art. 94.

[2] Cód. ch., art. 94, regla 2ª. — *Bello :* « Así, el que reclama la rescisión á título de heredero, probando haber sobrevivido al desaparecido, no será oido después de trascurridos los 30 años subsiguientes á la verdadera muerte, cuya fecha ha probado ó se ofrece á probar. »

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pueden reclamar derechos subordinados á la muerte del desaparecido, sus acciones se extinguirán también por la prescripción, conforme al derecho común. Pero nos parece fuera de duda que los poseedores provisionales ó definitivos no podrán nunca invocar la prescripción adquisitiva del dominio, porque el título con que poseen los bienes no es título de propiedad, y se opone á que puedan considerarse de buena fe como dueños absolutos[1].

209. Tanto el reaparecido como los demás interesados tendrán que solicitar de la justicia el decreto de rescisión correspondiente, y si hay varios herederos en capacidad de reclamar, el fallo aprovechará sólo á los que lo obtuvieren :

3.ª Este beneficio aprovechará solamente á las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren.

Es esto mera aplicación del importante principio *res inter alios judicata nec prodesse, nec nocere potest.*

De acuerdo con el numeral 4º del artículo 109 :

4.ª En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales, constituídos legalmente en ellos.

¿ Qué significa esto? Simplemente que el desaparecido no podrá reclamar sus bienes en manos de terceros. Así, por ejemplo, no podrá pedir la anulación de una venta para reinvindicar contra el comprador la cosa vendida.

210. Pero ¿ no tendrán los poseedores definitivos que restituír el precio que hayan recibido? Á esto contesta el numeral 5º :

5.ª Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, á menos de prueba contraria.

Es un principio general admitido desde el Derecho romano que los poseedores de buena fe tienen que restituír sólo aquello con que se han enriquecido. Por consiguiente, en este caso, deberán restituír el precio si lo tuvieren en caja, y transmitirán la acción que les corresponda para reclamarlo, si aún

[1] *Contra, Explicaciones del Código Civil* (chileno), ya citadas, sobre el art. 94.

se debiere; si con él han comprado alguna cosa, entregarán ésta. Por el contrario, si han gastado sin compensación el precio, nada deberán restituír.

Además, los poseedores definitivos tendrán una responsabilidad mucho mayor si han procedido de mala fe. Según el numeral 6º :

6.ª El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, ó su existencia, constituye mala fe.

En este caso los poseedores deberán restituír todo lo que tenían cuando principió su mala fe y los intereses desde la misma fecha. Pero en todo caso valdrán en favor de terceros de buena fe las enajenaciones hechas aun de mala por los poseedores. Suponiendo que los poseedores tengan todavía los bienes, tanto para las restituciones á que estén obligados, como para el abono de las expensas á que tengan derecho, se aplicarán los artículos 963 á 967 del Código, en el Título *Prestaciones mutuas.*

Apéndice. Efectos del desaparecimiento en cuanto á los derechos de familia.

211. El capítulo que hemos examinado no contiene otras disposiciones que las relativas á los intereses pecuniarios del desaparecido. Es posible, sin embargo, que se presenten cuestiones relativas á sus derechos de familia : al desaparecer ha podido dejar esposa ó hijos menores. ¿ Cuál será la situación de esta esposa y de estos hijos?

Examinaremos los efectos del desaparecimiento : 1º en cuanto al matrimonio; 2º en cuanto á la situación de los hijos menores.

212. 1º) *Efectos del desaparecimiento en cuanto al matrimonio.* El Código no dice absolutamente nada á este respecto. Es evidente que la presunción establecida por él no existe sino en cuanto á los derechos pecuniarios. Desde el punto de vista del matrimonio tampoco se han sacado todas las consecuencias lógicas de tal presunción, y no sin motivo.

Á falta de regla especial tenemos que aplicar las generales

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

sobre la disolución del matrimonio. Según el artículo 152, no se considera disuelto sino por muerte de uno de los cónyuges. Por tanto, si el cónyuge del desaparecido quiere contraer ulteriores nupcias, el juez ante quien deba celebrarse el matrimonio civil rehusará autorizarlo mientras no se pruebe la muerte real del otro cónyuge.

213. Pero suponiendo que, por ignorancia del juez, el matrimonio se haya celebrado, ¿deberá considerarse como nulo, al tenor del numeral 12º del artículo 140? La nulidad resultante de la existencia de un matrimonio anterior es absoluta, y el juez debe declararla aun de oficio.

¿Quién podrá pedir la nulidad del matrimonio posterior? Como no hay disposición especial, cualquier interesado podrá hacerlo. ¿Le bastará establecer la existencia del matrimonio, dejando á la mujer la obligación de probar la muerte del primer marido? Si tal se hiciera, dada la imposibilidad de aducir dicha prueba, el matrimonio sería anulado.

Esta solución no es admisible. El numeral 12º del artículo 140 dice que un matrimonio es nulo cuando respecto del hombre ó de la mujer ó de ambos, estuviere subsistente un vínculo conyugal anterior. El que pide la nulidad del segundo matrimonio tendrá que comprobar que hay lugar á la aplicación del numeral 12º, es decir, que hay un matrimonio anterior existente, y por lo tanto, probar que el primer marido, en el caso indicado, vive aún. Esta prueba no podrá aducirse sino en caso de que reaparezca el ausente, ó de que se tengan noticias de que está vivo.

Pero si se comprueba que el desaparecido ha muerto en una época posterior á la celebración del último matrimonio, deberá declararse nulo, puesto que se celebró subsistiendo un matrimonio anterior.

214. La solución anterior se impone conforme á la ley escrita, pero, dados sus inconvenientes prácticos, no parece la más aceptable. Desde luego, la sentencia que declara la nulidad del último matrimonio producirá seguramente un escándalo doble, puesto que los cónyuges podrán casarse inmediatamente entre sí ó con otras personas. Muerto el desaparecido, parece más en armonía con el interés público el

que se respeten los hechos cumplidos, dejando las cosas en su estado actual; así lo dice el Código civil francés (art. 139).

215. Debemos observar que no existiendo en la práctica los matrimonios civiles en Colombia, la cuestión es más bien teórica. Á la Iglesia corresponde resolver la dificultad en cuanto al matrimonio canónico.

216. 2º) *Efectos del desaparecimiento en cuanto á los hijos menores*. — Tampoco hay disposiciones sobre este punto en el capítulo del desaparecimiento. Sólo nos dice el artículo 310 que la patria potestad se suspende por la larga ausencia del padre. Toca al juez decidir si la ausencia es suficientemente larga para declarar la suspensión de aquel derecho.

Como lo veremos más tarde, el artículo 53 de la Ley 153 de 1887 no confiere la patria potestad á la madre sino por muerte del padre. En consecuencia, no siendo posible extender el texto legal á un caso diverso, los hijos menores del desaparecido deberán colocarse bajo la tutela de que habla el artículo 428 del Código Civil.

TÍTULO III.º

De los esponsales.

217. Después de haber estudiado el principio y el fin de la existencia de las personas, su domicilio y la presunción de muerte por desaparecimiento, examinaremos los diversos títulos en que el Código expone la organización de la familia.

Como el matrimonio es la base de ésta, el Código trata en primer lugar de tal materia. La división que adopta no es, sin embargo, bien lógica, pues en el título 3º trata de los esponsales ó promesas de matrimonio sólo para decir que no producen obligación ante la ley civil : hubiera sido preferible colocar estas disposiciones en los primeros artículos del título del matrimonio.

UNIVERSIDAD EAFIT · Biblioteca · Sala de Patrimonio Documental

Por otra parte, en el título 4º el Código habla de la formación y celebración del contrato de matrimonio, en el 5º de la nulidad de aquél, ó sea de la sanción de los requisitos indispensables para la validez del matrimonio, en el título 9º de las obligaciones y derechos entre los cónyuges, es decir, de los efectos del matrimonio, materias que también hubieran podido colocarse bajo la rúbrica general del matrimonio de tal suerte que ella, aplicada al título 4º, comprende menos de lo que en realidad parece indicar.

Antes de tratar de los esponsales, objeto del presente título, nos parece conveniente dar algunas nociones previas sobre la familia y los parentescos.

Sección I. — Nociones generales sobre la familia y los parentescos.

218. ¿ Qué cosa es la familia? Puede definirse diciendo que es « el conjunto de personas unidas entre sí por un vínculo de parentesco ».

Conviene observar que los cónyuges, que son los miembros principales y la base de la familia, no están unidos entre sí por un vínculo de parentesco propiamente, sino por el lazo especial del matrimonio, pero sin que pueda decirse que los cónyuges, por este solo motivo, son parientes entre sí.

Los miembros de la familia, fuera de los cónyuges, pueden estar unidos por tres vínculos diversos : el *parentesco de consanguinidad*, ó simplemente *parentesco;* el *parentesco de afinidad* ó simplemente *afinidad*, y el *parentesco civil* ó *adopción*.

§ 1.º *Parentesco de consanguinidad.*

219. El parentesco de consanguinidad es la relación que existe entre personas que descienden unas de otras, ó de un autor común. Preferimos esta definición á la del artículo 35 del Código[1] que no habla sino de las personas que descien-

[1] Nos limitamos á citar aquí los artículos que encierran estas definiciones, porque ya quedan textualmente transcritos en el Capítulo 5º del título preliminar, donde pueden verse.

den de un mismo tronco ó raíz, á pesar de que en esta expresión quedan comprendidas las personas que descienden unas de otras.

220. En el primer caso, es decir, cuando se trata de personas que descienden unas de otras, como el padre, el hijo, el nieto, etc., se dice que el parentesco es *directo,* ó en *línea recta* ó *directa* (art. 42); en el segundo caso, cuando se trata de personas que sin descender unas de otras descienden de un autor común, el parentesco es *colateral* ó en *línea colateral* (art. 44).

Hay que distinguir los parientes paternos ó de la *línea paterna*, que comprenden el padre y los parientes del padre, y los parientes maternos ó por la *línea materna,* es decir, la madre y sus parientes (art. 45).

Los hermanos por parte de padre y madre son al mismo tiempo parientes paternos y maternos, y se llaman *hermanos carnales;* los hermanos sólo por parte de padre son parientes paternos y se llaman *hermanos paternos* ó *consanguíneos;* los hermanos por parte de madre únicamente son parientes maternos y se llaman *hermanos maternos* ó *uterinos* (art. 54).

La línea recta se denomina *descendiente* cuando el parentesco se cuenta bajando del padre al hijo, al nieto, etc., y *ascendiente*, si se cuenta subiendo del hijo al padre, al abuelo, al bisabuelo, etc. (art. 43).

221. La proximidad del parentesco se califica por medio de grados, y se llama *grado* el intervalo entre dos generaciones, entre el padre y el hijo.

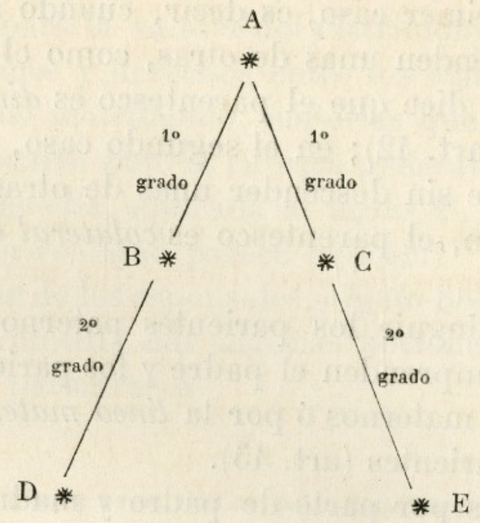
En línea recta se cuentan los grados por el número de generaciones que haya entre las personas de quienes se desea averiguar el parentesco : entre el padre y el hijo hay un grado, entre el abuelo y el nieto, dos grados : uno del abuelo al padre, otro de éste al hijo.

La línea colateral forma una línea doble, que va de uno de los parientes respectivos al ascendiente común, y del último al otro pariente[1].

[1] En derecho canónico, para apreciar los grados en línea colateral, no se cuentan las generaciones sino de un lado; cuando las líneas son desiguales, la de mayor número de generaciones determina el grado entre los parientes res-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Dos hermanos, B y C, son parientes en línea colateral en segundo grado; dos primos hermanos, D y E, en cuarto grado (art. 37).



222. El parentesco de consanguinidad es legítimo cuando tiene su fuente en la filiación legítima, es decir, en el matrimonio; ilegítimo, cuando tiene su origen en la filiación ilegítima, ó sea fuera de matrimonio (arts. **38** y **39**). Se reconoce también el parentesco adoptivo ó civil, consecuencia de la filiación ficticia llamada adopción (art. 50).

En los artículos **38** y **39** nótase una expresión oscura en cuanto se habla de generaciones autorizadas por la ley y de generaciones no autorizadas por ésta, para calificar las que resultan del matrimonio y las habidas fuera de él. Además, el artículo **39** nos cita como ejemplo de consanguinidad ilegítima la relación entre dos primos hermanos hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común. Nos parece mal escogido el ejemplo, porque creemos que en este grado ya no hay propiamente parentesco : el parentesco ilegítimo produce efecto en línea recta indefinidamente, y en línea colateral sólo hasta el segundo grado, entre hermanos. La consanguinidad ilegítima en cuarto grado de la línea colateral, como en el ejemplo del artículo **39**,

pectivos. Así, dos hermanos están en el primer grado de consanguinidad en línea colateral, dos primos en segundo, y un tío y su sobrino igualmente en segundo.

no produce efectos jurídicos ni en la sucesión abintestato, ni en lo relativo á la petición de alimentos, pero ni siquiera para impedir la celebración del matrimonio. Si tal consanguinidad no produce efectos jurídicos de ninguna clase, es porque legalmente no está reconocida, porque no existe.

§ 2.º *Afinidad.*

223. La afinidad es el vínculo que existe entre un cónyuge y los consanguíneos del otro. Desde que una mujer se casa, se hace afín de todos los consanguíneos de su marido, y á la inversa, el marido se hace afín de todos los consanguíneos de su mujer. Pero no hay afinidad entre los parientes de un cónyuge y los del otro. Con mayor razón, los afines de uno y otro cónyuge no son afines entre sí. Por ejemplo, Pedro es afín del hermano de su mujer, ó sea de su cuñado; pero la cuñada de su mujer es decir, la esposa del hermano de su mujer, no es afín de Pedro. Tampoco son afines entre sí el hermano de un individuo y el hermano de su esposa. Las líneas y los grados son los mismos que los del parentesco de consanguinidad.

224. Del propio modo que en el parentesco, la afinidad se divide en legítima é ilegítima; la primera es la que existe entre una persona que está ó ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido ó mujer (art. 47); la segunda existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente y los consanguíneos legítimos ó ilegítimos de la otra, ó entre una de dos personas que están ó han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra (art. 48).

La afinidad legítima no produce efectos jurídicos sino en línea recta y en materia de impedimentos matrimoniales[1].

225. El conjunto de aquellas personas entre las cuales existen vínculos de parentesco ó de afinidad, forma una fa-

[1] V. adelante el comentario del art. 140. La afinidad ilegítima que resulta de relaciones carnales fuera de matrimonio, no produce efecto ninguno en derecho civil, á diferencia de lo que sucede en derecho canónico. Era inútil, por consiguiente, mencionarla en el Código.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

milia. En este sentido una persona puede pertenecer á varias familias : por el vínculo de la consanguinidad pertenece á la familia de su padre y á la de su madre; á título de afín hace parte de la familia de su mujer.

La familia considerada como núcleo social ha tenido más ó menos cohesión según las diversas épocas de la historia. En los pueblos primitivos los miembros de la familia permanecían durante mucho tiempo unidos al rededor del jefe; los hijos se reunían en torno de éste con sus mujeres y con sus propios hijos; las familias formaban así agrupaciones de mucha importancia, con numerosas personas. Esta cohesión, esta unión de la familia, era consecuencia de la necesidad en que se encontraban los individuos de defenderse por sí mismos, porque el Estado no era bastante poderoso para asegurarles la vida y la posesión pacífica de sus bienes.

En las sociedades modernas en que el Poder público es fuerte y en que la ley protege suficientemente á las personas, la familia, como núcleo social, se restringe generalmente á los parientes más cercanos : el padre, la madre y los hijos.

Durante algunas generaciones los parientes que han vivido bajo un mismo techo conservan relaciones; pero pronto la familia se dispersa, y el parentesco se olvida, la prueba de él se hace imposible.

La familia no ha sido creada por la ley, pues es superior á ella, y por lo mismo debe respetarla, porque es una consecuencia de las leyes de la naturaleza, anterior á toda convención entre los hombres.

En lo que concierne á la familia sobre todo, el legislador no crea el derecho sino que lo reconoce y lo reglamenta, para el funcionamiento regular de la sociedad civil.

Según hemos dicho, la fuente principal de la familia es el matrimonio, y éste interesa no sólo á los individuos sino también á la sociedad, á la cual sirve de base. Por eso el legislador reglamenta el matrimonio siquiera sea en sus efectos jurídicos y respetando el poder privativo de la Iglesia sobre los fieles.

Sección II. — Esponsales.

226. Según el

ART. 110. 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 [1].

Hubiera sido suficiente decir : « Los esponsales, ó sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, no producen obligación alguna ante la ley civil », pues no toca al legislador indicar lo que exigen el honor y la conciencia, sino sólo formular los preceptos del derecho.

227. En el fondo el artículo 110 es irreprochable. Dos motivos existen para decidir que una promesa de matrimonio no debe producir obligación jurídica respecto de los que la han hecho :

1.° Para la validez del matrimonio es indispensable el libre consentimiento de las partes : ¿cuándo debe existir este consentimiento? En el momento mismo en que se celebre el matrimonio. Luego si se admitiera la validez jurídica de los esponsales, el consentimiento de los esposos no sería completamente libre en el acto de la celebración del matrimonio.

2.° El fin mismo de los esponsales exige que las partes puedan cumplir á su voluntad la promesa que se han hecho; el objeto verdadero de los esponsales es permitir á los futuros cónyuges conocerse mejor y apreciarse debidamente, merced á un trato más íntimo, de manera que cuando se celebre el matrimonio puedan prestar el consentimiento con conocimiento de causa. Los esponsales son una especie de prueba, una preparación : no pueden tener nada definitivo. Es indispensable que si una de las partes no soporta la prueba, la otra parte se pueda retirar con absoluta libertad, para no exponerse á los inconvenientes de la unión proyectada, inconvenientes que ha entrevisto en los esponsales.

Como tal promesa es jurídicamente nula, no debe producir efectos.

[1] Cód. ch., art. 98, inc. 1.°

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

228. Según el inciso 2º del artículo 110,

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve á efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios [1].

De la generalidad de esta disposición se deduce que la parte que no cumple su promesa no tendrá que indemnizar á la otra los gastos que haya hecho en previsión del matrimonio, lo que constituye excepción al principio de que quien causa perjuicio á otro por un hecho voluntario le debe indemnización.

229. Conforme al inciso 1º del

Art. 111. 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 [2].

230. Lo único que se puede exigir es la restitución de las donaciones hechas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado, condición que puede ser, y en la mayor parte de los casos será, tácita :

Art. 112. 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 [3].

231. El artículo 111, después de decir que la estipulación

[1] Cód. ch., art. 98, inc. 2.º — *Bello :* « Es preciso confesar (dice el Conde Portalis en su juicio sobre el *Código Sardo*) que lo que concierne á ellos (á los esponsales) pertenece más bien á las costumbres que á las leyes; que esta es una materia puramente doméstica, y que se experimenta cierta repugnancia al verla entrar en la competencia de los tribunales. Así es que los legisladores que tratan de ella se ven obligados á escudriñar las relaciones íntimas de los esposos, misterios de la vida privada, que en el interés de la libertad y dignidad humana deben siempre sustraerse á las investigaciones de la ley. — Entre nosotros, los esponsales han dejado de estar en nuestras costumbres, y aun en las de nuestra Iglesia. Nuestras leyes no los mencionan; y en la mayor parte de nuestros rituales, el de Paris, por ejemplo, solo figuran como una ceremonia piadosa que precede inmediatamente á la celebración del matrimonio y que sólo es un recuerdo, un vestigio de un orden de cosas que ya no existe.

« La primera cláusula del inc. 2º es conforme al *Código Austriaco*, 45. No así la segunda, acerca de la cual se ha tenido en consideración lo que se dice en la nota al art. 99, inc. 1.º »

[2] Cód. ch., art. 99, inc. 1.º — *Bello :* « Esta demanda haria necesaria en muchos casos una investigación testimonial de la conducta privada de los esposos ; y nadie dejará de percibir los inconvenientes de la prueba testimonial sobre esta materia. *Inhonestum visum est vinculo pœna matrimonium obstringi.* »

[3] Cód. ch., art. 100.

de una cláusula penal para obligar al cumplimiento de la promesa de matrimonio es nula, agrega en el inciso 2º :

Pero si hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución [1].

Esta disposición es excelente, pero ¿cuál ha sido el motivo que se ha tenido en cuenta al establecerla? Pudiera creerse que si la restitución no es exigible, débese á que la obligación de pagar la multa se considera como obligación natural. Sin embargo, no es éste el fundamento de la regla : la cláusula penal constituye una promesa accesoria que no puede existir sin una obligación válida que le sirva de base, y la promesa principal aquí, ó sea la promesa de matrimonio, no es obligatoria y no puede considerarse como obligación natural.

Creemos que el motivo por el cual no puede repetirse en este caso la multa pagada, se encuentra en la disposición del artículo 1525 del Código, que dice : « No podrá repetirse lo que se haya dado ó pagado por un objeto ó causa ilícita, á sabiendas ». La promesa de pagar una multa para el caso de que no se realice el matrimonio prometido en los esponsales, es ilícita porque tiende á coartar el consentimiento que la ley ha querido se preste con absoluta libertad. Las disposiciones que garantizan esta libertad en el matrimonio son de orden público. Puede invocarse, además, el concepto de Portalis, citado por Bello, de que « se experimenta cierta repugnancia á ver entrar en la competencia de los tribunales » lo relativo á los esponsales [2].

TÍTULO IV.º

Del matrimonio.

232. Según el

Art. 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre

[1] Cód. ch., art. 99, inc. 2.º — *Bello :* « L. 38, § 1, 2, y el 64, *De condit. indeb.* » (D. 12, 6).

[2] Conviene advertir que, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 35 de 1888

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente [1].

El matrimonio es un contrato; la definición del contrato que se encuentra en el artículo 1495 no es del todo satisfactoria, puesto que parece decir que una sola parte se obliga para con otra; en el mayor número de los contratos ambas partes se obligan recíprocamente, y el matrimonio es uno de éstos. Además, en la definición no se indica el elemento esencial y carasterístico del contrato, es decir, el concurso de las voluntades de los contratantes. Este concurso de voluntades, realizado con el fin de producir un vínculo jurídico, es lo que caracteriza el contrato, de tal manera que si no hay acuerdo en las partes, el contrato no existe. Aquella condición, sin la cual no hay contrato, es esencial también para la existencia del matrimonio.

233. Este es un contrato, pero de naturaleza especial, de modo que su teoría debe establecerse separadamente, para no confundirla con las reglas generales de los contratos relativos á las cosas.

Lo relativo al matrimonio hace parte del derecho de las personas; el matrimonio es una convención que se forma por el consentimiento libre de las partes, legalmente comprobado; y como toda convención, engendra derechos y obligaciones; el título 9º habla de esos derechos y obligaciones que nacen entre cónyuges, por razón del contrato de matrimonio.

De la idea de que al matrimonio, á pesar de ser un contrato, no puede aplicarse la teoría de los contratos relativos á las cosas, se desprenden las siguientes aplicaciones :

1.ª El matrimonio á diferencia de los demás contratos, no puede someterse á ninguna modalidad : nadie se puede casar por un tiempo determinado, ni bajo tal ó cual condición suspensiva ó resolutoria [2].

2.ª Las partes contratantes no pueden modificarse los efectos

(concordato) serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, *así como las que se refieran á la validez de los esponsales.* »

[1] Cód., ch., art. 102.

[2] V., sin embargo, *infra*, n. 260 *in fine*.

legales que produce el matrimonio en cuanto á las personas.

3.ª El matrimonio no se extingue por los mismos modos que los contratos ordinarios : sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

4.ª Los contratos ordinarios pueden ser precedidos de una promesa distinta del contrato, pero que da á aquel en cuyo favor se ha hecho la facultad legal de exigir la formalización del contrato. En el matrimonio, por el contrario, la promesa de celebrarlo no es obligatoria, según hemos visto al tratar de los esponsales.

5.ª El matrimonio, como lo dice el artículo 113, es un contrato solemne, es decir, que exige para su celebración ciertas formalidades indispensables, á diferencia de la mayor parte de los contratos ordinarios, en los cuales el acuerdo de las voluntades puede efectuarse en cualquier forma.

234. El mismo artículo 113 indica el objeto del contrato de matrimonio, diciendo que es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. El matrimonio, según esto, tiene tres fines : 1º el de que los esposos vivan juntos; 2º la procreación; y 3º el que aquéllos se auxilien mutuamente. Así es por regla general, pero hay casos en que el segundo fin no puede realizarse por la naturaleza misma de las cosas; tal sucede cuando el matrimonio se efectúa entre personas de edad muy avanzada, y principalmente en el caso del artículo 136, que habla del matrimonio *in extremis*. Esto deja ver cuán inconvenientes son las definiciones en un Código, cuando no son necesarias para la claridad de un precepto legal.

Hemos dicho que á pesar de la generalidad de la rúbrica del título 4º, el Código no se ocupa en aquél de todo lo concierne al matrimonio, y no habla sino de sus elementos intrínsecos, de las solemnidades externas, de las oposiciones, del acta de matrimonio y de los matrimonios por apoderado.

Esta enumeración de las materias contenidas en el título 4º nos servirá de base para dividirlo en sendos capítulos.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

CAPÍTULO I.º

ELEMENTOS INTRÍNSECOS DEL MATRIMONIO.

235. Es de observar que no todas las condiciones requeridas para el matrimonio se enumeran en el título 4º : otras se hallan en el título siguiente, consagrado á la nulidad de aquél y á sus efectos. En esto hay quizá un defecto de método ; pero, sin embargo, seguiremos, en lo general, el plan del Código.

Las condiciones esenciales de que se habla en el título 4º son tres, que, juntamente con la de la edad exigida en el artículo 140, examinaremos en otros tantos parágrafos, así : 1º diferencia de sexo en los contrayentes; 2º consentimiento de los contrayentes ; 3º edad de los contrayentes, y 4º consentimiento de ciertas personas.

§ 1.º *Diferencia de sexo en los contrayentes.*

236. Condición evidente por sí misma es la de que para la validez del matrimonio se requiere la diferencia de sexo en los contrayentes. Así resulta de la definición del artículo 113 : « Contrato por el cual *un hombre* y *una mujer* se unen... » No es de creerse que dos personas de un mismo sexo quieran, á sabiendas de tal circunstancia, contraer matrimonio. Pero puede, sin embargo, suceder que á uno de los contrayentes falten organos esenciales para la procreación, de tal manera que su sexo sea dudoso, de lo cual se han presentado varios casos ante los tribunales.

§ 2.º *Consentimiento de los contrayentes.*

237. La necesidad del consentimiento de las partes resulta también de la definición misma del matrimonio, puesto que es un contrato. Además, según el

Art. 115. El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecido en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniere á tales formas, solemnidades y requisitos.

238. La falta de consentimiento de alguno de los contrayentes ó de ambos es un caso de nulidad del matrimonio, como aparece en el numeral 3º del artículo 140, el cual dispone además que « 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. Pero los sordo-mudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio ».

Preferimos explicar aquí este texto que nos parece de aplicación difícil en lo que concierne á los furiosos locos.

La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos mientras permanezcan en la locura, ¿cuál es el alcance de esta presunción? Si se comprueba que existía el estado de locura en el momento mismo en que se celebró el matrimonio, la ausencia del consentimiento quedará por esto mismo establecida; quizá el legislador previó el caso de que no esté comprobado el estado de locura en el momento del matrimonio, sino aquel en que se pruebe que el cónyuge se hallaba generalmente en el estado de locura; pero hubiera sido preferible que lo hubiera dicho de una manera clara. En tal caso, á los que sostuvieran la validez del matrimonio tocaría probar que el cónyuge loco se encontraba en intervalo lúcido.

Pero en presencia de los términos del Código queda una duda acerca de tal interpretación; para apoyarla puede invocarse el argumento de que sin ella el texto carece de significado.

Más fácil es la interpretación de aquél en cuanto se refiere á los mentecatos á quines se haya puesto en interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Cuando el parágrafo 3º del artículo 140 establece que la ley presume falta de consentimiento en los mentecatos en interdicción judicial, no ha querido decir que un mentecato en interdicción no pueda casarse en un intervalo lúcido, sino que, mientras no se

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pruebe que estaba en un intervalo lúcido, se presume legalmente que no ha podido consentir en el matrimonio. En otros términos, la presunción de que se trata es una presunción *juris tantum* y no una presunción *juris et de jure*.

Sin embargo, contra esta solución podría objetarse que los individuos en interdicción se encuentran incapacitados para ejecutar cualquier acto jurídico conforme á lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 553 : « Los actos y los contratos de los dementes, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos, aun que se alegue haberse ejecutado ó celebrado en un intervalo lúcido. » ¿No debe aplicarse esta regla aun al matrimonio, que es un contrato? Creemos que no, por los motivos siguientes : la disposición del artículo 553 tiene por consecuencia privar á los individuos en interdicción del ejercicio de sus derechos civiles, aun cuando se hallen en un intervalo lúcido. Respecto de los derechos ordinarios que pueden ser ejercidos por representante, la solución se justifica por la circunstancia de que el curador ejercerá en nombre del incapaz los derechos de éste, de tal manera que la disposición no tiene por consecuencia privarlo del *goce* de tales derechos. Respecto del derecho de contraer matrimonio, por el contrario, el *goce* y el *ejercicio* son inseparables; la aplicación del artículo 553 á este caso tendría por resultado el privar á los individuos bajo interdicción del derecho de casarse. Se comprende, sin duda, que haya legislaciones en las cuales se prohiba el matrimonio de los locos, cuya propagación no puede desearse; pero es preciso entonces que privación tan exorbitante de un derecho natural resulte de un texto formal y no de la aplicación de un artículo redactado en atención á relaciones jurídicas de naturaleza muy diversa.

Concluímos, en consecuencia, que el legislador no ha querido dar á la interdicción, en materia de matrimonio, otro efecto que el de cambiar la carga de la prueba : á los que sostienen la validez del matrimonio corresponderá demostrar que, en el momento de celebrarlo, el mentecato se encontraba precisamente en un intervalo lúcido. La presunción en este caso se explica muy bien, puesto que se funda en una sentencia judicial que ha establecido que el mentecato

se hallaba en un estado ordinario de locura, en tanto que en el caso del loco furioso la presunción establecida sin que previamente se haya calificado la perturbación mental del loco, no deja de ser discutible.

La disposición relativa á los sordomudos no presenta ninguna dificultad. Sólo observaremos que no se aplica la misma regla á los contratos en general[1].

§ 3.º *Edad de los contrayentes.*

239. El principio general en esta materia es el de que no se permite contraer matrimonio sino á los que han llegado á la pubertad, es decir, á un desarrollo físico suficiente, á fin de que sean aptos para la procreación.

Esta edad varía con los climas, y por eso, no es una misma la fijada por los legisladores en los distintos países.

En Colombia la edad mínima fijada por el ordinal 2º del artículo 140 es la de catorce años para los hombres y doce para las mujeres, como sucedía en la antigua Roma y lo prescribe el actual Código Civil de España.

Es verdad que en Colombia hay un desarrollo precoz, por lo menos en los climas cálidos; pero aunque pueda admitirse que en este país todos los hombres son púberes á los catorce años y todas las mujeres lo sean á los doce, la edad requerida por el legislador no parece suficiente; no debe atenderse sólo al desarrollo físico, pues hay otro elemento que convendría no olvidar. En efecto para el matrimonio se requiere un consentimiento libre (art. 115), y además que quien lo presta se dé cuenta de la gravedad del acto que intenta celebrar.

Ahora bien ¿ no es evidente que un adolescente de catorce años y una joven de doce no están en estado de prestar su consentimiento con pleno conocimiento de las cosas?

¿ No es cierto que en la mayor parte de los casos no serán los interesados quienes arreglarán el matrimonio, sino sus padres, y que la voluntad de la hija de doce años será absorbida por la de su madre, así como la del hijo de catorce años lo será por la de su padre?

[1] V. art. 1504.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Por regla general, no se permite á nadie celebrar contratos relativos al patrimonio antes de veintiún años, y, sin embargo, se faculta á los niños de doce y catorce años para realizar un contrato mucho más grave que los demás, en virtud del cual se ligan personalmente por la vida entera. Sin duda esta faz de la cuestión no ha sido considerada debidamente. ¿ Qué clase de cónyuges podrán ser un hombre de catorce años y una mujer de doce? ¿ No es de temerse que al crecer, cuando ya la razón esté desarrollada en ellos, se arrepientan de una unión cuya seriedad y trascendencia no pudieron calcular en el momento en que sus padres los casaron? No queremos, sin embargo, asimilar, desde este punto de vista, el matrimonio á los demás contratos, de suerte que la edad de veintiún años sea indispensable en ambos contrayentes para realizar el acto, pues, desde luego, el desarrollo más pronto en la mujer justifica el que se señale para ésta una edad menor que la del varón, y porque, en varios casos á lo menos, habrá conveniencia en que los hombres mismos se casen antes de cumplir los veintiún años. Insistimos, sí, en que la edad señalada por la legislación colombiana no basta para garantizar un consentimiento pleno en los contrayentes.

§ 4.º *Consentimiento de ciertas personas.*

240. Según el

ART. 116. El varón mayor de veintiún años y la mujer mayor de diez y ocho pueden contraer matrimonio libremente [1].

[1] Cód. ch., art. 106 : « Los que hayan concluido veinticinco años no estarán obligados á obtener el consentimiento de persona alguna. » — Respecto de esta disposición hizo el señor Bello las observaciones siguientes, no decisivas, por cierto, y á las cuales no se ajusta el legislador colombiano : « ¿Por qué no los varones mayores de veinticuatro años y las mujeres mayores de veintidós, según la ley nacional de 9 de Septiembre de 1820? Porque no hay 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, más flacos, más fáciles de engañar y sorprender. No tienen, pues, de que quejarse las mujeres si se las iguala bajo este respecto á los varones. Tampoco hay razón para rebajar un año á los veinticinco que generalmente constituyen la edad mayor.

« ¿Por qué se omite la petición respetuosa de que habla la citada ley? Porque esto es una cosa que debe dejarse á los sentimientos naturales, y porque donde no los hubiere, la tal petición no sería más que una fórmula vana, irrisoria ».

Se ve que para los varones la mayor edad exigida, á fin de que puedan contraer matrimonio sin autorización de terceros, es la mayor edad ordinaria, es decir, veintiún años, en tanto que, en las mujeres, la mayor edad para el matrimonio es menor que la ordinaria.

241. Conforme al

ART. 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.

En los mismos términos de este artículo, se necesita del consentimiento del padre y de la madre adoptantes para el matrimonio del hijo adoptivo, menor de veintiún años, ó de la hija adoptiva, menor de diez y ocho.

Á falta de los padres, naturalmente el derecho de autorización pasa á los ascendientes del grado superior, á los abuelos, sin embargo de que no existe disposición formal respecto de ellos. Así se deduce de los artículos 118 y 120, que mencionan los ascendientes en la misma línea que los padres. La expresión *padres* en el artículo 117 comprende, pues, no sólo al padre y á la madre, sino á los demás ascendientes.

En caso de que los abuelos estén en desacuerdo, ¿ qué opiniones deben prevalecer? Una persona puede tener cuatro abuelos : abuelo y abuela paternos, abuelo y abuela maternos. Rara vez podría realizarse el acuerdo en estas cuatro personas.

Como el Código hace prevalecer la voluntad del padre sobre la de la madre, puede, por analogía, deducirse que la voluntad del abuelo paterno prevalecerá asimismo sobre la de la abuela paterna, y del propio modo en la línea materna. Pero si hay desacuerdo entre los abuelos de una y otra línea, ¿ qué debe decidirse? El Código francés, y con él otros varios, disponen que la diferencia de pareceres en las dos líneas de los referidos ascendientes equivale al consentimiento. Creemos que esta solución debe admitirse también en el Código colombiano, ya porque es la más sencilla, ya porque está en armonía con el espíritu del legislador, manifiestamente favorable á la celebración de los matrimonios.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

242. Los artículos 118 y 119 explican con entera claridad en qué casos se entiende que faltan los padres y los otros ascendientes :

ART. 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 [1].

ART. 119. Se entenderá faltar asimismo el padre que ha sido privado de la patria potestad, y la madre que por su mala conducta ha sido inhabilitada para intervenir en la educación de sus hijos [2].

Como la madre puede ejercer hoy la patria potestad le será aplicable, la primera parte del artículo 119, aunque no mencione sino al padre.

243. Al tenor del

ART. 120. Á falta de los dichos padre, madre ó ascendientes, será necesario al que no haya cumplido la edad, el consentimiento de su curador general, ó en su defecto, el de un curador especial [3].

244. Si el curador niega su consentimiento, está obligado á expresar la causa, de lo cual se exime á los ascendientes. Se lee, á este respecto en el

ART. 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 [4].

245. Además, el Código fija las razones que justifican el disentimiento del curador :

ART. 122. Las razones que justifican el disenso del curador no podrán ser otras que estas :

1.ª La existencia de cualquier impedimento legal;

2.ª El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el Título 8.º *De las segundas nupcias,* en su caso;

3.ª Grave peligro para la salud del menor á quien se niega la licencia, ó de la prole;

[1] Cód. ch., art. 109.
[2] Cód. ch., art. 110.
[3] Cód. ch., art. 111. — *Bello :* « La diferencia de edades que se ha establecido para la independencia de los hijos en esta materia por falta de padre, madre ú otro ascendiente, no ha parecido más fundada que la diferencia del sexo ».
[4] Cód. ch., art. 112.

4.ª Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse ;

5.ª Estar sufriendo esa persona la pena de reclusión ;

6.ª No tener ninguno de los esposos, medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio [1].

La enumeración anterior es naturalmente limitativa, y cualquiera otra razón, por buena que fuese, no bastaría para justificar el disenso del curador. Debe observarse también que no sólo ha de alegar una de aquellas razones, sino que debe comprobar su existencia. ¿ Quién debe decidir si el motivo invocado existe en realidad? Naturalmente el juez, á quien podrá ocurrir el menor, á fin de que se exija la prueba y en caso de que no se suministre, declare que éste puede casarse.

246. ¿ Cuál es la sanción establecida para el caso de que falte el consentimiento de quienes deban prestarlo? Á esto responde el

ART. 123. No podrá procederse á la celebración del matrimonio sin el asenso de la persona ó personas cuyo consentimiento sea necesario según los artículos precedentes, ó sin que conste que el respectivo contrayente puede casarse libremente [2].

Pero, si á pesar de esta disposición legal, el matrimonio se celebra, no por eso es nulo. Esto quiere decir que la falta de autorización constituye lo que se llama un impedimento meramente *prohibitivo*, ó sea un impedimento para que el juez se encuentre en el deber de no autorizar la celebración, pero no suficiente para acarrear la nulidad del matrimonio celebrado.

Los impedimentos que pueden invocarse para pedir la nulidad de un matrimonio se llaman *dirimentes*. Veremos que en materia de matrimonios no hay nulidad sino en los casos en que expresamente lo haya declarado el legislador.

247. Si el matrimonio se celebra á pesar de que falten los consentimientos requeridos y por negligencia del juez, los artículos 124 y 125 establecen otra sanción contra el que se case y tenga ascendientes :

[1] Cód. ch., art. 113. — *Bello*, Código austriaco, art. 53.
[2] Cód. ch., art. 105.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ART. 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 [1].

ART. 125. El ascendiente, sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho.

El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de la persona de quien hay obligación de obtenerlo, no priva del derecho de alimentos [2].

Á pesar de los motivos indicados por D. Andrés Bello en la nota que reproducimos, parece un poco severa la disposición del artículo 124, al establecer que en la sucesión de los ascendientes que murieren sin testamento, la persona casada sin el debido consentimiento no tendrá sino la mitad de la porción de los bienes que le hubieran correspondido; pues es posible que el ascendiente que ha fallecido sea de aquellos cuyo consentimiento no fuese necesario, y posible también que, al haber sido necesario tal consentimiento, lo hubiese prestado. Hasta puede suponerse que este ascendiente haya consentido, pero no era suficiente su consentimiento, como si se trata de una abuela existiendo el abuelo.

248. Respecto de los artículos 124 y 125 se presenta la cuestión de si deben aplicarse aun cuando el descendiente que no ha obtenido el permiso necesario no contraiga sino matrimonio católico.

[1] Cód. ch., art. 114. — *Bello :* « *Pragmática de Carlos III.* L. 9, t. 1, lib. 10 Nov. Recop. núm. 3, derogada por la pragm. de 1803, que impone la pena de expatriación, menos análoga al delito y mucho más dura y odiosa ».

[2] Cód. ch., art. 115. — *Bello :* « Acaso aparezcan todavía severas las penas indicadas en este artículo; pero están enteramente sujetas á la voluntad de los ascendientes; ¿ y quién ignora su natural propensión á la indulgencia y la facilidad de moverlos á favor de un hijo ó nieto desgraciado, particularmente después de algunos años de expiación? ¿ Cuál de ellos no se dirá á sí mismo : *Pro peccato magno paulum suplicii satis est patri?*

« Árbitro de revocar la pena en todo ó parte, será muy raro el que no haga uso de esta facultad que le conceden las leyes, sobre todo á la hora de la muerte. La esperanza de obtener el perdón será también un poderoso estímulo en el culpable para merecerlo por su buena conducta.

« Tal vez se objetará que no se impone ninguna inhabilidad al que se casa sin el consentimiento del curador estando obligado á obtenerlo. Pero en el mismo caso se halla realmente el que se casa sin el consentimiento de su ascendiente, cuando nada tiene que esperar de ninguno de ellos, porque carecen absolutamente de bienes ».

Podría creerse que no, por cuanto el Código se ocupa en el Título que examinamos del matrimonio civil exclusivamente; pero debe observarse que las disposiciones que se refieren á la necesidad de ciertos consentimientos para el matrimonio y las transcritas anteriormente, que establecen la sanción de las primeras, se han reproducido casi textualmente del Código de Chile, el cual se refiere al matrimonio católico, puesto que no reglamenta el matrimonio civil [1].

Un argumento de analogía podría sacarse también, para apoyar la solución anterior, de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 87 de 1887, inciso 4º; pero, trantándose de disposiciones excepcionales, no tendría gran fuerza.

CAPÍTULO II.º

FORMALIDADES EXTERNAS DEL MATRIMONIO.

249. La materia de este capítulo la trataremos en dos parágrafos, así : 1º de las formalidades que preceden á la celebración del matrimonio, y 2º formalidades de la celebración.

§ 1.º *Formalidades anteriores á la celebración del matrimonio.*

250. Estas formalidades son de dos clases : ciertas justificaciones previas sobre las cualidades necesarias en los contrayentes, y la publicidad.

1ª Conforme á los artículos 128 y 129,

ART. 128. Los que quieran contraer matrimonio, ocurrirán al juez competente verbalmente ó por escrito, manifestando su propósito. En este acto ó en el memorial respectivo, expresarán los nombres de sus padres ó curadores,

[1] Posteriormente, la Ley de 10 de Enero de 1884 reglamentó el matrimonio civil, y dispuso (art. 1º) que « el matrimonio que no se celebre con arreglo á las disposiciones de dicha ley, no produce efectos civiles ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

según el caso, y los de los testigos que deban declarar sobre las cualidades necesarias en los contrayentes para poderse unir en matrimonio, debiendo en todo caso dar á conocer el lugar de la vecindad de todas aquellas personas.

Art. 129. El juez procederá inmediatamente, de oficio, á practicar todas las diligencias necesarias para obtener el permiso de que trata el artículo 117 de este Código, si fuere el caso, y á recibir declaración á los testigos indicados por los solicitantes.

Extraño es que el juez sea quien deba practicar las diligencias necesarias para obtener el permiso de los ascendientes, porque esto parece ser más bien obligación de los interesados. Lo que sí se comprende es que el juez averigüe la autenticidad de la firma de los ascendientes que han prestado su consentimiento por documento privado. Aunque no se exige escritura pública, bueno sería ocurrir á este medio para evitar dificultades en el caso de que los ascendientes vivan en otro lugar distinto del en que el matrimonio se celebra.

Conviene observar que el artículo 117 exige el consentimiento de los padres por escrito. ¿ Qué ha de hacerse si éstos no saben escribir? Creemos que su declaración ante el juez bastará, puesto que siendo el juez funcionario público, puede redactar documentos auténticos, los cuales tienen mayor fuerza que un escritura privada. Puede además ocurrirse al ministerio de un notario.

251. Al tenor del inciso 1° del

Art. 130. El juez interrogará á los testigos con las formalidades legales, y los examinará sobre las cualidades requeridas en los contrayentes para unirse en matrimonio, á cuyo efecto les leerá el artículo 140 de este Código; los examinará también sobre los demás hechos que crea necesarios para ilustrar su juicio.

252. El artículo 127 indica las personas que no pueden ser testigos :

Art. 127. No podrán ser testigos para presenciar y autorizar un matrimonio :

1.° Las mujeres;
2.° Los menores de diez y ocho años;
3.° Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia;
4.° Todos los que actualmente se hallaren privados de la razón;
5.° Los ciegos;

6.° Los sordos;
7.° Los mudos;
8.° Los condenados á la pena de reclusión por más de cuatro años, y en general los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos;

Basta á los contrayentes indicar testigos, los cuales declararán si aquéllos reunen los requisitos necesarios para que el matrimonio pueda celebrarse.

253. Quizá las declaraciones de testigos no son el mejor medio de ilustrar al juez sobre los puntos que él debe conocer. En muchos casos los testigos afirmarán cosas que ignoran completamente. ¿ Cómo puede confiarse en testimonios orales para comprobar lo relativo al parentesco, á la afinidad, y sobre todo, al parentesco ilegítimo? ¿ Cómo pueden los testigos saber con exactitud la edad de los contrayentes, siendo así que en los campos y aun en las ciudades, entre la gente sin instrucción, muchas personas ignoran su propia edad? Los testigos saben lo que se dice en el lugar donde viven; se hacen eco de todas las especies que allí circulan.

Es de notar que las comprobaciones á que venimos refiriéndonos se exigen antes de publicar los edictos por los cuales se hace conocer la solicitud de los interesados, al paso que en otros países, como en Francia, las proclamas ó publicaciones matrimoniales se efectúan sin que sea necesaria ninguna justificación previa, y las justificaciones se exigen sólo antes de celebrar el matrimonio, pues las proclamas tienen precisamente por objeto provocar las declaraciones de quienes puedan conocer algún impedimento para el matrimonio proyectado.

254. 2ª *Publicidad*. El artículo 130, después de indicar lo que el juez ha de preguntar á los testigos agrega en el inciso 2° :

En vista de estas justificaciones hará fijar un edicto por quince días, en la puerta de su despacho, anunciando en él la solicitud que se le ha hecho, los nombres y apellidos de los contrayentes y el lugar de su nacimiento, para que dentro del término del edicto ocurra el que se crea con derecho á impedir el matrimonio, ó para que se denuncien los impedimentos que existen entre los contrayentes, por el que tenga derecho á ello.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

255. Además, si los contrayentes son vecinos de distintos distritos, se procederá como lo previene el

ART. 131. Si los contrayentes son vecinos de distintos distritos parroquiales, ó si alguno de ellos no tiene seis meses de residencia en el distrito en que se halla, el juez de la vecindad de la mujer requerirá al juez de la vecindad del varón para que fije el edicto de que habla el artículo anterior, y concluído el término, se le envie con nota de haber permanecido fijado quince días seguidos. Hasta que esto no se haya verificado, no se procederá á practicar ninguna de las diligencias ulteriores.

256. Practicadas las diligencias de que hemos hablado, y si no hay oposición, se señala día y hora para celebrar el matrimonio, comunicándolo á los interesados. Aunque es el juez quien debe hacer este señalamiento, en la práctica es de suponerse que se pondrá para ello de acuerdo con los contrayentes :

ART. 134. Practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130, y si no se hiciere oposición, ó si haciéndose se declara infundada, se procederá á señalar día y hora para la celebración del matrimonio, que será dentro de los ocho días siguientes; esta resolución se hará saber inmediatamente á los interesados.

§ 2.° *Formalidades para la celebración del matrimonio.*

257. Según el

ART. 126. El matrimonio se celebrará ante al juez del distrito de la vecindad de la mujer, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles previamente juramentados[1].

Por consiguiente, el matrimonio no puede efectuarse sino en el distrito de la vecindad de la mujer.

Esta regla no sufre excepción ni aun en el caso de que uno de los contrayentes se halle en peligro de muerte, de tal modo que no hay matrimonio posible si la mujer en peligro de muerte no se encuentra en el distrito de su vecindad, ni si el varón está en peligro de muerte fuera de ese distrito. Extraño parece que el Código colombiano, tan favorable á los matrimonios, no haya presentado á los contrayentes mayores facilidades en cuanto al lugar en que puedan celebrarlo. Si el matrimonio civil llegara á ser más practicado, pronto se notarían los inconvenientes de aquel sistema.

[1] V. G. J. IV, 294, 1.

En cuanto á las cualidades requeridas en los testigos, ya hemos hablado de éstas, refiriéndonos al artículo 127.

258. ¿Cómo se celebra el matrimonio? De esto trata el

ART. 135. El matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes en el despacho del juez, ante éste, su secretario y dos testigos. El juez explorará de los esposos si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio; los hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van á contraer, instruyéndolos al efecto en las disposiciones de los artículos 152, 153, 176 y siguientes de este Código. En seguida se extenderá una acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, los testigos, el juez y su secretario; con lo cual se declarará perfeccionado el matrimonio.

Del final del artículo resulta que el acta de matrimonio es un elemento de su celebración : sólo con esa formalidad se declara perfeccionado el matrimonio. Más adelante veremos cuál es el alcance de esta disposición y cuáles son entre esos elementos los esenciales para el matrimonio, de modo que, faltando uno de ellos, queda nulo.

259. Al tenor del

ART. 138. El consentimiento de los esposos debe pronunciarse en voz perceptible, sin equivocación, y por las mismas partes, ó manifestarse por señales que no dejen duda.

260. El artículo **136**, relativo al matrimonio *in extremis*, establece una excepción á la regla del artículo **130** :

ART. 136. Cuando alguno de los contrayentes ó ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, y no hubiere por esto tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130, podrá procederse á la celebración del matrimonio sin tales formalidades, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallan en ninguno de los casos del artículo 140. Pero si pasados cuarenta días, no hubiere acontecido la muerte que se temía, el matrimonio no surtirá efectos, si no se revalida observándose las formalidades legales.

¿Cómo podrán comprobar los contrayentes que no se hallan en ninguno de los casos del artículo 140? Evidentemente no puede exigirse una prueba más estricta que la que se requiere para los casos ordinarios : por medio de testigos podrán, pues, las partes hacer las justificaciones exigidas. Así, sólo se prescinde de las formalidades, con las cuales el

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

juez tiene que interrogar á los testigos y de las proclamas de que trata el inciso 2º del artículo 130. Como el artículo 131 es complemento del artículo 130 en cuanto á la publicidad se refiere, también á aquel texto se introduce excepción por el artículo 136. Pero ni aun en el caso del matrimonio *in extremis* quedan las partes eximidas de comprobar el consentimiento de los ascendientes.

La excepción más notable y que menos puede justificarse es la que contiene la parte final del artículo 136. Ya hemos dicho que, por su naturaleza misma, el contrato de matrimonio no es susceptible de condición alguna. Sin embargo, cuando el artículo dice que, « si pasados cuarenta días, no hubiere acontecido la muerte que se temía, el matrimonio no surtirá efectos, si no se revalida observando las formalidades legales », establece un matrimonio condicional, y lo que es más grave, un matrimonio bajo una condición que depende exclusivamente, caso de no acontecer la muerte del enfermo, de la voluntad de las partes. No vacilamos en calificar esto de verdadera herejía jurídica : se concede á los cónyuges ó á uno de ellos la facultad de romper por mero capricho el vínculo del matrimonio. Cierto que puede suceder que uno de los cónyuges consienta en aquél en previsión de la muerte y con la secreta esperanza de que el matrimonio no habrá de producir efectos en esta vida, y que si el moribundo recobra la salud, él mismo ó el otro cónyuge no queden muy satisfechos del matrimonio. Pero la ley no debe hacerse cómplice de semejante farsa. Inter tanto, ¿están ó no casados los contrayentes? Á punto fijo no se sabe; el matrimonio es condicional : existe siempre que muera el enfermo antes de que transcurran cuarenta días ó que, no muriendo, se revalide con las formalidades legales. Las personas que tengan que negociar con los contrayentes y sobre todo con la mujer, no sabrán qué partido tomar : la mujer estará casada sin serlo.

Las consecuencias que resultan de la disposición legal á que nos referimos son pues exorbitantes. ¿Qué debe decidirse si el enfermo se restablece y el otro cónyuge muere antes de haber transcurrido los cuarenta días, sin que el

matrimonio se haya revalidado observándose las formalidades ordinarias? Si el texto se toma literalmente, el matrimonio será sin duda nulo.

El legislador olvidó en esta parte que el principio que domina todo el derecho de las personas, es que el estado de ellas no admite ni término ni condición : nadie puede ser hijo legítimo bajo condición ni debería poder casarse condicionalmente.

CAPÍTULO III.º

DE LAS OPOSICIONES AL MATRIMONIO.

261. La oposición al matrimonio es un acto por el cual una persona objeta la unión proyectada entre los futuros cónyuges, con el fin de impedir que el juez autorice el matrimonio mientras la oposición no desaparezca judicial ó voluntariamente.

En Colombia esta materia se encuentra muy simplificada, porque el juez interviene en la celebración del matrimonio y al propio tiempo califica las oposiciones. El artículo 132 indica cómo debe proceder el juez en tal caso :

ART. 132. Si hubiere oposición, y la causa de ésta fuere capaz de impedir la celebración del matrimonio, el juez dispondrá que en el término siguiente, de ocho días, los interesados presenten las pruebas de la oposición ; concluídos los cuales, señalará día para la celebración del juicio, y citadas las partes, se resolverá la oposición dentro de tres días después de haberse practicado esta diligencia.

262. En el artículo 133 se determinan los recursos que pueden hacerse valer contra las resoluciones del juez :

ART. 133. Las resoluciones que se dicten en estos juicios son apelables para ante el inmediato superior, quien procederá en estos asuntos como en las demandas ordinarias de mayor cuantía ; y de la sentencia que se pronuncie en segunda instancia, no queda otro recurso que el de queja.

De los términos del artículos 132 se deduce : 1º que toda persona puede oponerse á un matrimonio; 2º que se debe

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

indicar siempre el motivo en que la oposición se funda; 3º que el juez no ha de tener en cuenta sino las oposiciones fundadas en motivos capaces de impedir la celebración del matrimonio, es decir, en impedimentos prohibitorios ó dirimentes; 4º que no se prescribe ninguna forma especial para las oposiciones.

Sobre esto cabe observar :

1º Habría sido bueno exigir que la oposición se hiciera por documento auténtico, ó por lo menos, que el opositor justificara su identidad, de tal suerte que no pudiese cualquiera persona, firmando con un nombre falso, por ejemplo con el nombre de un pariente, hacer oposición para demorar maliciosamente el matrimonio.

2º Como el legislador admite que cualquiera persona puede hacer oposición al matrimonio, habría sido prudente establecer el principio de la responsabilidad del opositor para el caso en que la oposición no resultara fundada. Si los matrimonios civiles fueran muy numerosos, habrían de temerse, con el sistema del Código, oposiciones maliciosas y vejatorias.

CAPÍTULO IV.º

DEL ACTA DEL MATRIMONIO.

263. Ya hemos visto que entre las formalidades del matrimonio está la redacción de un acta, la cual debe firmarse por los contrayentes, los testigos, el juez y el secretario.

En cuanto á los contrayentes y á los testigos, es de observar que firmarán el acta sólo en caso que sepan escribir, pues el artículo 127 no exige que los testigos reúnan esta condición, y menos puede exigirse en los cónyuges.

Una vez redactada el acta, se inscribe en los registros del estado civil.

264. Acerca de lo que deba contener el acta, el artículo 137 mencionado se expresa así :

ART. 137. El acta contendrá, además, el lugar, día, mes y año de la celebración del matrimonio, los nombres y apellidos de los casados, los del juez, testigos y secretario. Registrada esta acta, se enviará inmediatamente al notario respectivo para que la protocolice y compulse una copia á los interesados. Por estos actos no se cobrarán derechos.

Conviene observar la particularidad de que hay dos empleados del estado civil en cuanto al matrimonio : el juez que autoriza el acta y el notario que la inscribe y da copia de ella.

CAPÍTULO V.º

DE LOS MATRIMONIOS POR APODERADO.

265. El artículo 139, así como el 114 del Código[1], que se referían á los matrimonios por apoderado, fueron derogados por el artículo 45 de la Ley 57 de 1887, y se reemplazaron con el 11 de la misma ley, que dice :

Puede contraerse el matrimonio no sólo estando presentes ambos contrayentes, sino también por apoderado especial constituído ante notario público por el varón, hallándose éste ausente, debiendo mencionarse en el poder la mujer con quien ha de verificarse el matrimonio. El poder es revocable, pero la revocación no surtirá efecto si no es notificada la mujer contrayente antes de celebrar el matrimonio (Art. 11).

Esta disposición modifica en tres puntos el sistema del Código :

1º No permite hacerse representar por apoderado sino al varón, mientras que el artículo 139 concedía igual derecho á la mujer, de modo que un matrimonio podía celebrarse con la sola presencia de los dos apoderados.

[1] Art. 114. Este contrato puede celebrarse por apoderado legalmente constituído.

Art. 139. El matrimonio que se celebre por apoderado, será valido, siempre que se exprese con toda claridad el nombre de los esposos, y no se revoque el poder antes de efectuarse el matrimonio.

El notario por ante quien se extienda la revocación mencionará precisamente la hora en que tenga lugar el acto.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Natural es que en el poder se mencione la mujer con quien ha de verificarse el matrimonio; en esto creemos que la nueva ley no modifica el derecho anterior, pues los principios generales sobre el consentimiento bastaban para hacer obligatoria aquella circunstancia : no es suficiente que los contrayentes consientan en casarse; es necesario que consientan en casarse el uno con el otro. No se concibe, por lo demás, que un hombre dé poder para casarse con cualquier mujer.

2º El varón ha de otorgar el poder ante notario público, circunstancia que no exigía el artículo 139, pues hablaba sólo de revocación ante notario.

La nueva disposición es excelente : si se admite el matrimonio por apoderado, á lo menos debe exigirse un poder auténtico, para que no haya duda sobre la identidad del poderdante.

3º El artículo 139 establecía que el poder era revocable y que el notario debía mencionar precisamente la hora en que tal revocación se efectuaba. Fundábase esto en que si la revocación se hacía antes de que el matrimonio se celebrase, el contrato no tenía valor legal, por no haber concurrido las voluntades de las partes. Si la revocación y la celebración se efectuaban el mismo día, era indispensable saber la hora en que se habían realizado una y otra, á fin de determinar si la revocación del poder había ó no precedido al matrimonio.

266. El artículo 11 de la Ley 57 de 1887, al disponer que el poder es revocable, pero que la revocación no surte efecto si no se notifica á la mujer contrayente antes de celebrarse el matrimonio, quiso evitar los graves perjuicios que con el otro sistema podrían sobrevenirle á la mujer. La nueva disposición no carece á su vez de algunos defectos : 1º constituye una excepción al principio enunciado según el cual es necesario que el concurso de las voluntades exista en el momento mismo del matrimonio, pues en el caso del artículo 11 puede suceder que el varón haya retirado su consentimiento antes de que se celebre el matrimonio; 2º repugna que se declare casado á un hombre á pesar suyo, cuando ha manifestado por instrumento público que no tiene voluntad de casarse.

267. Como se ve, con uno ú otro sistema se llega á situaciones poco satisfactorias. Es que el principio mismo del matrimonio por apoderado es muy discutible, y en muchos países, como en Francia, no existe, porque hasta ahora no se ha sentido la necesidad de establecerlo. Sólo hay un caso en que parece verdaderamente útil : el del matrimonio *in extremis,* sobre todo cuando se trata de legitimar por ese medio á los hijos. Como en Colombia el matrimonio ha de celebrarse precisamente en el distrito de la vecindad de la mujer, si el varón se encuentra moribundo en un lugar distinto, no hay otro matrimonio posible que el matrimonio por apoderado; pero en este caso habría sido preferible reconocer también competencia en el juez del domicilio del varón. Con una disposición así serían muy raros los casos en que el matrimonio por apoderado debiera justificarse, y la utilidad relativa que presenta es incomparable con los múltiples inconvenientes que produce. Por lo menos debería restringirse sólo á casos poco numerosos en que no es posible el matrimonio con la presencia de las partes, y respecto de los cuales hay sin embargo grande utilidad en que se contraiga.

Apéndice. — De la regla de que el matrimonio católico produce efectos civiles.
Disposiciones transitorias.

268. Durante la vigencia de la legislación española y muchos años después de establecida la República, el matrimonio católico produjo siempre en Colombia efectos civiles. Más tarde se expidió la Ley de 15 de Junio de 1853 que sólo admitía el matrimonio civil, y posteriormente la de 8 de Abril de 1856 que, aunque conservó esta institución, confería validez, para los efectos civiles, al matrimonio celebrado conforme al rito religioso de los contrayentes.

En varios de los códigos que rigieron en los Estados de la extinguida federación, así como en el Civil expedido en 1873 para los asuntos de la incumbencia del Gobierno de la República, no se admitía sino el matrimonio civil. En 1887, en la ley misma que adoptó los códigos y que unificó la legislación nacional, fué reconocido como válido, para todos los

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

efectos civiles y políticos, el matrimonio religioso celebrado conforme al rito católico, con lo cual se proponía el legislador satisfacer una general aspiración del país, y poner fin, en esta materia, á la lucha religiosa que hacía tiempo intranquilizaba las conciencias.

Desde entonces, pues, se reconocieron en Colombia tanto el matrimonio católico, para los que profesan esta religión, que es la de la casi totalidad de los habitantes de la República, como el matrimonio civil, para los no católicos.

Como el primero quedó naturalmente sometido, en cuanto á su celebración, á las nulidades que pueden afectarlo y al divorcio, según lo que determinan los canónes, y como es de la competencia de las autoridades eclesiásticas, aquí nos limitaremos á estudiar las disposiciones legales que lo reconocen y las que resuelven los conflictos originados por el efecto retroactivo que se le ha conferido.

§ 1.º *De las disposiciones que confieren al matrimonio católico efectos civiles.*

269. Conforme al artículo **12** de la Ley **57** de **1887**,

Son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico (art. 12).

Según se ve, el texto se refiere sólo á los matrimonios *que se celebren,* es decir, á los que, con posterioridad á la vigencia de la ley, se celebraran. Ninguna dificultad pudo presentar el artículo **12**, destinado á producir efectos en lo futuro.

270. La Ley **35** de **1888**, que fué justamente la que se expidió para aprobar el convenio celebrado con la Santa Sede á fin de restablecer la armonía entre la Iglesia y el Estado, dijo en su artículo **17** :

El matrimonio que deberán celebrar los que profesan la Religión Católica producirá efectos civiles respecto á las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento. El acto de la celebración será presenciado por el funcionario que la Ley determine con el solo objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil[1], á no ser que se trate de matrimonio *in artículo mortis*, caso en el cual podrá prescindirse de esta formalidad si no fuere fácil llenarla y reemplazarse por pruebas supletorias. Es de cargo de los contrayentes practicar las diligencias relativas á la intervención del funcionario civil para el registro, limitándose la acción del párroco á hacerles oportunamente presente la obligación que la ley civil les impone.

271. El artículo **34** de la Ley **30** de **1888** prescribe que :

El matrimonio contraído conforme á los ritos de la Religión Católica anula *ipso jure* el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona (art. 34).

Nos parece que la expresión *anula* está aquí mal empleada lo que sucede en realidad es que el matrimonio católico *disuelve* el civil contraído anteriormente. Es una especie de divorcio que permite á uno de los cónyuges romper el vínculo matrimonial para casarse católicamente con otra persona[2].

No porque el matrimonio civil quede disuelto, en virtud del católico que posteriormente se celebre, dejan de subsistir todos los efectos civiles que aquél haya producido. No hay motivo para decir que el matrimonio civil anterior, válidamente celebrado, se anula con efecto retroactivo. Lo que se quiso fué que el matrimonio civil, simple concubinato ante la ley religiosa, no constituyese obstáculo para que el matrimonio católico celebrado con otra persona, tuviera efectos civiles.

Indudablemente la disposición á que nos referimos tuvo por objeto dar satisfacción á la Iglesia, reconociendo los derechos que le corresponden en materia de matrimonio en un país católico como Colombia; y aunque es verdad que aplicando el artículo á los matrimonios civiles que se celebraron antes de 1888, pueden resultar conflictos, ellos son inevitables en el tránsito de una legislación á otra y cuando la última corrige errores de la primera en asuntos tan graves como el del matrimonio. Pero el legislador no le dió carác-

[1] En la práctica, la inscripción de los matrimonios católicos en el registro civil no se verifica.

[2] No es exacto decir, por consiguiente, como á veces se ha hecho, que el artículo 34 establece un caso de bigamia legal.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ter transitorio á la dicha disposición legal, refiriéndola sólo á los matrimonios celebrados antes de su vigencia, sino que ella tiene carácter permanente, lo que da ó puede dar lugar á graves abusos, porque permite que una persona, por su propia y exclusiva voluntad, rompa el vínculo conyugal para contraer nuevas nupcias. Cierto es que, en principio, los católicos no pueden contraer matrimonio civil, pero, en la práctica, no es raro que se presenten casos de esta naturaleza. Si los cónyuges declaran ante el juez que no son católicos, será muy difícil probar lo contrario. Á nuestro modo de ver, la Iglesia y el Estado, igualmente interesados en mantener el orden social y las buenas costumbres, deberían entenderse para evitar el escándalo y los males que resultan del actual orden de cosas.

§ 2.° *Disposiciones transitorias.*

272. Como el legislador de 1887, según se ha dicho, se propuso realizar un acto de justicia, confiriendo efectos civiles á los matrimonios católicos celebrados antes, conforme á la costumbre religiosa y general del país, costumbre que no habían acatado los autores del Código de 1873 ni los de los Estados Soberanos, el inciso 1° del artículo 19 de la Ley 57 dispuso :

> La disposición contenida en el artículo 12 tendrá efecto retroactivo. Los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, surtirán todos los efectos civiles y políticos desde la promulgación de la presente Ley (art. 19).

¿ El efecto retroactivo de que habla la primera parte del inciso transcrito, comprende así la validez del acto mismo del matrimonio católico celebrado antes de 1887 como los efectos que hubiera producido hasta entonces? Ateniéndonos á la letra de la ley, creemos que la retroactividad de que habla el artículo 19 no se refiere sino á lo primero, es decir, á la validez, para los efectos civiles y políticos, que confiere, á los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, pero no á los efectos de tales matrimonios anteriores á la misma ley, efectos que según ésta, no podían surtirse sino desde la promulgación de ella misma.

273. Sin embargo, como era justo, en cuanto no se lesionaran derechos de terceros, dar validez á los matrimonios católicos no sólo para lo futuro, sino también en lo pasado, para hacerlos producir los efectos respectivos, y como así se interpretaba, aunque sin motivo á nuestro modo de ver, el artículo 19, el legislador de aquel mismo año estableció, en el artículo 21 de la Ley 153, que, « el matrimonio podrá, por ley posterior, declararse celebrado desde época pretérita, y válido en sus efectos civiles á partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país; en cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación[1] ».

274. Para *explicar* el alcance del artículo 19 de la Ley 57, se sancionó el 50 de la Ley 153, que dice :

> Los matrimonios celebrados en la República en cualquier tiempo conforme al rito católico, se reputan legítimos, y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio, en cuanto este beneficio no afecte derechos adquiridos por actos ó contratos realizados por ambos cónyuges, ó por uno de ellos, con terceros, con arreglo á las leyes civiles que rigieron en el respectivo Estado ó Territorio antes del 15 de Abril de 1887.

Según este artículo, es evidente que el efecto retroactivo reconocido al matrimonio católico no se limita á validar este acto para lo futuro, sino que se le hace producir efectos como válido desde antes de 1887, pues con toda claridad dijo el legislador que los matrimonios celebrados conforme al rito católico se entendieran haber surtido efectos civiles y políticos desde la administración del sacramento.

275. Pero si las dudas que en esta parte se originaban del artículo 19 quedaron perentoriamente resueltas, no sucedió lo propio en cuanto á los derechos adquiridos que debían respetarse. En efecto, cabe preguntar : ¿la retroactividad conferida al matrimonio católico no afecta ninguno de los derechos adquiridos por terceros, ó respecta solamente los adquiridos en virtud de actos ó contratos celebrados por ambos cónyuges ó por uno de ellos, con terceros?

[1] V. *supra*, n. 66.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Este último parece ser, según el tenor literal del artículo, el alcance de la disposición. Sin embargo, creemos que ha de entenderse del primer modo. El legislador no se propuso sino « *explicar* el artículo 19 de la Ley 57 de 1887, con arreglo al 21 de la 153 », según expresamente se dijo en ésta. Ahora bien, el artículo 21 declara, sin restricción de ninguna clase, que el efecto retroactivo del matrimonio católico no puede vulnerar derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación, y si se admite la segunda de las interpretaciones indicadas acerca, del artículo 50, es forzoso concluír que éste no explica sino que deroga aquél. El caso especial de que se habla en el artículo 50, ó sea el de los derechos adquiridos por terceros y provenientes de contratos celebrados con ambos cónyuges ó con uno de ellos, se presenta aquí no como el único á que el legislador ha querido referirse, limitando el efecto de la disposición á ése sólo, sino por vía de ejemplo, que no excluye otros. Se citó expresamente aquél, porque se consideró que los actos en él comprendidos serían los únicos que podrían originar dudas y desconfianzas en quienes hubieran celebrado actos de esa naturaleza, generadores de derechos adquiridos; los demás derechos quedaron amparados por el artículo 21, que el legislador no se propuso derogar y que es la disposición cardinal en esta materia, la clave para apreciar todas las demás que al asunto se refieren.

Por otra parte, la inteligencia que damos á los textos legales mencionados es la que armoniza con el precepto constitucional (art. 31) que garantiza los derechos adquiridos con justo título, y la que, sin desconocer la acción reparadora de las nuevas leyes, evita perturbaciones sociales de gravísimas consecuencias. Tal es, por lo demás, la interpretación de la jurisprudencia nacional[1].

276. Por medio de un ejemplo podremos ver algunas aplicaciones de lo expuesto anteriormente. Un individuo se había casado conforme al rito católico bajo el régimen de la legislación anterior á la actual; este matrimonio no era válido

[1] G. J. V, 187, 1; IX, 291, 1; X, 222, 1.

civilmente. Después el varón abandonó á su mujer y se casó, según la ley civil, con otra, y luego vinieron las nuevas leyes. Como éstas se han dictado por motivos de moralidad, para poner término al escándalo resultante de la desarmonía entre las leyes civiles por una parte y las eclesiásticas y las creencias de la inmensa mayoría de los colombianos, por otra, no hay duda de que las nuevas leyes debían tener efecto inmediato, conforme al principio proclamado en el inciso 1º del artículo 18 de la Ley 153 de 1887, en desarrollo del artículo 31 de la Constitución, y, en consecuencia, desde que empezó á regir la Ley 57, quedó disuelto el matrimonio civil, aunque con esto haya perdido la segunda esposa el estado que tenía de mujer casada.

277. Á pesar de que se considere que el matrimonio católico produjo efectos civiles antes de 1887, los que entonces adquirieron legalmente derechos en virtud de contratos celebrados con la mujer por ejemplo, conservan el beneficio de estos contratos, porque de otro modo se vulnerarían derechos adquiridos, en contra del precepto constitucional y de las terminantes disposiciones de las nuevas leyes.

278. Mas como sólo se ponen en salvo los derechos adquiridos por terceros, los actos que los cónyuges unidos en matrimonio católico hubieran celebrado entre sí, tales como ventas hechas por uno de ellos al otro, deben reputarse como celebrado entre esposos legítimos[1].

279. Los hijos habidos del matrimonio católico, en el ejemplo citado, deben considerarse, por lo que hace á los efectos producidos en favor de terceros antes de 1887, como ilegítimos, aunque hoy se consideren legítimos como consecuencia del efecto retroactivo conferido á aquel matrimonio.

En virtud de esta última circunstancia, si bien los hijos habidos en un matrimonio católico antes del 15 de Abril de 1887 no pueden alegar el título de hijos legítimos para reivindicar como herederos los bienes adquiridos por otras personas antes de esa fecha, sí pueden alegarlo para suceder hoy por representación á sus padres muertos con anteriori-

[1] G. J. III, 403, 1.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

dad á aquél año, para reclamar alimentos y los demás derechos que la ley reconoce á los hijos legítimos.

280. Al contrario, como el matrimonio civil celebrado antes de la vigencia de la Ley 57 produjo efectos, los actos ejecutados por los cónyuges entre sí ó con terceros, deben apreciarse como actos de personas legalmente casadas. Así, la mujer tendrá derecho á la mitad de gananciales y los hijos habidos durante ese matrimonio tendrán la calidad de hijos legítimos respecto de sus padres.

281. Por igual motivo, si durante el segundo matrimonio la primera mujer ha tenido hijos, éstos no pueden reclamar del marido el beneficio de la presunción *pater id est quen nuptiæ demonstrant,* porque en este período la mujer tenía derecho al estado de cónyuge; no se podría sin violar ese derecho y admitir una bigamia legal, reconocer retroactivamente la calidad de cónyuge civil al cónyuge del matrimonio católico.

TÍTULO V.º

De la nulidad del matrimonio y sus efectos.

282. En este título se complementa la enumeración de los requisitos exigidos por la ley para la validez del matrimonio.

Algunos de los casos de nulidad enumerados por el artículo 140 constituyen al propio tiempo impedimentos para el matrimonio, y, en consecuencia, desde este doble punto de vista debemos examinarlos. Así lo haremos en dos secciones, destinada la primera á la teoría de los impedimentos para el matrimonio, y la segunda á la teoría de las nulidades de aquél. En último término trataremos de los matrimonios putativos.

Sección I. — Teoría de los impedimentos para el matrimonio.

283. Ya hemos dicho que los impedimentos para el matrimonio se dividen en dos clases : 1º los impedimentos prohibitivos, que tienen por efecto el de impedir la celebración del matrimonio, cuando el juez los conoce, pero que no bastan para alegar la nulidad del que se ha celebrado á pesar de la existencia de aquéllos; 2º los impedimentos dirimentes, que no sólo impiden el matrimonio sino que permiten pedir la nulidad del celebrado.

De las cuatro condiciones que estudiamos en el título anterior, á saber : diferencia de sexo, consentimiento de las partes, cierta edad, consentimiento de algunas personas fuera de los contrayentes, la falta de cualquiera de las tres primeras constituye impedimento dirimente, que produce la nulidad del matrimonio efectuado; la inobservancia de la cuarta condición no causa, según hemos visto, la nulidad del contrato, y no tiene otra sanción que la mencionada en los artículos 124 y 125 del Código.

§ 1.º *Impedimentos prohibitivos.*

284. Fuera de la falta de consentimiento de los ascendientes, ¿ cuáles son los impedimentos prohibitivos del matrimonio? El artículo 140 no enumera ninguno, puesto que sólo se habla en él de causales de nulidad; pero ciertas disposiciones de dicho artículo han sido reemplazadas por otras en las cuales no se trata de causales de nulidad sino de meros impedimentos prohibitivos.

Según los numerales 13º y 14º del artículo 140[1], era nulo el matrimonio contraído entre una mujer menor de veintiún años y su tutor ó curador, ó entre un pupilo ó una pupila y un descendiente del respectivo tutor ó curador.

[1] Art. 140. El matrimonio es nulo . . . . . :

13.º Cuando se celebre entre una mujer menor de veintiún años aunque haya obtenido habilitación de edad, y el tutor ó curador que haya administrado ó administre los bienes de aquélla, siempre que la cuenta de la administración no haya sido aprobada por el juez; y

14.º Cuando se ha contraido entre los descendientes del tutor ó curador de un menor y el respectivo pupilo ó pupila; aunque el pupilo ó pupila haya obtenido habilitación de edad.

El matrimonio celebrado en contravención á lo dispuesto en este inciso ó en el anterior, sujetará al tutor ó curador que lo haya contraido ó permitido, á la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

El artículo 45 de la Ley 57 de 1887 derogó tales disposiciones, que fueron reemplazadas con el artículo 14 de la misma ley, concebido en los términos siguientes :

Mientras que una mujer no hubiere cumplido diez y ocho años, no será lícito al tutor ó curador que haya administrado ó administre sus bienes, casarse con ella sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez con las formalidades legales.

Igual prohibición habrá para el matrimonio entre los descendientes del tutor ó curador y el pupilo ó pupila.

En consecuencia, los jueces no autorizarán los matrimonios en que se contravenga á lo dispuesto en este artículo.

El hombre que se case católicamente, mediando el impedimento expresado en este artículo, quedará privado de la administración de los bienes de la mujer (art. 14).

Como se ve, la edad en que la pupila puede casarse con su tutor ó curador se ha reducido á diez y ocho años; pero antes de esta edad ya no hay sino impedimento prohibitivo, que los jueces deben respetar en obedecimiento al inciso 3º del artículo transcrito. En el inciso 4º se dispone que quedará privado de la administración de los bienes de la mujer el hombre que se case *católicamente* mediando el impedimento de que se habla en el artículo referido : ¿deberá aplicarse igual sanción al que, á pesar del impedimento, logre que indebidamente el juez lo una en *matrimonio civil?* Este punto es delicado, pues aunque es cierto que existen las mismas razones en uno y otro caso, y lógicamente debería llegarse á las mismas conclusiones, es de observar que la disposición del inciso 4º es excepcional y establece una pena. Como las disposiciones excepcionales, y sobre todo las penales, son de interpretación restrictiva, que no se pueden extender por analogía, nos inclinamos á creer que la disposición relativa al matrimonio católico no ha de aplicarse en caso de matrimonio civil.

285. Conforme al

Art. 141. No habrá lugar á las disposiciones de los incisos 13º y 14º del artículo anterior, si el matrimonio es autorizado por el ascendiente ó ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo.

Como esta disposición se refiere á los numerales 13º y 14º

del artículo 140 que fueron abrogados, pudiera creerse que el medio concedido á las partes en aquélla para evitar la nulidad de que hablaban dichos numerales ya no subsiste, y que el artículo 141 está virtual y tácitamente derogado. No es así, sin embargo : el artículo 14 de la Ley 57 de 1887 *reemplaza* los numerales 13º y 14º del Código, luego el 14 de éste se refiere hoy á la nueva disposición, y, en consecuencia, el impedimento de la Ley 57 de 1887 no tendrá lugar si el matrimonio de la mujer menor de diez y ocho años que está bajo tutela ó curaduría es autorizado por el ascendiente ó ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo : esta solución nos parece de acuerdo con el espíritu de la ley.

Además, deben citarse los impedimentos prohibitivos establecidos por los artículos 171 y 174.

Resumiendo, tenemos que, fuera de las condiciones de forma, publicidad, etc., hay cinco impedimentos prohibitivos para el matrimonio : la falta de consentimiento de los ascendientes ó del curador; la relación de tutores ó curadores y pupila, cuando ésta no tiene diez y ocho años y el juez no ha aprobado la cuenta de la administración, siempre que por otra parte, no haya habido consentimiento de los ascendientes; la relación de descendiente de tutor ó curador y de pupilo ó pupila, en las mismas circunstancias; la falta de cumplimiento por el varón viudo de la prescrito en el artículo 171, y finalmente, respecto de la mujer viuda, el no haber transcurrido el plazo señalado en el artículo 173.

§ 2.º *Impedimentos dirimentes.*

286. Ya conocemos tres : similitud de sexo, falta de consentimiento de las partes, falta de la edad requerida por la ley.

Entre los casos enumerados en el artículo 140 constituyen impedimentos dirimentes : 1º el adulterio de la mujer en cuanto al matrimonio con su cómplice (numeral 7º); 2º el hecho de haber dado muerte ó hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior (numeral 8º);

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

3º ciertos lazos de parentesco (num. 9, 10 y 11); 4º la existencia del vínculo de un matrimonio anterior (numeral 12)[1],

Estudiaremos con algunos pormenores los dos últimos impedimentos.

287. A. *Impedimentos que resultan de los parentescos.* — Estos impedimentos pueden provenir de los parentescos de consanguinidad, de afinidad ó de adopción.

288. 1.º *Consanguinidad.* — La prohibición del matrimonio entre próximos parientes la imponen la moral y el interés público.

A este respecto las disposiciones del Código no son muy severas. El numeral 9º (art. 140) declara nulo el matrimonio :

> 9.º Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes, ó son hermanos ;

Esta disposición no presenta dificultad; se explica por sí misma. Creemos que el legislador ha sido muy indulgente en cuanto á los impedimentos que resultan de la consanguinidad, pues permite el matrimonio entre el tío y la sobrina ó entre el sobrino y su tía, lo que no se justifica fácilmente.

Las reglas anteriores se aplicarán tanto respecto del parentesco de consanguinidad legítima, como respecto de los consanguíneos ilegítimos (línea recta y hermanos)[*]: la generalidad de los términos empleada en el numeral 9º impone esta solución.

289. 2.º *Afinidad.* — Al tenor del numeral 10º del artículo 140[2], hoy derogado, un hombre no podía casarse con una mujer y después con la hija habida por ésta en un matrimonio anterior, y recíprocamente, una mujer no podía casarse con el padre y después con el hijo; pero el texto no impedía proceder de una manera inversa; un hombre podía primero casarse con la hija y después con la madre, y del

[1] En cuanto á los otros casos de nulidad, como el error acerca de las personas de los contrayentes, no se puede decir que constituyen impedimentos, ya que por su misma naturaleza no pueden conocerse sino después del matrimonio.

[2] Art. 140. El matrimonio es nulo. . . . . :
10.º Cuando se ha contraido entre el padrastro y la entenada, ó el entenado y la madrastra.

propio modo una mujer podía tomar como esposo primero el hijo y luego el padre, pues el texto no prohibía el matrimonio entre el suegro y la nuera, ni entre el yerno y la suegra.

Esto era injustificable, porque si un hombre no puede tomar como segunda mujer la hija de su esposa, natural es también que no pueda casarse en segundas nupcias con la madre de su primera mujer.

Por esto, sin duda, el numeral 10º del artículo 140 fué derogado por el artículo 45 de la Ley 57 de 1887 y reemplazado por el numeral 2º del artículo 13 de la misma ley, que dice :

> El matrimonio civil es nulo :
> 2.º Cuando se ha contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima (art.º 13).

No se explica, sin embargo, por qué se limitó al primer grado el impedimento que resulta de la afinidad en línea recta. De ello se deduce que á un hombre no le es lícito, después de la disolución de su matrimonio, casarse con la madre ni con la hija de su primera mujer, pero sí puede casarse con la abuela ó con la nieta de ésta, porque con ellas se encuentra sólo en el segundo grado de la línea recta de afinidad legítima.

Cierto es que difícilmente se presentarán tales casos. Sin embargo, las cosas más inverosímiles suceden á veces, sobre todo en materia de matrimonios, y aunque las de aquella clase no hubieran de presentarse jamás, basta que sean posibles para que el legislador deba prohibirlos, declarando que la afinidad en línea recta es un impedimento para el matrimonio, en cualquier grado[1].

El artículo 13 de la Ley 57 comprende tanto la afinidad ilegítima como la legítima.

Observamos, además, que en línea colateral la afinidad no es impedimento para el matrimonio. Un hombre puede, por tanto, casarse sucesivamente con varias hermanas, y una

[1] V. Cód. ch., art. 104.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

mujer sucesivamente con dos ó más hermanos, sistema que tampoco está exento de inconvenientes.

290. 3.° *Adopción*. También el parentesco puramente civil que resulta de la adopción constituye un obstáculo para el matrimonio, conforme al numeral 11° del artículo 140 :

ART. 140. El matrimonio es nulo. . . . . :

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 fué esposa del adoptante.

Tampoco es muy severa esta disposición, pues permite el matrimonio entre el adoptante y los hijos del adoptado; entre éste y los hijos legítimos que pueden sobrevenir al adoptante; entre la hija adoptiva y el marido de la madre adoptante; entre el adoptante y el cónyuge del adoptado.

291. B. *Impedimento que resulta de la existencia de un matrimonio anterior*. — La monogamia es un principio absoluto entre las naciones cristianas. El numeral 12° del artículo 140 declara nulo el matrimonio :

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

Esta disposición es de orden público, y, en consecuencia, deberá aplicarse en Colombia á todos los que habiten en territorio de la República. Por otra parte, como el divorcio reconocido por el Código no disuelve el matrimonio, una persona casada no puede contraer vínculo sino después que haya fallecido el cónyuge con quien estaba unida en matrimonio. Al estudiar la ausencia vimos la situación especial que, en materia de matrimonio, puede originarse : prácticamente el matrimonio cuando hay ausencia no es sino un impedimento prohibitivo; la nulidad del matrimonio celebrado por el cónyuge del desaparecido sólo puede pedirse cuando éste reaparezca.

Sección II. — Teoría de las nulidades del matrimonio.

292. Al exponer las condiciones requeridas para la celebración del matrimonio hemos hecho ya la distinción entre las

que impiden celebrarlo pero que no permiten pedir la nulidad del celebrado, y aquellas que no sólo impiden la celebración sino que son causa de nulidad. En el primer caso el impedimento es prohibitivo; en el segundo es dirimente.

Las condiciones sin cuya concurrencia es nulo el matrimonio no tienen todas un mismo efecto jurídico. Algunas son tan necesarias que sin ellas no puede decirse que haya matrimonio : son condiciones que afectan la existencia misma del contrato; otras afectan sólo de una manera más ó menos grave la validez del matrimonio : en el primer caso no hay acto jurídico, en el segundo el acto jurídico existe pero es imperfecto.

Veámoslo por medio de un ejemplo : dos personas se presentan al juez con el objeto de que los case; pero uno de los contrayentes dice *no* en lugar de *sí* : falta el consentimiento de una de las partes, y como el matrimonio es un contrato que se forma por el concurso de la voluntad de ambas, en este caso no ha podido legalmente existir[1]. Al contrario, si se celebra un matrimonio entre dos personas de las cuales una no tiene la edad requerida por la ley, el contrato existe pero falta un requisito para su validez, y con ciertas condiciones, puede pedirse que se declare nulo.

Por lo demás, entre las condiciones cuya ausencia constituye un caso de nulidad debe hacerse otra distinción, pues algunas por su grande importancia engendran nulidades absolutas y otras no producen sino nulidades relativas.

La distinción de nulidades absolutas y relativas resulta de los artículos 145 y 146 : algunas de estas nulidades ó sea las relativas (art. 145), no es posible declararlas sino á petición de ciertas personas, y pueden sanearse por la ratificación expresa ó tácita de las partes; otras, las absolutas, se decretan por el juez á petición de cualquier interesado, y aun de oficio, y no pueden sanearse.

Las nulidades relativas están establecidas por razones de interés privado, las nulidades absolutas miran al interés público.

[1] V., sin embargo, *infra*, n. 301.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

La distinción entre las nulidades absolutas y las relativas resulta, pues, del mismo Código, pero la distinción entre los casos en que no hay matrimonio ó casos de inexistencia, y aquellos en que hay matrimonio nulo ó causales de nulidad, no aparece en aquél, y, en teoría, muchos jurisconsultos no la admiten, y asimilan los casos de inexistencia á los de nulidad absoluta.

293. ¿ Tiene algún interés práctico la distinción de que hablamos?

Con dificultad pueden citarse casos en que el interés práctico de tal división en materia de matrimonio, aparezca claramente. Como tales se enumeran éstos :

1.º Cuando al matrimonio le falta alguna condición necesaria para su existencia, no es necesario que la justicia intervenga para que lo declare; mas si reúne las condiciones de existencia pero no las de validez, si el matrimonio es nulo, es preciso que la justicia declare la nulidad, y mientras tanto el matrimonio existe y produce efectos provisionales. Sin embargo, la diferencia es más teórica que práctica : ya se discuta sobre la inexistencia, ya sobre la nulidad únicamente, la intervención de la justicia es forzosa, sólo que en el primer caso hará constar la inexistencia y en el segundo declarará la nulidad.

2.º En cuanto á los efectos : si no hay matrimonio, no se concibe que produzca efectos, si hay matrimonio nulo, produce efectos provisionales; pero la declaración de la nulidad los hace desaparecer retroactivamente.

3.º Toda persona puede prevalerse de la inexistencia de un acto y, cuando tiene interés en ello, pedir que la justicia la declare. Por el contrario, la mera nulidad no puede ser alegada sino por determinadas personas á las cuales concede la ley tal derecho. Esta diferencia es muy sensible cuando se trata de nulidad relativa, pero ya sabemos que la ley concede á todo interesado la facultad de pedir que se declare la nulidad absoluta.

4.º Cuando falta una condición necesaria para la existencia del matrimonio, no es posible confirmar ni ratificar éste, en tanto que el vicio de que adolece un matrimonio nulo sí se

puede hacer desaparecer mediante la ratificación. Esto es cierto también en cuanto á las nulidades relativas, pero no en cuanto á las absolutas, respecto de las cuales la ratificación no es posible.

Por consiguiente, tratándose del matrimonio, no se nota diferencia práctica entre los casos de inexistencia y los de nulidad absoluta. La división es abstractamente satisfactoria, pero en el fondo es una cuestión de pura terminología. Se puede prescindir de aquella clasificación, conservando la hecha ya de nulidades absolutas y nulidades relativas. Así lo haremos en esta materia, enumerando como nulidades absolutas aun los casos que podrían citarse entre los de inexistencia si se admitiera la división mencionada.

§ 1.º *De la nulidad relativa.*

294. La Ley 57 de 1887 suprimió, como lo hemos visto, las nulidades de que hablaban los numerales 13º y 14º del artículo 140.

El artículo 15 de aquélla dice que no pueden subsanarse las nulidades á que se contraen los numerales 7º, 8º, 9º, 11º y 12º del artículo 140 del Código y el 2º del artículo 13 de la misma ley, que reemplaza el 10º del artículo 140 del Código. Por tanto, estas nulidades son absolutas y no nos quedan por estudiar aquí como relativas otras nulidades que las mencionadas en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 140.

295. Conforme al inciso 1º del

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

Esta fórmula es excesiva, y no conviene en realidad sino á las nulidades absolutas : en caso de nulidad relativa el matrimonio es simplemente anulable; es posible que la nulidad no se alegue por las personas que tienen derecho á ello y posible también que el vicio que la constituye sea saneado, y en tal caso el matrimonio sí produce efectos.

Sea de ello lo que fuere, examinaremos los casos de nulidad relativa, sobre los cuales ocurren numerosas observaciones.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

296. *Primer caso.* — Conforme al numeral 1° del artículo 140, hay nulidad relativa

1.° Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes ó de la de uno de ellos;

¿ De qué clase de error se trata aquí? El Código dice « error acerca de las personas », expresión poco precisa y de interpretación difícil. Nos inclinaremos á creer que se trata de error acerca de la persona física ó de error acerca de la persona civil.

La primera hipótesis, error acerca de la persona física, es casi imposible que se realice : se supone que un contrayente creía casarse con una persona y que otra se ha presentado ante el juez en lugar de la primera. Más práctico, aunque raro también, es el caso de error acerca de la persona civil. Este se verifica cuando un contrayente ha tomado un falso estado civil y el otro conviene en el matrimonio porque cree que aquél tiene verdaderamente tal estado civil. Un ejemplo de dicho caso sería el siguiente : una mujer colombiana y un francés que no se conocen proyectan matrimonio; el francés viene á casarse en Colombia, pero muere en el camino, y un aventurero, sabedor de sus proyectos, se presenta como el cónyuge esperado. El matrimonio se celebra : no hay error acerca de la persona física, puesto que la mujer sí quiso casarse con el hombre con quien compareció ante el juez, pero hay error acerca de la persona civil, puesto que la mujer no se casó con quien pensaba hacerlo.

Tales son los dos casos que pueden citarse en que hay error acerca de la persona, y, por lo mismo, nulidad relativa. El primero casi no puede presentarse, y el segundo ha de ser también rarísimo; pero lo que parece inconcebible es que pueda haber, como lo supone el numeral 1° del artículo 140, error acerca de las personas de ambos contrayentes.

297. Creemos que el error acerca de las personas no puede producir nulidad sino en los dos casos mencionados : error acerca de la persona física, error acerca de la persona civil. Por consiguiente, no hay causal de nulidad en el error acerca

de las cualidades de las personas, por grave que sea tal error, ya sea sobre las cualidades físicas, ya acerca de las cualidades morales. Así, una persona cree casarse con otra de buena salud, y se casa con un elefanciaco; cree casarse con un colombiano y se casa con un inglés; cree casarse con un laico y se casa con un presbítero renegado. En tales supuestos el error es, sin duda, grave, pero no puede afirmarse que haya error acerca de la persona, es decir error acerca de la identidad de la persona; no ha mediado sino error sobre sus cualidades; no será, por sí solo, motivo de nulidad.

298. El artículo 142 indica quién puede ejercitar la acción de nulidad en caso de error acerca de la persona :

ART. 142. La nulidad á que se contrae el número 1° del artículo 140 no podrá alegarse sino por el contrayente que haya padecido el error.

No habrá lugar á la nulidad del matrimonio por error, si el que lo ha padecido hubiere continuado en la cohabitación después de haber conocido el error.

Como se ve, este artículo supone que sólo uno de los contrayentes ha padecido el error; únicamente él puede alegar la nulidad. Por esto y porque el error puede sanearse según lo indica el inciso 2°, la nulidad de que se trata es relativa.

No es muy exacta la expresión « no habrá lugar á la nulidad » empleada en la parte final del artículo : la nulidad sí existió como nulidad relativa, pero no puede alegarse sino inmediatamente después que se ha conocido el error. Por otra parte, la exigencia del inciso 2° es, sin duda, excesiva : muy raro será el caso, sobre todo si se trata de una mujer, en que el cónyuge que ha padecido el error pueda separarse inmediatamente de su consorte : tendrá que avisar á su familia, pedir consejo, y esto requiere algún tiempo, por lo cual hubiera sido muy bueno conceder cierto plazo al cónyuge, á fin de que pueda tomar una decisión y arreglar su nueva vida.

299. *Segundo caso.* — El matrimonio adolece de nulidad relativa al tenor del numeral 2° del artículo 140 :

2.° 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.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

De acuerdo con la legislación francesa, en este caso hay nulidad absoluta, aunque saneable por el transcurso del tiempo, porque la prohibición de casarse antes de cierta edad se ha establecido no sólo en interés de los contrayentes, sí que también por motivo de interés público.

300. El artículo **143** dice quién puede intentar la nulidad y cómo se sanea :

ART. 143. La nulidad á que se contrae el número 2º del mismo artículo 140, puede ser intentada[1] por el padre ó tutor del menor ó menores; ó por éstos con asistencia de un curador para la litis; mas si se intenta cuando hayan pasado tres meses después de haber llegado los menores á la pubertad, ó cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido, no habrá lugar á la nulidad del matrimonio.

Es de observar que esta disposición concede un plazo de tres meses después de que el menor ha llegado á la pubertad para intentar la nulidad : con mayor razón debería concederse un plazo semejante en caso de error acerca de la persona, puesto que la época de la pubertad se conoce de antemano, mientras que el error no puede preverse.

301. *Tercer caso.* — El matrimonio es nulo, según el numeral 3º del artículo **140** :

3.º Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes 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. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.

302. Esta disposición, cuya última parte hemos explicado ya[2], se complementa con la del artículo **144** que determina quién puede alegar la nulidad relativa á que ella se refiere :

ART. 144. La nulidad á que se contraen los números 3º y 4º no podrá alegarse sino por los contrayentes ó por sus padres ó guardadores.

No se señala plazo para ejercitar la acción, de lo cual se deduce que no se sanea por el transcurso del tiempo; pero

[1] Nótese la impropiedad en los términos de este artículo en cuanto habla de nulidad, que puede ser *intentada :* sin duda se quiso decir *alegada*, ó bien que la *acción* de nulidad puede intentarse, etc.

[2] V. n. 238.

siendo relativa la nulidad en que nos ocupamos, puede sanearse por declaración expresa del cónyuge que no prestó su consentimiento.

La disposición según la cual la falta de consentimiento no produce sino nulidad relativa, aunque puedan invocarse en su favor ciertas ventajas prácticas, debe considerarse como grave error jurídico. El Código francés, y con él varios otros, dice, con razón, que en tales casos no hay matrimonio. El matrimonio, ya lo hemos dicho, es un contrato, como lo declara el artículo **113**, contrato que se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de las partes, como formalmente lo declara el legislador en el artículo **115**. Ahora bien, si una de las partes, ó *a fortiori,* ambas, como lo prevé el numeral 3º del artículo **140**, no consienten, el contrato no existe, no hay matrimonio. Este es un caso en que se puede sostener, según queda dicho, que falta un elemento esencial para el matrimonio, de tal suerte que no hay sólo nulidad sino inexistencia, ó por lo menos, si no se admite la distinción entre la inexistencia y la nulidad absoluta, no se puede negar que debería reconocerse esta última clase de nulidad. Contraviniendo al principio fundamental de los contratos, el Código ha establecido aquí que sólo hay nulidad relativa.

303. Los artículos **143** y **144** establecen que las nulidades de que hablan los numerales 2º, 3º y 4º del artículo **140**, pueden alegarlas no sólo los contrayentes sino también sus padres ó guardadores. Sin embargo, el Código Judicial dispone, en su artículo **1410**, que :

Sólo los cónyuges podrán demandar el divorcio y la nulidad de su matrimonio, y no habrá más partes en el juicio que el cónyuge demandante y el cónyuge demandado.

¿ Hay incompatibilidad entre esta disposición y las anteriores?

En la forma sí, pero creemos que pueden conciliarse. Natural es que sólo los cónyuges intervengan en el juicio de nulidad relativa cuando son capaces; pero si fueren incapaces, necesariamente han de ser representados por sus padres ó guardadores, so pena de llegar á la conclusión de que nadie

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

podría pedir, en este caso, la nulidad relativa, y aunque los representantes legales figuren en el juicio, siempre será cierto que sólo el incapaz se considerará como parte en él. Además, el texto del Código Judicial no se puede aplicar literalmente; no distingue entre las nulidades, y ¿ quién sostendrá que sólo los cónyuges pueden demandar la nulidad absoluta?

304. *Cuarto caso.* — El numeral 4º del artículo 140[1] fué derogado por la Ley 57 de 1887 y reemplazado con el numeral 1º del artículo 13 de la misma ley, que dice que el matrimonio civil es nulo :

1.º Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes.

Observamos, que la sustitución de un texto por el otro no tiene razón de ser, puesto que son idénticos : en el proyecto de la ley reformatoria, se introducía una modificación que no fué adoptada.

¿Quién puede, invocar la nulidad á que se contrae el numeral 4º? Ya lo dejamos indicado al explicar el artículo 144, que comprende este caso y el anterior.

305. No habiéndose indicado tampoco aquí plazo dentro del cual pueda ejercitarse la acción de nulidad, parece claro que el transcurso del tiempo no bastará para sanearla. Pero ¿podrá sanearse por la ratificación expresa de las partes? Implícitamente puede deducirse eso del artículo 146. Además, como la nulidad relativa se ha establecido en el interés privado de las personas á quienes se concede el derecho de invocarla, tal derecho, conforme á los principios generales, puede renunciarse; pero en el caso actual, el vicio no se entenderá purgado sino mediante la renuncia de todos los que tienen derecho de alegarlo.

306. ¿Á qué casos se aplicará exactamente la disposición del numeral 4º?

En primer lugar, supongamos que el matrimonio no haya sido celebrado ante el juez, sino ante un individuo cualquiera que no tuviese tal carácter. En ese evento creemos que no se aplicaría la disposición, porque sería imposible decir que el

[1] Art. 140. El matrimonio es nulo . . . . . :
4.º Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes.

matrimonio no quedaba afectado sino de nulidad relativa, pues en realidad no habría sino un simulacro de contrato.

En consecuencia, el numeral á que nos referimos no se aplicará sino al caso en que el matrimonio haya sido celebrado por un juez no competente, por no ser el del distrito de la vecindad de la mujer, ó por un juez competente, pero sin testigos, ó con testigos que no tuvieran las cualidades requeridas.

Por tanto, las causales de nulidad establecidas en la disposición que comentamos son : la incompetencia del juez, la falta de testigos y la inhabilidad de los mismos.

En cuanto al primer punto, quizá hubiera sido más lógico decir que la nulidad era absoluta : la competencia del juez no se exige tanto en favor de las partes como por motivos de interés público : poco importa á los contrayentes que sea un juez ú otro quien los case.

Por lo que respecta á los testigos, nos parece muy severo el Código. Es exagerado anular un matrimonio porque uno de los testigos no reúna las condiciones exigidas por la ley, por ejemplo, por que no tenga sino diez y siete años y medio, en vez de diez y ocho, ó porque sea chileno no domiciliado, en lugar de ser colombiano, circunstancias que pueden ignorarse. Bastaría que la falta de semejante condición constituyera impedimento prohibitivo.

Como quiera que sea, resulta del numeral transcrito que las únicas condiciones exigidas so pena de nulidad, en cuanto á la celebración del matrimonio, son la competencia del juez, la presencia y la habilidad de los testigos.

307. La dificultad estriba en saber lo que el legislador quiso decir con la expresión « celebrado ante el juez », etc. ¿Cuáles son los elementos esenciales de la celebración, sin los cuales no puede decirse que el matrimonio se ha celebrado? Creemos que son estos : 1º presencia de las partes (ó del apoderado del marido, y de la mujer) ante el juez y los testigos; 2º manifestación de su consentimiento hecha ante éstos por las partes; 3º redacción del acta. En teoría este tercer elemento no es esencialmente necesario, puesto que la redacción del acta tiene por fin sobre todo establecer la prueba del ma-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

trimonio, cuestión distinta de la existencia; pero como el artículo 135 lo exige para la *perfección* del matrimonio, se entiende que sin ello no se ha celebrado el contrato. Por el contrario, creemos que si el juez prescinde de leer los artículos indicados en el 135, tal omisión no afecta en nada la validez del matrimonio.

308. Si el matrimonio se celebra ante el juez y los testigos competentes, no hay otra formalidad cuya omisión sea causa de nulidad, aunque consista en dejar de fijar los edictos de que hablan los artículos 130 y 131, ó en celebrar el matrimonio antes de resolver una oposición debidamente presentada.

Esto es consecuencia necesaria del principio fundamental establecido en el artículo 147 y en el 16 de la Ley 57 de 1887, es decir, que no hay otras causales de nulidad del matrimonio que las enumeradas en el artículo 140 del Código y en el 13 de la dicha Ley 57 [1].

Sin embargo, el artículo 115 presenta una solución contraria diciendo, como se ha visto, que no producirá el matrimonio efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniere á las formas, solemnidades y requisitos establecidos en el Código.

Según esto, el matrimonio sería nulo y nulo de nulidad absoluta, por el solo hecho de que se hubiera omitido el menor requisito, cualquiera formalidad de lo que previene el Código. En consecuencia, el matrimonio sería nulo si el edicto de que habla el artículo 130 hubiera sido fijado sólo por tres días, si el juez hubiera olvidado mencionar algún artículo de los que tiene que leer, etc.

Por fortuna, en presencia del artículo 147 del Código y del 13 de la Ley 57 posterior al 115, éste no es aplicable en materia de nulidad.

309. *Quinto caso*. — En éste reunimos las hipótesis de los numerales 5º y 6º del artículo 140 por referirse ambos al vicio del consentimiento que resulta de la violencia.

Según la primera parte del numeral 5º, el matrimonio es nulo :

[1] V. *infra*, n. 318.

5.º 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.

Observamos, en primer lugar, que los términos de la disposición son poco claros, pues la fuerza es un hecho exterior ajeno al contrayente y el miedo un sentimiento de él, aunque las más de las veces la fuerza sea lo que produzca el miedo, caso á que únicamente se refiere el texto; al emplear la palabra *fuerza*, se aprecian las cosas desde el punto de vista objetivo, y con la expresión miedo desde el punto de vista subjetivo; y, sin embargo, el legislador parece tomar esas dos expresiones como sinónimas, puesto que dice : « la fuerza ó miedo no *será* causa », mientras que si no las hubiese tomado así, habría dicho : la fuerza ó *el* miedo no *serán* causa. Sea de ello lo que fuere, creemos que el legislador no habla aquí de violencia física, concomitante al acto que difícilmente se concibe en el matrimonio, puesto que se celebra en presencia del juez, sino de toda violencia ya física, ya moral, que se ejerza anteriormente sobre una parte, de manera que produzca en ella miedo que vicie su consentimiento. Basta, pues, que éste no sea completamente libre, que haya sido determinado por una influencia exterior, pero influencia ilegítima, tal como amenazas, malos tratamientos, etc. Por lo demás, los jueces tendrán cierta libertad de apreciación para decidir si el consentimiento ha sido alterado de una manera suficiente ó no para viciarlo.

310. El mismo numeral 5º del artículo 140 señala en su segunda parte el modo de sanear la nulidad relativa que resulta del vicio del consentimiento :

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.

Es de observar que el legislador dice aquí que la cohabitación, por poco que ella dure, después que el contrayente ha recuperado su entera libertad, basta para validar el matrimonio. Pero tal disposición ha sido corregida y completada por la del artículo 145, que adelante reproducimos, y

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

que concede á la víctima, en caso de vicio del consentimiento, un plazo de tres meses para reflexionar, cosa que confirma lo que hemos dicho anteriormente sobre el término prudencial que debería concederse á la víctima de un error acerca de la persona.

311. El numeral 6º del artículo 140 se refiere á una hipótesis particular de violencia :

6.º 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;

Quizá la regla general habría sido suficiente puesto que comprende también este caso. Para justificar la existencia de esta disposición especial al lado de la anterior, se dirá que merced á ella no tiene que probarse directamente el vicio del consentimiento sino el rapto, pero en realidad, la disposición general permitía llegar al mismo resultado.

312. El artículo 145 indica quién puede pedir la nulidad en estos casos y cómo se sanea aquélla :

Art. 145. Las nulidades á que se contraen los números 5º y 6º no podrán declararse sino á petición de la persona á quien se hubiere inferido la fuerza, causado el miedo ú obligado á consentir.

No habrá lugar á la nulidad por las causas expresadas en dichos incisos, si después de que los cónyuges quedaron en libertad, han vivido juntos por el espacio de tres meses, sin reclamar.

La regla anterior, como lo hemos observado, complementa el numeral 5º y lo corrige en la parte final, pero hay falta de método en tratar en dos artículos la misma cuestión.

312 *bis*. Finalmente ha de advertirse que, aunque los matrimonios que contraigan los católicos deben celebrarse de acuerdo con las disposiciones del Concilio de Trento para el matrimonio religioso, si un católico logra que el juez lo case civilmente, dicho matrimonio no será nulo, pues, según el artículo 16 de la Ley 57 de 1887, no hay otras causas que invaliden el contrato matrimonial que las enumeradas en el artículo 140 del Código y en el 13 de aquella ley. Sólo un matrimonio posterior celebrado católicamente puede disolver

el civil primeramente contraído, según se ha visto en el artículo 34 de la Ley 8ª de 1888[1].

§ 2.º *De las nulidades absolutas.*

313. Las nulidades absolutas son aquellas que se fundan en razones de orden público, de interés social, pueden invocarse por cualquier interesado y no se sanean ni por ratificación ni por el transcurso del tiempo.

314. Según el artículo 15 de la Ley 57 de 1887, que sustituye al 146 del Código, hoy derogado[2].

Las nulidades á que se contraen los números 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del artículo 140 del Código y el número 2º del artículo 13 de esta Ley, no son subsanables, y el juez deberá declarar, aun de oficio, nulos los matrimonios que se hayan celebrado en contravención á aquellas disposiciones prohibitivas (art. 15).

Esta disposición modifica acertadamente el artículo 146, según el cual podían dichas nulidades sanearse por un lapso de tiempo de veinte años, solución contraria á principios cardinales de derecho, y que, en la mayor parte de los casos, habría sido de aplicación imposible, pues es claro que si el matrimonio se celebró, por ejemplo, entre dos personas del mismo sexo, no se validaría ni aun por el indefinido transcurso del tiempo. Con el artículo 146, sí había lugar á distinguir los casos de inexistencia de los de nulidad absoluta; solo respecto de los últimos habría podido aplicarse la regla que criticamos.

315. *Primer caso*. — Matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice. Este caso lo establece el numeral 7º del artículo 140 que declara nulo el matrimonio

7.º Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre

[1] V. *infra*, n. 318.

[2] Art. 146. Las demás nulidades de que habla el artículo 140, son absolutas; el juez debe declararlas aun de oficio y no pueden sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor de veinte años.

Las nulidades de que tratan los incisos 13º y 14º no se declaran de oficio, y admiten ratificación del acto después de pasados cinco años.

La nulidad en el caso de bigamia no admite ratificación mientras subsista el vínculo anterior.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio.

Parece que hubiera sido suficiente no reconocer en tal caso como en el del numeral 8°, sino un impedimento prohibitivo ¿Por qué se prohibe el matrimonio de la mujer adúltera y su cómplice? Porque el legislador no quiere que la mujer adúltera tenga la esperanza de regularizar esta unión criminal con un segundo matrimonio. Esta razón justifica muy bien que el adulterio constituya impedimento prohibitivo para que se case con su cómplice la mujer divorciada en los países en donde el divorcio disuelve el matrimonio, pero el divorcio que disuelve el vínculo conyugal no existe en Colombia.

Puede decirse que la disposición de la ley no basta para detener en sus relaciones ilícitas á los culpados, y que, una vez contraído el matrimonio, es grave anularlo; el escándalo que resulta de la anulación es mucho mayor que el que puede causar el matrimonio de la mujer adúltera, que ha enviudado, con su cómplice : es de temerse, además, que sigan en una unión irregular más escandalosa aún que el matrimonio.

316. *Segundo caso.* — Conforme al numeral 8° del artículo 140, el matrimonio es nulo,

8.° Cuando uno de los contrayentes ha matado ó hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior ;

Esta disposición tiene por objeto incapacitar en absoluto para el matrimonio al cónyuge que haya dado muerte ó hecho matar á su consorte; pero si el segundo cónyuge procede con conocimiento de causa, y con toda evidencia no tuvo parte en la muerte del primero, quizá no se justifica la disposición, á lo menos en el puro derecho civil. Se comprendería que el cónyuge del culpado tuviera el derecho de pedir la anulación del matrimonio si no conocía el crimen; pero el mismo motivo no existe si se ha casado á sabiendas, y en todo caso es chocante que el culpado mismo pueda invocar la nulidad.

316 *bis*. *Tercer caso.* — Es asimismo nulo el matrimonio,

de nulidad absoluta, en el caso de incesto, de lo cual hablan los numerales 9° y 11° del artículo 140 del Código, que hemos explicado atrás, y que se refieren á los parentescos de consanguinidad ó de afinidad y á la adopción.

317. *Cuarto caso.* — La nulidad absoluta que resulta de la bigamia la consagra el numeral 12° del artículo 140, que dejamos transcrito.

La cuestión más importante en esta hipótesis es la de saber quién puede pedir la nulidad del matrimonio.

Ya hemos contestado á esta cuestión en el caso de que exista un cónyuge ausente. Fuera de este evento, el derecho de pedir la nulidad corresponde á todo interesado, y el juez debe declararla aun de oficio, por ministerio del artículo 15 de la Ley 57 de 1887.

318. Tales son los casos de nulidad absoluta del matrimonio, y la enumeración de ellos es limitativa, así como la de los de nulidad relativa. En materia de matrimonio no hay nulidades virtuales, según resulta del artículo 16 de la Ley 57 de 1887, que reemplaza al 147 del Código [1].

Fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el artículo 140 del Código y en el 13 de esta Ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial. Las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán á los culpables á las penas que el Código Penal establezca (art. 16) [2].

Principio de grande importancia es éste, del cual hemos hecho ya varias aplicaciones [3]. Sin embargo, no hay que exagerar el alcance del artículo. No puede referirse sino á las disposiciones anteriores á él; si una ley posterior establece nuevos casos de nulidad, el texto que estudiamos no será motivo para dejar de aplicar la nueva disposición; lo que sí deberá exigirse es que se haya decretado formal y terminantemente la nulidad.

319. Al tenor del artículo 1408 del Código Judicial :

[1] Art. 147. Fuera de las causas enumeradas en el articulo 140, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial : las demás faltas que en su celebración se cometan, sujetarán á los culpables á las penas que el Código Penal establezca.

[2] V. los articulos 439 á 450 del Código Penal.

[3] V. nos 312 *bis* y 308.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Los casos de divorcio ó de nulidad de matrimonio se calificarán y apreciarán según las leyes sustantivas nacionales.

Sin embargo, todo caso de separación de los cónyuges por divorcio ó nulidad se decidirá en los territorios cedidos ó que se cedan á la Nación, con arreglo á las leyes del Estado á que antes pertenecía el Territorio respectivo, si con arreglo á esas mismas leyes fué celebrado el matrimonio de que se trata.

Los matrimonios celebrados en cualquier Estado que no sea aquél á que antes pertenecía un Territorio, pueden ser en éste anulados, y los cónyuges separados por divorcio, por las causas que autorizan la disolución [1] y el divorcio, según las leyes del Estado donde se contrajo el matrimonio.

La disposición del inciso anterior es aplicable á los matrimonios contraídos en país extranjero, y respecto de los cuales se pida la nulidad ó el divorcio en alguno de los Territorios nacionales.

La existencia de las leyes que deban aplicarse, en los casos de los tres incisos anteriores, deberá probarse en el juicio con copia anténtica de las disposiciones que se aleguen, expedida por el Poder Ejecutivo ó el Tribunal superior de la respectiva Nación ó Estado, y certificación de los mismos sobre su vigencia á tiempo de celebrarse el matrimonio.

Reduciendo á términos más sencillos las varias hipótesis á que el artículo se refiere, diremos que éste consigna en materia de nulidades, el principio general de que todo caso de nulidad del matrimonio se decidirá según las leyes vigentes en el tiempo y en el lugar donde el matrimonio se contrajo, y por las causas que ellas establecían [2].

Natural es que así se resuelva, puesto que siendo el matrimonio civil un contrato, y fundándose la nulidad que puede afectarlo en la inobservancia de un texto legal determinado, que no puede ser otro que el vigente en la época y en el lugar de la celebración, el texto violado y sólo ese, debe aplicarse para apreciar la existencia y la naturaleza de la nulidad alegada.

Sin embargo, como las disposiciones de orden público prevalecen, no podrá aplicarse en materia de nulidades de matrimonios una legislación distinta de la que hoy rige en Colombia en lo que dicha legislación sea contraria al orden

[1] El término *disolución* se ha empleado aquí impropiamente; el matrimonio anulado se reputa no haber existido nunca. La nulidad no figura, y con mucha razón, entre las causas de disolución del matrimonio. — Otra cosa sucede respecto del divorcio *a vinculo* de las legislaciones que lo reconocen.

[2] G. J. V, 60, 2.

social ó á las buenas costumbres. Así, no podría, por ejemplo, en virtud de las disposiciones de una ley extranjera, anularse el matrimonio contraído entre un blanco y una mujer negra ó entre un hombre libre y una esclava, y sólo por esos motivos, pues en Colombia es de derecho público la igualdad de las personas ante la ley [1].

§ 3.º *De los efectos de la declaración de nulidad y de los matrimonios putativos.*

320. Cuando se declara nulo un matrimonio, deja de producir efectos en lo futuro, como dice el

ART. 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.

Aunque el legislador no hubiese dicho que el matrimonio declarado nulo deja de producir efectos, no habría duda posible sobre el particular. Es también una consecuencia de los principios generales, aunque menos notoria, que el contrayente de mala fe tenga obligación de indemnizar al otro del perjuicio que le haya ocasionado, y así lo prescribe la parte final del artículo. Según el texto, tales perjuicios deben estimarse bajo juramento. ¿Con juramento de quién? de la parte perjudicada, sin duda, puesto que en otros lugares el Código establece una regla semejante [2].

Este sistema nos parece contrario á los principios cardinales en materia de pruebas. Á quien pretende haber sido perjudicado toca probar la existencia y la cuantía del perjuicio, y esta prueba tiene que producirse en primer lugar por los medios ordinarios, por escrito ó por testigos; la prueba por juramento no ha de admitirse sino á falta de otras, y se comprende cuando se trata de la existencia ó inexistencia de un hecho que únicamente conoce la parte que jura. En tal

[1] En cuanto á lo dispuesto en el inciso final del artículo 1408, V. *suprà*, n. 119.

[2] V. art. 512.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

caso hay muchas probabilidades de que no falte á la verdad. Pero cuando se trata de una estimación de perjuicios, estimación más ó menos elástica, que varía muchísimo, según el criterio de las personas, sin que pueda decirse que se perjuran, nos parece muy peligroso conformarse con las apreciaciones de la parte interesada. Un individuo es siempre mal juez en su propia causa; el hombre se inclina por naturaleza á exagerar sus derechos. Una persona honrada puede muy bien, sin perjurarse y de buena fe, sostener pretensiones que, á otra desinteresada en el asunto, le parezcan exorbitantes. No habría, pues, motivo fundado para introducir en este caso excepciones á la regla general en materia de pruebas.

321. El matrimonio anulado deja de producir efectos para lo futuro; pero además por la declaración de nulidad se extinguen retroactivamente todos los que hasta entonces pudo producir : se considera que los contrayentes no han sido nunca casados. En consecuencia, los actos jurídicos que hayan podido ejecutar en consideración al matrimonio, es decir, bajo la condición expresa ó implícita del matrimonio, quedan también anulados. Tales son las donaciones hechas por un cónyuge al otro (art. **1846**).

322. Por otra parte, en virtud del efecto retroactivo de la declaración de nulidad, se desprende que no pudo haber sociedad conyugal entre los contrayentes. Por tanto, las capitulaciones matrimoniales no producen efecto, ni tampoco las reglas generales sobre la sociedad conyugal. Sin embargo, hubo comunidad de bienes entre los contrayentes, y es necesario liquidar esta comunidad. Los pretendidos cónyuges han podido comprar y vender conjuntamente. ¿Conforme á qué reglas se hará la liquidación de los bienes respectivos?

El artículo **151** nos dice que en la sentencia misma en que se declare la nulidad de un matrimonio se determinará la restitución de los bienes traídos á él; pero no se indican las reglas conforme á las cuales debe procederse :

ART. 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 contribuír 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.

Es posible que para entonces no existan los bienes íntegramente, ó que, al contrario, se hayan aumentado ¿quién sufrirá la pérdida en el primer caso? ¿cómo se repartirá le aumento en el segundo? Esto puede dar lugar á muchas dificultades.

Como se considera que los contrayentes no han sido casados, la comunidad de bienes habida entre ellos, no tiene el carácter de comunidad conyugal, sino el de sociedad de hecho, constituída por personas que, sin haber sido casadas, han puesto sus bienes en común, confiriendo la administración á una de ellas.

323. El artículo **151** es injustificable en cuanto establece que « 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 », pues es contrario á todas las reglas de la competencia que un juez en materia civil que conoce de la nulidad de un matrimonio, sea quien *ordene* el enjuiciamiento y pronto castigo de los que hayan cometido faltas al contraer aquél.

El juez en lo civil no es quien ha de dar *órdenes* á los jueces en lo criminal. Conforme al artículo **11** de la Ley **100** de **1892**, debe darse vista á los agentes del Ministerio público « en los negocios civiles entre particulares, cuando la decisión que ponga fin al asunto, dependa principalmente de la apreciación de la prueba del estado civil de las personas ». Pudiera dudarse si esta disposición legal será aplicable al caso á que nos referimos, y hubiera sido mejor decir, como se ha hecho en Francia, que el Ministerio público será oído en todo juicio en que se dispute el estado civil de las personas; en tal caso, si al fiscal le parece que hay lugar á la investigación criminal, á él tocará promoverla. Creemos que la misión del juez en lo civil se reduce en este supuesto á denunciar el hecho al juez de lo criminal,

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

transmitiéndole copia de la sentencia en que se anule el matrimonio, para que él aprecie si hay ó no lugar á iniciar sumario para exigir la responsabilidad de los culpados.

En resumen, puede decirse que el resultado ordinario de la declaración de nulidad del matrimonio es que éste deja de producir efectos para lo futuro, y que se destruyen los anteriormente producidos.

324. Esta regla general, aplicación del principio « *Quod nullum est, nullum producit efectum* », sufre algunas excepciones, y el matrimonio á pesar de ser nulo, tiene ciertos efectos en favor del cónyuge de buena fe, pues no hubiera sido justo eliminar completamente los efectos de un matrimonio cuando alguno de los cónyuges lo ha contraído creyendo que era válido. Por esto se ha hecho excepción á la regla de la lógica jurídica, admitiendo que un acto nulo produce ciertos efectos.

En tal caso se dice que hay matrimonio *putativo*[1], es decir, matrimonio que uno de los cónyuges ó ambos consideraban válido. Etimológicamente no hay matrimonio putativo sino en caso de que uno, por lo menos, de los contrayentes haya procedido de buena fe. Tal es el lenguaje empleado en el derecho canónico, del cual viene la teoría del matrimonio putativo. Pero no es ésta la terminología de la legislación colombiana. El artículo 51 del Código y el 6º de la Ley 57 de 1887 que lo subroga, definen los hijos legítimos diciendo que son « los concebidos durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres, que produzca efectos civiles y los legitimados por el matrimonio de los mismos posterior á la concepción ». Por su parte el artículo 149 dice :

> Art. 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 no, serán del que los tenga.

[1] Del latín *putare*, reputar, pensar, creer.

De las disposiciones legales transcritas resulta que el matrimonio nulo, aunque se haya contraído de mala fe por ambos cónyuges, produce efectos respecto de los hijos, y se llama, aun en tal caso, putativo. Todo matrimonio nulo es por consiguiente putativo en la terminología de la legislación colombiana, á lo menos cuando hay hijos. Sensible es que el legislador se haya apartado así de la teoría tradicional, respetada por el Código de Chile en sus artículos 179 (inc. 2º) y 122.

Sea de ello lo que fuere, respecto de los hijos el matrimonio es siempre putativo, es decir, que produce efectos. Los hijos son legítimos y tienen como tales derecho á la sucesión de sus padres.

Este texto relaja profundamente el principio de que un acto jurídico nulo no produce efectos. La excepción introducida es general y absoluta, y acarrea consecuencias sin duda no previstas por el legislador. El artículo 149 declara que los hijos de un matrimonio nulo son legítimos, sin restricción de ninguna clase, y de ello resulta que tienen derecho de sucesión respecto de sus padres y de los parientes de éstos, derechos que necesariamente son recíprocos, de tal modo que los contrayentes pueden suceder como padres legítimos, aunque ambos hayan obrado de mala fe, con lo cual acontecerá á veces que uno de los contrayentes recoja la fortuna del otro, pues basta suponer que uno de ellos muera antes que los hijos y éstos antes que el otro de sus padres. Un resultado así repugna, sobre todo si se trata de ciertos matrimonios nulos que constituyen verdaderos crímenes, como la bigamia y el incesto.

Para justificar el artículo 149, se dirá quizá que las faltas de los padres no deben purgarlas los hijos; pero este argumento, por probar demasiado, no prueba nada. Es aplicable en efecto aun á los hijos habidos fuera de matrimonio. Sin embargo, á éstos no se les reconocen la calidad ni los derechos de hijos legítimos, y ello no para castigarles por una falta, que no cometieron, sino para favorecer el matrimonio. No se comprende cómo la ley trata mejor á los hijos nacidos de un matrimonio criminal, por ejemplo de un matri-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

monio entre hermano y hermana, contraído á sabiendas, que á los hijos simplemente ilegítimos.

Tales son los efectos del matrimonio nulo en las relaciones de padres ó hijos.

325. En lo que toca á los efectos entre cónyuges, es necesario, para que se produzcan, que exista el matrimonio putativo en el sentido etimológico y tradicional de la palabra, es decir, matrimonio contraído de buena fe, y aun en tal caso no hay otro efecto que el indicado en el

ART. 150. Las donaciones y promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán, no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio[1].

¿Cuándo podrá decirse que el matrimonio se ha contraído de buena fe? Hay buena fe en el matrimonio cuando el contrayente ha padecido error, cuando ha ignorado la causa que lo invalidaba. La dificultad está en saber si basta un error de derecho para que haya buena fe, ó si ella no puede fundarse en el error de hecho.

Existe error de hecho cuando se ignora la circunstancia misma que es causa de la nulidad, como cuando un contrayente es ya casado y el otro lo ignora. Hay error de derecho cuando se conoce el hecho mismo, pero se ignora que en derecho constituya causa de nulidad; tal sería la nulidad del numeral 8º del artículo 140 : un contrayente ha dado muerte á su primer cónyuge, é ignora que éste sea impedimento para un matrimonio posterior.

Á pesar del principio de que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (art. 9º), nos inclinamos á creer que el error de derecho, como el error de hecho, debería bastar para constituír la buena fe, en esta materia. En los casos ordinarios la ley se aplica sin que se tengan en cuenta las ideas ni las preocupaciones de los individuos, y esto se justifica perfectamente; pero aquí el legislador mismo es quien se refiere al estado del espíritu de las partes. Examinadas las cosas desde el punto de vista subjetivo, es claro que el contrayente es tan excusable en caso de error de derecho como en caso

[1] Cód. ch., art. 122, inc. 2.º

de error de hecho; en ambos obra de buena fe. Tal es la solución admitida por la doctrina y por la jurisprudencia francesas, pero el inciso 4º del artículo 768 del Código colombiano establece terminantemente que « el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario ». Es de advertir, sin embargo, que este texto se refiere á la posesión, para calificarla, por lo cual es de dudarse si se puede extender al derecho de las personas.

326. Para terminar la materia de las nulidades del matrimonio, no tenemos que indicar sino las disposiciones de las leyes posteriores al Código sobre matrimonio religioso. Los artículos 17 de la Ley 57 y 51 de la Ley 153, ambas de 1887, confirmados más tarde por el 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) establecen el principio de que los tribunales eclesiásticos sean los que conozcan de los juicios de nulidad de los matrimonios católicos, los cuales naturalmente aplicarán las leyes canónicas, y que la sentencia produce los mismos efectos civiles que una sentencia del juez en cuanto al matrimonio civil. Esta disposición es complemento necesario de la que admite que el matrimonio católico produce los mismos efectos que el civil :

La nulidad de los matrimonios católicos se rige por las leyes de la Iglesia, y de las demandas de esta especie corresponde conocer á la autoridad eclesiástica. Dictada sentencia firme de nulidad por el Tribunal eclesiástico, surtirá todos los efectos civiles y políticos, previa inscripción en el correspondiente libro de registro de instrumentos públicos (art. 17, Ley 57 de 1887).

De los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, conocerán, exclusivamente, los Tribunales eclesiásticos, con arreglo á las leyes canónicas, y la sentencia firme que recaiga producirá todos los efectos civiles, con arreglo á lo dispuesto en la Ley 57, artículos 17 y 18 (art. 51, Ley 153 de 1887).

Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran á la validez de los esponsales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el Poder Civil (art. 19, Ley 35 de 1888).

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

TÍTULO VI.º

De la disolución del matrimonio.

327. Este título no contiene sino un artículo, el 152, que no necesita largos comentarios :

ART. 152. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges [1].

Ya hemos visto la aplicación de este texto al hablar de la teoría de la ausencia : por larga que sea, la ausencia no disuelve el matrimonio, y no permite al cónyuge del ausente volver á casarse. El matrimonio es un contrato vitalicio ; no puede disolverse durante la vida de los esposos, cualquiera que sean las faltas y aun los crímenes que cometa uno de ellos; solamente hay lugar, en ciertos casos, al divorcio, que, en el sistema del Código, no destruye el vínculo conyugal, según vamos á verlo en el título siguiente.

TÍTULO VII.º

Del divorcio, sus causas y efectos.

328. Este título se divide en el Código en tres parágrafos, de los cuales el primero tiene como rúbrica *del divorcio*, el segundo *causas del divorcio*, y el tercero *efectos del divorcio ;* estas tres rúbricas reunidas forman la general del título, cosa perfectamente lógica; pero al leer los parágrafos indicados se observa que el 1º no contiene sino un artículo en el cual se expresa el efecto principal del divorcio, de tal suerte que quizá estaría mejor colocado á la cabeza del parágrafo 3º; que el 2º trata no sólo de las causas de divorcio, sino también de la demanda de divorcio, de las providencias que hay que tomar durante el juicio respectivo y de la reconciliación entre los cónyuges. Asimismo, en el parágrafo 3º se trata no simplemente, como lo anuncia la rúbrica, de los efectos del divorcio, sino también de los efectos de la reconciliación.

Tenemos, pues, que adoptar una división distinta de la del Código, y trataremos la materia del divorcio en cuatro capítulos, así : 1º, del divorcio en general y sus causas; 2º, de la demanda de divorcio; 3º, de los efectos del divorcio, y 4º, de la reconciliación y sus efectos.

[1] Cód. ch., art. 123, inc. *1.º*

CAPÍTULO I.º

DEL DIVORCIO Y SUS CAUSAS.

329. En derecho romano se consideraba el divorcio como medio de disolver el matrimonio, ya por voluntad de uno de los cónyuges (repudio), ya por consentimiento mutuo. En ciertos países, como en Francia, se admite el divorcio, por causas determinadas, y con el carácter que tenía en derecho romano, es decir, como modo de disolver el vínculo. No es este el punto de vista del derecho canónico, conforme al cual con el divorcio no se hace otra cosa que conceder á los cónyuges la facultad de suspender la vida común á que están obligados. También existe en Francia esta forma de divorcio, único reconocido por la Iglesia para los católicos, pero, para distinguirlo del divorcio propiamente dicho, se denomina separación de cuerpos, designación que tiene la ventaja de indicar bien el carácter de esta institución.

El divorcio, tal como está reglamentado por el Código colombiano, no es otra cosa que el divorcio canónico, muy distinto del romano y del que admiten ciertas legislaciones actuales. Aquél puede definirse como « el estado de dos cónyuges que, aunque permanecen unidos por el matrimonio,

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

han alcanzado de la justicia dispensa de la vida común y de las obligaciones consiguientes ».

Por tanto, el divorcio no puede originarse de la voluntad de uno de los cónyuges, ni del acuerdo de ambos : tiene que ser decretado por la justicia, en virtud de una causa legal determinada.

330. Conforme al

ART. 154. Son causas de divorcio :
1.ª El adulterio de la mujer;
2.ª El amancebamiento del marido;
3.ª La embriaguez habitual de uno de los cónyuges;
4.ª 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.
5.ª Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos peligra la vida de los cónyuges, ó se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

En cuanto á este último caso, sobre todo, es obvio que el juez tendrá cierta libertad de apreciación. Á la jurisprudencia corresponde determinar cuáles son los ultrajes y maltratamientos que pueden considerarse como incompatibles con la paz y el sosiego domésticos[1].

Por lo que hace á la primera de las causales mencionadas, ó sea el adulterio de la mujer, conviene observar que en otras legislaciones se establece que el adulterio da lugar al divorcio, ya sea cometido por la mujer, ya lo cometa el marido. La diferencia que á este propósito hace el Código colombiano se justifica porque las consecuencias sociales y las que se producen en el hogar de los cónyuges no son iguales en uno y otro caso. Aparte de que la infidelidad del marido no arruina la honra de la mujer, el adulterio de ésta puede hacer que nazcan hijos que lleven indebidamente el nombre del esposo ultrajado y que ejerciten los derechos de hijos legítimos, cosas que no suceden cuando quien comete el adulterio es el marido.

331. Fuera de las causas ya mencionadas que autorizan el divorcio, hay otras indicadas por el artículo 155, que permiten obtener del juez la suspensión del deber de cohabitar, pero que dejan subsistir las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado :

[1] V. G. J. IV, 268, 1.

ART. 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.

Existen, pues, dos clases de separación de cuerpos : el divorcio ordinario, que no sólo suspende la obligación de cohabitar, sino que produce otros efectos accesorios, como la separación de bienes, la cesación de la obligación de prestar alimentos, por lo menos respecto de la mujer que dió causa al divorcio, etc., y la separación de que habla el artículo 155, en virtud de la cual únicamente se suspende la obligación de cohabitar.

Además, según el inciso 2º del artículo 178, cesa el derecho que tiene el marido para obligar á su mujer á vivir con él, cuando su ejecución acarrea peligro inminente á la vida de la mujer, lo que constituye otro caso en que desaparece respecto de la mujer la obligación de cohabitar. Cuando esto sucede, parece que sólo hay lugar á suspender aquella obligación, como en los casos del artículo 155; pero ya hemos visto que cuando está en peligro la vida de un cónyuge con motivo de ultrajes, trato cruel y maltratamientos del otro, puede decretarse el divorcio.

332. ¿Cuál es la utilidad práctica de la disposición del inciso 2º del artículo 178, en vista de las consagradas anteriormente en los artículos 154 y 155?

Creemos que dicha utilidad es la siguiente : en tesis general, el marido puede constreñir á su mujer á vivir con él hasta que ella presente una demanda de divorcio. Es posible que la mujer cuya vida está en peligro en casa de su marido no demande inmediatamente el divorcio. El artículo 178 le permitirá oponer una excepción á la demanda del marido que quiera obligarla á habitar en el domicilio conyugal. Le bastará demostrar que su vida corre peligro,

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

mientras que sin el artículo 178 la mujer no tendría otro recurso que introducir demanda de divorcio ó de simple separación.

En resumen, la mujer no puede obtener excusa de cohabitar en los casos de los artículos 154 y 155 sino por vía de *acción :* en el caso del artículo 178 puede obtenerla también por vía de *excepción* para impugnar la demanda del marido en la cual solicite que se la obligue á volver al domicilio conyugal. Además, podemos observar desde ahora que la obligación de cohabitar con el marido no tiene sanción directa.

CAPÍTULO II.º

DEMANDA DE DIVORCIO.

333. Dos cuestiones tendremos que estudiar en este capítulo : 1ª introducción de la demanda de divorcio; 2ª efectos provisionales de la demanda de divorcio.

1ª *Introducción de la demanda de divorcio*. — La demanda de divorcio tiene que presentarse necesariamente por uno de los cónyuges; esta es cuestión enteramente personal de ellos. El derecho de pedir el divorcio es un derecho vinculado á la persona; no pueden ejercerlo, por consiguiente, los acreedores de uno de los cónyuges, á pesar de que á éstos se los reconoce, en general, el derecho de obligar al deudor á que los ceda las acciones que le correspondan.

334. Según el

ART. 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.

La fórmula con que empieza el artículo no nos parece buena, porque puede interpretarse en el sentido de que si un cónyuge ha dado lugar al divorcio, se hace enteramente incapaz de pedirlo invocando una falta del otro. Si evidentemente fuese ésta la idea del legislador, habría que acatarla, observando sólo que cuando ambos cónyuges son culpados, la necesidad del divorcio es más imperiosa; pero creemos que lo que se ha querido decir es que si uno solo de los cónyuges ha dado lugar al divorcio, únicamente el otro podrá demandarlo; en otros términos, un cónyuge no puede pedir el divorcio fundándose en su propia culpa. Si ambos cónyuges cometen faltas que sean causales de divorcio, cada cual podrá solicitarlo alegando las faltas de su consorte.

335. El mismo artículo dice que en el juicio son partes sólo los mismos cónyuges ó *sus padres*. Esta disposición puede interpretarse de dos modos : puede entenderse que los padres representan á sus hijos menores para seguir el juicio iniciado por estos; pero en tal caso hubiera sido preferible decir *ó sus representantes legales;* á falta de padres, un curador es quien debe representar al cónyuge menor. Ni es exacto decir que en dicha hipótesis los padres sean partes, puesto que no comparecen en su propio nombre, sino en el de sus hijos, únicos á quienes afecta la sentencia. Según la otra interpretación, se dirá : sólo los padres, en virtud del interés moral que tienen, pueden intervenir en el juicio, con exclusión de los que no pueden alegar sino un interés pecuniario. Pero se ve que entonces la presencia de los padres no puede suplir la de los hijos, y por tanto la disyuntiva habría sido mal empleada. En vista de lo dispuesto en el art. 1410 del Código Judicial, á saber que « sólo los cónyuges podrán demandar el divorcio, y que no habrá más partes en el juicio que el cónyuge demandante y el cónyuge demandado », parece preferible adoptar la primera interpretación, única que permite conciliar los dos textos, conforme á lo que hemos dicho en materia de nulidad del matrimonio[1].

De todos modos, la redacción del artículo no satisface. Por lo demás, en estos juicios debe intervenir el Ministerio público, conforme á la regla general que así lo exige cuando está en causa el estado civil de las personas.

336. Respecto de los que hayan contraído matrimonio ca-

[1] V. n. 319, 337.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

tólico, deberán sujetar su demanda de divorcio á lo que sobre el particular prescriban los cánones, pues para tales casos la autoridad eclesiástica es la única competente. En efecto, la Ley 57 de 1887, después de decir en el artículo 17 que « la nulidad de los matrimonios católicos se rige por las leyes de la Iglesia, y de las demandas de este especie corresponde conocer á la autoridad eclesiástica, » agrega :

Lo dispuesto en el artículo anterior sobre causas de nulidad se aplica igualmente á los juicios de divorcio (art. 18).

Igual cosa establece, según se ha visto (nº **326**), el artículo 51 de la Ley 153 de 1887 y el 19 de la Ley 35 de 1888[1].

337. En el estudio de las nulidades del matrimonio dejamos transcrito[2] el artículo 1408 del Código Judicial, que establece el principio de que todo caso de separación de los cónyuges por nulidad ó por divorcio se decidirá según las leyes vigentes en el tiempo y en el lugar donde el matrimonio se contrajo, y por las causas que, conforme á ellas, autorizan el divorcio[3].

Sobre esta disposición agregaremos, en lo que hace al divorcio, que ella no se refiere ni podía referirse sino al divorcio reconocido por el Código Civil, es decir, al que, sin disolver el matrimonio, suspende la vida común de los casados, pero en manera alguna al que rompe el vínculo conyugal. En segundo lugar, y aun tratándose de una simple separación de cuerpos, no se aplicará en este caso, como en el de la nulidad, ninguna ley contraria al orden público ó á las buenas costumbres, como sucedería con la que permitiese el divorcio por el mutuo consentimiento de los esposos.

Cuando sea necesario decretar una separación de hecho, para evitar espectáculos escandalosos ocasionados por una cohabitación intolerable entre los cónyuges, bien podrá decretarse de acuerdo con la legislación actual, pues dicha separación equivaldría á una medida de policía, que no modifica el estado de las personas.

[1] V. G. J. IV, 268, 1; V. 60, 1.
[2] V. n. 319.
[3] G. J. V, 60, 2.

No podrá decretarse en Colombia el divorcio entre extranjeros, con todos los efectos legales de aquél, por causa reconocida en Colombia pero no por la ley nacional de los interesados; recíprocamente, podría decretarse el divorcio aun por causa no reconocida en Colombia, siempre que no sea contraria al orden público. Por donde se ve que el Código Judicial establece en esta materia una excepción importantísima al principio que domina la legislación colombiana acerca de que los extranjeros en este país se encuentran sometidos á las leyes de la República aun en lo que al estatuto personal se refiere.

338. 2º *Efectos provisionales de la demanda de divorcio*. — Con el sólo hecho de iniciarse el juicio de divorcio, la situación recíproca de los cónyuges se hace muy difícil y la vida común ya es imposible. Por eso el artículo 157 enumera las providencias que deben adoptarse para regularizar la situación de los cónyuges mientras dure la litis :

Art. 157. Al admitirse la demanda de divorcio, ó antes, si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente por el juez, y sólo mientras dure el juicio las providencias siguientes :

1.ª Separar los cónyuges en todo caso;

2.ª Depositar la mujer en casa de sus padres ó de sus parientes más inmediatos, y por falta ó excusa de éstos, en la que determine el juez[1];

3.ª Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, ó de los dos, ó de otra persona, observándose lo dispuesto en los artículos 160 y 161;

4.ª Señalar la cantidad con que el marido debe contribuír á la mujer para habitación, alimentos suyos y de los hijos que queden en su poder y para expensas de la litis; y

5.ª Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las precauciones necesarias, si el marido lo solicitare, para evitar una suposición de parto, observándose lo dispuesto en el Capítulo 2º, Título 10, Libro 1º de este Código.

339. Por lo que toca á la administración de los bienes comunes de los cónyuges y á la conservación de los de la mujer, el artículo 158 dispone :

Art. 158. Durante el juicio de separación, la administración de los bienes comunes á los cónyuges continuará á cargo del marido, con la obligación á que se contrae el inciso 4º del artículo anterior.

[1] V. el artículo 1409 del Código Judicial.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Podrá el juez dictar, á petición de la mujer, las medidas provisorias que estime conducentes, para que el marido, como administrador de los bienes de la mujer, no cause perjuicio á ésta[1].

El 2º inciso del artículo transcrito es hoy inútil, porque el artículo 3º de la Ley 95 de 1890 concede á la mujer el derecho general de pedir que se dicten tales medidas para que el marido no le cause perjuicio ni en sus bienes propios ni en lo que le corresponda en los gananciales de la sociedad conyugal :

Podrá el juez dictar, á petición de la mujer, las medidas provisionales que estime convenientes para que el marido, como administrador de los bienes de la mujer, no cause perjuicio á ésta en dichos bienes, ni en lo que le corresponda en los gananciales de la sociedad conyugal (art. 3.º)

El efecto de estas medidas provisionales podrá durar hasta la liquidación de la sociedad conyugal como consecuencia del divorcio que se decrete.

CAPÍTULO III.º

EFECTOS DEL DIVORCIO.

340. El divorcio produce en cuanto á los cónyuges el efecto esencial de eximirlos de la cohabitación :

ART. 153. El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados.

Pero no por eso dejan de subsistir los demás deberes, especialmente el de fidelidad.

[1] La Ley 95 de 1890 declaró en su art. 4º :
« En las causas de divorcio de matrimonio católico corresponde á los jueces de Circuito de la residencia de la mujer ó de la vecindad del marido, á prevención, adoptar las providencias de que tratan los artículos 157 y 158 del Código Civil.
« Para el cumplimiento de lo que así se dispone deberá presentarse al juez un certificado de la respectiva autoridad eclesiástica, en que conste que ha sido admitida la demanda de divorcio. »

341. Por lo que toca á la obligación de prestar alimentos, el artículo 166 dice que sobre el marido que ha dado lugar al divorcio pesa la obligación de proveer á la congrua sustentación de su mujer :

ART. 166. El marido que ha dado causa al divorcio, conserva la obligación de contribuír á la congrua y decente sustentación de su mujer divorciada, y el juez fijará la cantidad y forma de la contribucion, atendidas las circunstancias de ambos.

También dice el artículo 411 que se deben alimentos á la mujer divorciada sin culpa suya, de modo que existen dos disposiciones especiales en cuanto á los alimentos que se deben á la mujer divorciada; pero, al contrario, no hay ni una sola en lo que respecta á los que pueden deberse al marido divorciado. Como el numeral 1º del artículo 411 dice que se deben alimentos al cónyuge, y el marido no deja de ser cónyuge por el hecho del divorcio, llegamos así á la conclusión de que la mujer debe alimentos á su marido divorciado, aun en el caso de que él haya dado causa al divorcio, en tanto que el marido no está obligado á suministrarlos á la mujer sino cuando ésta es inocente[1].

342. Por lo que hace á los bienes, puede decirse de una manera general que el divorcio ó la separación de cuerpos acarrea la separación de bienes. Conforme al

ART. 162. Los bienes de la mujer le serán restituídos y se le entregará su parte de gananciales, como en el caso de disolución del matrimonio, sin perjuicio de las excepciones que van á expresarse[2].

343. Pero según el

ART. 163. Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá todo derecho á los gananciales, y el marido tendrá la administración y el usufructo de los bienes de ella, excepto aquellos que la mujer administre como cosa separada de bienes y los que adquiera á cualquier título después del divorcio.
En este caso el marido asegurará siempre, á satisfacción del juez, el valor

[1] La anomalía no existe en Chile, porque el artículo 175 del Código dispone que, « aunque la mujer haya dado causa al divorcio, tendrá derecho á que su marido la provea de lo que necesite para su modesta sustentación ».
[2] Cód. ch., art. 170.

Nº 698

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

de los bienes que administre. Esta administración no tendrá lugar cuando no haya habido sucesión en el matrimonio [1].

Muy severa nos parece la disposición del inciso 1° del artículo transcrito : puede constituír para la mujer una verdadera expoliación. Se le quita la parte de la fortuna común que ha contribuído á formar con su trabajo y su economía, para asignarla al marido, y si éste es quien ha originado el divorcio, no se admite la recíproca. La pena de que hablamos equivale á una confiscación de los bienes de la mujer en favor del marido y de los hijos, y la confiscación es una pena que no se admite en las legislaciones modernas, por lo cual expresamente la prohibe el artículo 34 de la Constitución colombiana [2].

Por otra parte, si existen hijos habidos en el matrimonio, el marido conserva la administración y el usufructo de los bienes que la mujer trajo al matrimonio, excepto los que ella administraba separadamente, de modo que la mujer se encuentra despojada en absoluto, sin tener de qué vivir y sin derecho siquiera á exigir alimentos del marido, á quien se atribuye toda la fortuna. Disposición excesiva es ésta, sin duda, porque, aunque es cierto que el marido tiene en tal caso que asegurar el valor de los bienes que administre, esta precaución no se toma tanto en favor de la mujer, quien pierde todo derecho á esos bienes hasta la muerte del marido, como en favor de los hijos. Se considera, pues, que ellos, aun durante la vida de su madre, tienen cierto derecho sobre los bienes de ésta, idea contraria á los principios que informan las legislaciones modernas.

344. Finalmente, al tenor del

ART. 165. La mujer divorciada administra con independencia del marido los bienes que ha sacado del poder de éste, ó que después del divorcio ha adquirido [3].

[1] Cód. ch., art. 171.

[2] Podrá objetarse que, frecuentemente, los gananciales provendrán del trabajo del marido; pero será muy raro que tengan únicamente esta fuente, y siempre será cierto que la mujer contribuye á formarlos con su administración doméstica.

[3] Cód. ch., art. 173.

¿Cuál es el alcance de esta disposición? De dos modos puede interpretarse : 1° la mujer es por completo independiente del marido en lo relativo á sus bienes, y la administración de que habla el texto comprende hasta la libre enajenación de los inmuebles; 2° la mujer puede administrar sus bienes como en el caso de separación, pero, por lo menos para enajenar los inmuebles, necesita que la autorice el marido ó la justicia en subsidio, según lo dispuesto para toda mujer casada, aun la separada de bienes.

Esta cuestión es delicadísima. Los términos en que se redactó el artículo 165 favorecen la segunda de las interpretaciones indicadas. La expresión *administrar* no comprende, en la terminología jurídica, los actos de enajenación, que justamente se contraponen á los de mera administración. Así, el marido que administra bienes de su mujer, el padre de familia que administra los del hijo, los guardadores, los curadores de bienes, los mandatarios y, en general, los que sólo tienen facultad de administrar bienes de otros, no pueden enajenarlos, á lo menos si son bienes raíces. En consecuencia, tomándolo en su tenor literal estricto, el artículo 165 no permite á la mujer divorciada ejercer actos de disposición.

Pero, por otra parte, debemos observar que la incapacidad civil de la mujer casada es consecuencia de la potestad marital. Por el divorcio cesa la vida común entre los cónyuges; desaparecen la sociedad de personas y la sociedad de bienes; es el caso de decir : *sublata causa, tollitur efectus*. Esta solución, que debería admitirse en el caso de que el Código hubiera guardado silencio, ha de admitirse también en vista del artículo 165, aunque la palabra administrar no se haya empleado correctamente en él. La idea del legislador parece haber sido suprimir en absoluto la incapacidad de la mujer divorciada : el redactor del texto tuvo á la vista los Códigos que, como el francés [1], indican con precisión los actos para los cuales la mujer divorciada no recobra su capacidad civil; si no reprodujo ninguna de esas restric-

[1] V. art. 1449, C. F. — La Ley de 6 de Febrero de 1893 ha devuelto en Francia á la mujer separada de cuerpos el pleno ejercicio de la capacidad civil.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ciones fué sin duda porque quiso suprimirlas por completo. En caso de que no se admita esta solución, habrá que decir que la mujer divorciada, por lo que respecta á la capacidad, se encuentra en la misma condición jurídica que la simplemente separada de bienes, lo que sería excesivo; no puede admitirse — y en ninguna de las legislaciones que señalan formalmente actos que la mujer divorciada no puede ejecutar por sí sola se admite — que la situación de la mujer sea la misma en caso de simple separación, que no pone fin sino á la sociedad de bienes, que en el caso de divorcio, el cual, aunque deja subsistir el vínculo, pone fin también á la sociedad de personas. Si tal hubiese sido la intención del legislador, sencillamente lo habría expresado por medio de un artículo que comprendiera uno y otro caso[1].

345. Tales son los efectos del divorcio respecto de los cónyuges, por lo que toca á sus deberes personales y por lo que hace á los bienes. Agregaremos que el divorcio se considera como causa de revocación de las donaciones hechas por el cónyuge inocente al culpado, como lo dispone el

ART. 164. El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable[2].

346. Veamos ahora, para concluír, cuáles son los efectos del divorcio respecto de los hijos habidos en el matrimonio. ¿Á quién se reconoce el derecho de educar los hijos menores? ¿quién debe ejercer los derechos de patria potestad sobre ellos? En todo caso los hijos menores de tres años quedan en poder de la madre, aun culpada. Si la madre ha dado causa al divorcio por adulterio ó por abandono de sus deberes de esposa y de madre, los hijos menores de tres años pasan al poder del padre; y, recíprocamente, en caso de que el divorcio lo haya originado el marido por abandono de sus deberes de tal y de padre, los hijos mayores de tres años pasarán á poder de la madre. Si la esposa ha dado causa al divorcio por otros motivos, las hijas de cualquiera edad y los varones menores de siete años quedan en poder de ella.

[1] *Sic : Explicaciones del Código Civil chileno,* sobre el artículo 173; Chacón, *op. cit.*, t. 1, p. 185. — *Contra :* Robustiano Vera, *Código Civil de la República de Chile, comentado y explicado,* t. 1º, p.s 160 y 161, y t. 5º, p.s 348 y 349 y las sentencias de Chile allí citadas.

[2] Cód. ch., art. 172.

Á esto se refieren los artículos **160** y **161**, concebidos así :

ART. 160. Ejecutoriada la sentencia en que se decreta el divorcio, los hijos menores de siete años y las mujeres, especialmente, quedarán en poder de la madre.

ART. 161. Si el divorcio se hubiere decretado por haberse comprobado alguna de las causas señaladas en los incisos 1º y 4º del artículo 154, todos los hijos mayores de tres años, sin distinción de sexo, pasarán á poder del cónyuge inocente, siendo de cargo de ambos consortes los gastos para sus alimentos y educación, que serán regulados por el juez.

Fuera de los casos de divorcio por alguna de las causas señaladas en los incisos 1º y 4º, no dice el Código á quién se entregan los hijos menores de edad y mayores de siete años, y por tanto, el juez tendrá cierto poder de aplicación en tal caso; pero, en principio, parece más conforme con la intención del legislador que se den al cónyuge inocente.

347. Por lo demás, los hijos legítimos de los divorciados conservan respecto de sus padres los mismos derechos y las mismas obligaciones que antes del divorcio, á lo cual se refiere el

ART. 168. Los efectos del divorcio en cuanto á los hijos legítimos de los divorciados, se reglarán por las respectivas disposiciones contenidas en el Libro 1º, Título **12**, *De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.*

Indudablemente, la redacción de este artículo no satisface. Lo que el legislador quiso decir fué que la situación de los hijos legítimos de los divorciados se rige por las respectivas disposiciones del título **12**, en el cual no se habla « de efectos del divorcio en cuanto á los hijos », sino de derechos y obligaciones entre padres é hijos legítimos.

Pero la regla del artículo **168** no implica que el padre divorciado tenga necesariamente sobre la persona y los bienes de sus hijos menores los mismos derechos que tenía antes del divorcio. Eso será cierto solamente en cuanto á los hijos que queden en su poder; en cuanto á los que pasan á la madre, claro es que el padre deja de ejercer sobre ellos la patria

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

potestad, y por lo mismo pierde todos los derechos que se derivan de ella, especialmente el de administración de los bienes, y el de usufructo legal ¿Pasarán estos derechos á la madre? Así podría deducirse de los términos del artículo 161, pero el artículo 288 rehusa terminantemente á la madre el ejercicio de la patria potestad, y, por otra parte, la excepción introducida á la regla por el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, para el caso de muerte del padre, no puede extenderse. Concluímos, pues, afirmando que, respecto de los hijos que pasan á poder de la madre en virtud del divorcio, se procederá como lo determinaba el Código de una manera general en caso de falta del padre, es decir, que se les nombrará curador y nadie ejercerá el derecho de usufructo legal.

CAPÍTULO IV.º

DE LA RECONCILIACIÓN Y DE SUS EFECTOS.

348. La reconciliación de los cónyuges puede efectuarse ya durante el juicio del divorcio, ya después de la sentencia respectiva. Examinaremos separadamente estos casos.

1er *caso*. — *Reconciliación durante el juicio del divorcio*. — Cuando este sucede, se prescinde de los trámites ulteriores y se pone fin á las medidas provisionales de que trata el artículo 157; los cónyuges deberán naturalmente participar el hecho de la reconciliación al juez ó tribunal que conozca del negocio.

349. Si ha habido reconciliación antes de que se dicte sentencia de divorcio ¿puede presentarse nueva demanda, apoyándola en los mismos hechos alegados en la primera? Es de sentirse que el Código no haya dicho nada sobre el particular. Natural y lógico sería exigir nueva causal para admitir otra demanda después de la reconciliación, pero en vista del silencio del legislador, parece aventurado interpretarlo así. Puede decirse que en virtud de la reconciliación el

demandante ha renunciado al derecho de entablar nuevo juicio apoyándose en sucesos anteriores, cobijados con el perdón; pero á ello contestaremos que la renuncia de derechos no se presume, y que es necesario un texto expreso para admitir que la reconciliación equivale á la renuncia de intentar de nuevo la demanda, por lo cual es forzoso concluír que en el estado actual de las cosas sí puede el cónyuge demandar nuevamente el divorcio, si la reconciliación no trae, á su juicio, los resultados favorables que se prometía al promoverla ó aceptarla.

350. 2º *caso*. — *Reconciliación después de la sentencia*. — La reconciliación en este caso deja sin efectos ulteriores la sentencia pronunciada, como terminantemente lo dice el

ART. 159. La reconciliación pone término al juicio de divorcio, y deja sin efecto ulterior la ejecutoria dictada en él; pero los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del juez ó Tribunal que conozca del negocio, ó del juez de la primera instancia, si el juicio estuviere fenecido.

¿De qué juez se trata aquí? ¿Del juez que conoció del divorcio ó del juez del domicilio del marido? Los términos del artículo 159 disipan toda duda sobre el particular; no se dice del juez de primera instancia sino del juez de *la* primera instancia. Se trata, por tanto, del juez que conoció del asunto en primera instancia.

¿Cuál es el motivo del artículo 159? El de que los terceros, el público, tienen interés en conocer la reconciliación. Á los que tratan con la mujer importa saber que ya no negocian con una mujer divorciada, de capacidad legal relativa, sino con una mujer bajo potestad marital. Sin embargo, debe observarse que, según el artículo 167, para que se restablezca la sociedad conyugal de bienes se necesita un decreto del juez, y mientras tanto la mujer conserva la administración de los que le son propios. La sentencia que declara el divorcio no queda anulada por la reconciliación, pues sólo deja de producir efectos para lo porvenir; la reconciliación no tiene efectos retroactivos. Los actos que haya ejecutado la mujer deben considerarse como actos de mujer divorciada que gozaba de la capacidad especial reconocida en el artículo 165; pero

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

desde la reconciliación, ó más bien, desde el decreto judicial de restitución, la mujer cae de nuevo en la incapacidad que conforme al derecho común afecta á la mujer casada.

351. Al tenor del

ART. 167. Si los divorciados se reconciliaren, se restituirán las cosas, por lo tocante á la sociedad conyugal y á la administración de bienes, al estado que tenían antes del divorcio, como si éste no hubiera existido.

Esta restitución se decretará 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 210 de este Código[1].

Según este artículo, el marido no tomará la administración de los bienes sino en virtud del decreto del juez; mientras tanto, la mujer conservará aquélla.

Los términos del inciso 1° del artículo 167 parecen decir más de lo que el legislador se propuso. Según dicho inciso, en caso de reconciliación, « se restituirán las cosas, por lo tocante á la sociedad conyugal y á la administración de bienes, al estado que tenían antes del divorcio, *como si éste no hubiera existido* ». Si el texto se aplicara al pie de la letra, habría que decir que los actos de la mujer sobre los bienes, por ejemplo, quedan anulados por el decreto de restitución. Las palabras « como si éste no hubiera existido » parecen significar que los efectos del divorcio se anulan retroactivamente. Lo que sucede es que los bienes de cada cónyuge se restituyen á la sociedad conyugal en el estado en que se encuentran en el momento del decreto del juez, y todos los actos celebrados por la mujer en virtud de su capacidad especial de mujer divorciada subsisten con la fuerza legal que originariamente tuvieron. La doctrina verdadera está en el artículo 159 : la reconciliación deja sin efecto ulterior la sentencia pronunciada, pero no desvirtúa los actos anteriormente ejecutados. Lo que se quiso decir fué que el régimen de la sociedad conyugal sería el mismo que antes del divorcio; especialmente las capitulaciones matrimoniales regirán nuevamente la condición jurídica de los bienes, *como si el divorcio no hubiera existido* : los cónyuges no podrían

[1] Cód. ch., art. 178.

redactarlas de nuevo ni modificarlas de ninguna manera.

352. Por último, si la reconciliación de los cónyuges es posterior á la sentencia, no puede entablarse nueva demanda fundada en los hechos que sirvieron de base á la primera.

TÍTULO VIII.°

De las segundas nupcias[1].

353. Cuando un hombre ó una mujer se casa después de la disolución de un primer matrimonio, es posible que los bienes de los hijos, si los hay, corran peligro, y por eso la ley ha tomado algunas precauciones en favor de aquéllos.

En esta materia es preciso distinguir según que se trate del padre ó de la madre.

354. *1er caso.* — Cuando el padre contrae nuevas nupcias, debe proceder al inventario solemne de los bienes de los hijos cuyos intereses esté administrando, como lo prescribe el

ART. 169. El varón viudo, que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, ó bajo su tutela ó curaduría, quisiere volver á casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando, y les pertenezcan como herederos de su mujer difunta ó con cualquier otro título.

Para la confección de este inventario se dará á dichos hijos un curador especial[2].

Esta disposición se explica por la del artículo 297, según el cual el padre de familia que administra bienes del hijo no está obligado á hacer inventario.

355. Aun cuando los hijos no tengan bienes propios, deberá nombrárseles un curador especial, con el objeto de que habla la parte final del

[1] Debe observarse que aquí no se trata sólo de un segundo matrimonio, como parece indicarlo la rúbrica, sino de cualquier matrimonio contraído por una persona que anteriormente había sido casada.

[2] Cód. ch., art. 124.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Art. 170. 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 [1].

356. ¿Cuál es la sanción de este artículo? La falta de nombramiento de curador constituye un impedimento prohibitivo : el juez no debe proceder á la celebración del matrimonio mientras no se le presente un certificado auténtico del nombramiento de curador, y en caso de que el viudo manifieste que no tiene hijos bajo su patria potestad, tutela ó curaduría, deberá comprobarlo por medio de una información sumaria, como lo dispone el

Art. 171. La autoridad civil 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 tutela ó curaduría [2].

357. Además, la falta del inventario en tiempo oportuno hace perder al viudo el derecho de suceder como legitimario ó como heredero abintestato á sus hijos :

Art. 172. El viudo por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 169, perderá el derecho de suceder como legitimario ó como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado [3].

Consideramos que la pena de que habla la disposición anterior no es adecuada para la falta en que ha incurrido el padre. Posible es que el hijo cuyos bienes administró el padre tuviera entonces muy escasa fortuna, y que posteriormente haya adquirido una considerable; sin embargo, el padre pierde el derecho de suceder de una manera general, sin restricción de ninguna clase, de modo que la ley atribuye los bienes al heredero del grado siguiente, que bien puede ser un primo de grado lejano ó el Municipio. Quizá hubiera bastado decir que, á falta de inventario, la prueba de la

[1] Cód. ch., art. 125.
[2] Cód. ch., art. 126.
[3] Cód. ch., art. 127.

cuantía de los bienes podría hacerse de cualquier manera, por testigos ó por simples presunciones.

358. *2º caso.* — En lo que concierne á la viuda, la ley establece cierto plazo durante el cual no puede casarse :

Art. 173. Cuando un matrimonio haya sido disuelto ó declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar á otras nupcias antes del parto, ó (no habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes á la disolución ó declaración de nulidad.

Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente á dicha disolución ó declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido á la mujer [1].

Esta disposición viene del derecho romano y se justificaba por un doble motivo : primero, por consideraciones de decoro, pues se estimaba que era de honestidad pública que la viuda guardase luto algún tiempo, después del fallecimiento de su marido, sin que pudiera casarse nuevamente; segundo, por inconvenientes prácticos relativos á la determinación, por presunción legal, de la paternidad. Si la mujer vuelve á casarse ocho días después de la muerte de su primer marido, y al noveno mes, desde aquella fecha, tiene un hijo, es imposible saber quién es el padre : la presunción establecida en el artículo **92** se aplica tanto al primer marido como al segundo.

Es evidente que el legislador no tiene que preocuparse sino del segundo motivo. En cuanto á los miramientos sociales, la sanción respectiva debe ejercerse por la opinión pública, y ellos obran tanto respecto del marido como con relación á la mujer.

Es de observar que el plazo de doscientos setenta días no se justifica muy bien por el solo temor de confusión de la paternidad. Según el inciso **2º** del artículo **92**, « se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos contados hacia atrás, desde la media noche en que principio el día del nacimiento ». De este texto resulta que

[1] Cód. ch., art. 128.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

bastaría un plazo de ciento veintiún días para que no haya confusión de paternidad. En efecto, si suponemos que el primer marido ha muerto el 31 de Diciembre de 1896, que la mujer se ha casado en segundas nupcias el 1º de Mayo de 1897, y que un hijo nace el 29 de Octubre de 1897, el período de la concepción se coloca entre el 1º de Enero y el 1º de Mayo; luego no puede atribuírse la paternidad al primer marido. Parece, pues, que el legislador no ha prescindido por completo del primero de los motivos que se alegaban en derecho romano para obligar á la mujer viuda á esperar cierto plazo después de la muerte de su primer marido para contraer nuevas nupcias.

Sin embargo, para apreciar la regla anterior hay que tener en cuenta las disposiciones del artículo 237 que establece que el matrimonio posterior legitima *ipso jure* á los hijos concebidos antes y nacidos en él. Si el marido no reclama contra la legitimidad del hijo antes de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se presume que es el padre. Supongamos, pues, que en el ejemplo anterior, el hijo nazca no el 29 sino el 2 de Octubre : el período de la concepción se coloca entre el 7 de Diciembre de 1896, inclusive, y el 5 de Abril de 1897. Este período, corresponde al primer matrimonio, por una parte, y á la época intermedia entre los dos, por otra. La presunción de paternidad se aplicará entonces á los dos maridos. Claro es que teniendo en cuenta la regla del artículo 237, el plazo de ciento veintiún días es insuficiente; también lo sería el de doscientos setenta que señala el Código, si no hubiera otra regla; pero con la disposición que prohibe el matrimonio de la mujer viuda antes del parto cuando hay señales de preñez, toda dificultad desaparece. En derecho francés, igual en esto al derecho romano, el período de viudedad es de trescientos días (ó diez meses), con lo que se evita apreciar las señales de preñez, y las soluciones arbitrarias á que ello puede dar lugar.

359. ¿Cuál es la sanción de la prohibición establecida por el artículo 173? Al tenor del artículo 174, constituye un impedimento prohibitivo :

ART. 174. La autoridad civil no permitirá el matrimonio de la mujer sin que por parte de ésta se justifique no estar comprendida en el impedimento del artículo precedente[1].

360. Además, según el

ART. 175. La viuda que, teniendo hijos de precedente matrimonio que se hallen bajo su tutela ó curaduría, tratare de volver á casarse, deberá sujetarse á lo prevenido en el artículo 599[2].

Por consiguiente, el solo hecho del segundo matrimonio hace perder á la madre la tutela ó la curaduría, pero es preciso observar que hoy se aplicará muy rara vez esta disposición, porque la madre, muerto el padre, tiene la patria potestad, como lo dice el inciso 2º del artículo 53 de la Ley 153 de 1887, y sabido es que no hay lugar á tutela ó curaduría mientras subsista la patria potestad.

Como esta última disposición legal dice que la madre pierde la patria potestad si pasa á otras nupcias, trátase de saber si la madre que tiene la patria potestad queda sometida á la obligación impuesta por el artículo 599.

En el silencio del legislador sobre este punto, no es posible extender la disposición del artículo 599 á un caso para el cual no se ha establecido, puesto que es disposición excepcional, de interpretación estricta. Por tanto, si la madre viuda que tenía la patria potestad sobre sus hijos menores, no denuncia el matrimonio al juez, pierde la patria potestad y es responsable de la administración de los bienes de sus hijos conforme al derecho común; pero tal responsabilidad no puede extenderse á su marido ni por los actos anteriores al matrimonio, ni por los posteriores á él, salvo que, en cuanto á los últimos, haya intervenido personalmente en la administración de los bienes, caso en que tendrá la responsabilidad del *negotiorum gestor*.

[1] Cód. ch., art. 129.
[2] Cód. ch., art. 130.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

TÍTULO IX.°

Obligaciones y derechos entre los cónyuges.

361. Este título se divide en el Código en tres capítulos : trata el primero de las reglas generales sobre la materia, el segundo de las excepciones relativas á la profesión ú oficio de la mujer, y el tercero de las excepciones relativas á la simple separación de bienes. Pero hay que observar que las disposiciones del capítulo primero pueden clasificarse en dos categorías muy distintas : en las unas se expresan propiamente las obligaciones y derechos entre los cónyuges; en las otras el legislador establece las reglas relativas á la incapacidad legal de la mujer casada. Además, en los capítulos 2° y 3° no se hace excepción sino á estas últimas reglas, de tal suerte que no hay razón para considerarlas como excepcionales en relación con las del capítulo 1° consideradas en su conjunto. En consecuencia, dividiremos el estudio del título 9° en dos capítulos, así : 1° obligaciones y derechos entre cónyuges; 2° incapacidad legal de la mujer casada. Este último capítulo se subdividirá en tres secciones : 1ª, reglas generales; 2ª, excepciones relativas á la profesión ú oficio de la mujer; 3ª, separación de bienes.

CAPÍTULO I.°

OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

362. El matrimonio es un contrato, y como tal tiene que producir derechos y obligaciones jurídicos, ó sea, sancionados por la ley, y no meros deberes morales cuyo cumplimiento se deja á la conciencia y al honor de los interesados. Por otra parte, el matrimonio es un contrato de sociedad para

la vida entera, en la que, en tesis general, entran los socios en condiciones de igualdad perfecta.

Esta igualdad inicial de los contrayentes la conserva el legislador sobre ciertos puntos estableciendo entre el marido y la mujer obligaciones recíprocas.

363. Según el inciso 1° del

ART. 176. Los cónyuges están obligados á guardarse fe, á socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida[1].

La obligación de *guardarse fe* constituye el deber de fidelidad, impuesto así al marido como á la mujer, con la diferencia, por otra parte justificable, de que tiene una sanción menos severa respecto del hombre que respecto de la mujer. *Socorrerse* es la obligación de suministrarse alimentos, obligación que se impone nuevamente en el

ART. 179. El marido debe suministrar á la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes[2].

¿Qué obligación agrega á la de socorrerse la expresión *ayudarse* que se encuentra en el artículo 176? Ella implica, nos parece, que los cónyuges se deben cuidados personales, especialmente en caso de enfermedad. Esta última obligación no tiene sanción civil que sepamos, fuera del caso en que su no cumplimiento pueda considerarse como abandono absoluto de los deberes de cónyuge, suficiente para fundar una demanda de divorcio en virtud del numeral 4° del artículo 154.

364. El inciso 2° del artículo 176 añade, y en esto aparece ya la superioridad que la ley concede al marido sobre la mujer, que

El marido debe protección á la mujer, y la mujer obediencia al marido[3].

En cuanto á la protección, en realidad cada uno de los cónyuges la debe al otro, y queda comprendida en la obligación de ayudarse; la ley supone que, siendo el marido

[1] Cód. ch., art. 131, inc. 1.°
[2] Cód. ch., art. 134. — *Bello*, L. 7, t. 2, P. 4.
[3] Cód. ch., art. 131, inc. 2.°

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

más fuerte, es él quien tendrá ocasión de proteger á su mujer, lo cual es exacto en la generalidad de los casos; pero á veces la mujer es más fuerte y más inteligente que su esposo, y no es muy raro en la vida ver mujeres que protegen á sus maridos.

365. De mayor alcance es la parte final del inciso transcrito : « la mujer debe obediencia al marido ». Aquí aparece claramente la intención del legislador de hacer del marido el jefe de la sociedad conyugal, no solamente en cuanto á los bienes, sino también en cuanto á las personas, por lo menos dentro de ciertos límites.

Igual cosa resulta de la definición de la potestad marital, que leemos en el

ART. 177. La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer[1].

366. La consecuencia más importante del principio de que el marido tiene potestad sobre la persona de la mujer se encuentra formulada en el inciso 1° del

ART. 178. El marido tiene derecho para obligar á su mujer á vivir con él y á seguirle á dondequiera que traslade su residencia[2].

Muy lógica y necesaria es esta disposición : la unión entre cónyuges constituye una sociedad que implica la vida común, la unidad de habitación. Naturalmente, el marido deberá consultar á su mujer en esta materia; pero en caso de disenso, es preciso que la opinión de uno de los cónyuges prevalezca, y natural es que sea la del marido, á quien la ley designa como jefe del hogar. Se presume que por el solo hecho del matrimonio la mujer ha convenido en que el marido sea el jefe de la comunidad, comunidad de personas y comunidad de bienes, así como en una sociedad ordinaria un socio puede ser elegido por los otros para ejercer la dirección de ella; pero además se considera que el marido es designado por la naturaleza misma como jefe del hogar y no se permite estipulación en contrario. Si no se admitiera que la

[1] Cód. ch., art. 132.
[2] Cód. ch., art. 133, inc. 1.°

opinión de uno de los cónyuges prevalece sobre la del otro, sería necesario ocurrir al juez en cada divergencia de ideas que surgiera en el hogar, con lo cual se destruiría la paz entre los esposos. Siendo necesario un jefe para la sociedad conyugal, claro es que debe serlo el marido, quien, por lo general, es más fuerte que la mujer, y, en el estado de las costumbres actuales, quien suministra casi siempre con su trabajo los recursos necesarios para la familia y se ocupa en los negocios que la favorecen. Designado así el marido para jefe de la sociedad de bienes, tal función no debe separarse de la de jefe de la sociedad de las personas.

El derecho de elegir el domicilio común pertenece, pues, con razón, al marido. Recíprocamente, al tenor del inciso 3° del artículo 178,

La mujer, por su parte, tiene derecho á que el marido la reciba en su casa[1].

367. ¿Cuál será la sanción de este derecho? ¿Qué debe hacerse si la mujer rehusa vivir con el marido, ó si el marido rehusa recibir en su casa á su mujer?

En primer lugar, podría encontrarse sanción en el derecho del cónyuge abandonado de rehusar al otro los alimentos que le deba. En el matrimonio, como en todo contrato, una parte no puede exigir á la otra el cumplimiento de sus obligaciones si no cumple con las suyas. Pero es posible que tal sanción sea ilusoria y que el cónyuge que no se preste á la vida común sea precisamente quien tenga fortuna. ¿Podría, en tal caso, obligársele con la fuerza pública, *manu militari* como sucede respecto de obligaciones de otra clase? No creemos que esto sea posible. De una manera general, sabemos que los preceptos del derecho, por oposición á los de la moral, son reglas á cuya observancia se puede obligar á las personas constriñéndolas por medio de la autoridad pública, con la fuerza de que es depositaria. Pero para ello es indispensable que la obligación sea de tal naturaleza que admita esta clase de coerción, y creemos que el deber de

[1] Cód. ch., art. 133, inc. 3.° — *Bello*, L. 7, t. 2, P. 4; C. F. 214; Delvincourt, *Code civil*, t. 1, p. 79, nota 4.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

vivir juntos impuesto por la ley á los cónyuges, no la admite. La obligación de cohabitar comprende efectivamente un elemento material y un elemento moral y este último repugna el empleo de la fuerza física, consideración que por sí sola bastaría para desecharla.

Pero creemos que una sanción más enérgica que la consistente en rehusar alimentos, puede encontrarse en el numeral 4º del artículo 154, que admite como causa de divorcio el abandono de los deberes de esposa y de padre ó madre, ó en el numeral 5º que admite como causal los ultrajes inferidos por un cónyuge al otro. La negativa por parte de la mujer á habitar con su marido constituye abandono absoluto de sus deberes de esposa, el cual basta para fundar una causal de divorcio, si está unido á la causal de abandono de sus deberes de madre, ó si no hay hijos del matrimonio. Por lo demás, tal negativa es en todo caso un ultraje para el marido. Lo mismo debe admitirse si el marido es quien rehusa recibir á la mujer.

368. Según el inciso 2º del artículo 178,

Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente á la vida de la mujer[1].

Hemos indicado ya[2] la utilidad de la regla anterior en vista de lo dispuesto en el artículo 154, que permite al cónyuge cuya vida está en peligro pedir el divorcio.

369. Tales son las obligaciones y derechos de los cónyuges en cuanto á la sociedad de personas por ellos formada, en cuanto á la vida común. Por lo que hace á la sociedad de bienes, el inciso 1º, del artículo 180 consigna el principio respectivo :

ART. 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 4.º *De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal*[3].

[1] Cód. ch., art. 133, inc. 2.º
[2] V. n. 332.
[3] Cód. ch., art. 135, inc. 1.º — *Bello* (sobre todo el articulo), L. 1, t. 4, lib. 10, Nov. Recop. — Acebedo, núm. 1, 63, 64, á la L. 2, t. 3; núm. 22, á las L. l. 3 y 4, t. 5, y núm. 14, á la L. 9, t. 9, lib. 5.

En el estudio del título 22 del libro 4º explicaremos la anterior disposición legal.

370. Conforme al inciso 2º del artículo 180,

Los que se hayan casado fuera de un Territorio, y pasaren á domiciliarse en él, 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[1].

También esta materia deberá explicarse en el título de la sociedad conyugal, y así lo haremos[2], no sin advertir desde aquí que la disposición comprendía en la época en que se sancionó, es decir, en 1873, tanto á los que hubieran contraído matrimonio en uno de los Estados que compusieron la extinguida federación colombiana, como á los casados en país extranjero, pues á estos últimos es á quienes se refiere el inciso 2º del artículo 135 del Código de Chile, del cual se tomó el que comentamos, y la expresión « casados fuera de un Territorio » comprende á unos y á otros.

CAPÍTULO II.º

INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA.

Sección I. — Reglas generales.

371. La mujer mayor de edad soltera tiene la misma capacidad que el varón, pero una vez que se casa pierde en gran parte esta capacidad : en tesis general puede decirse que necesita de la autorización de su marido para los actos de la vida civil. Respecto de esta incapacidad tenemos que estudiar : 1º cuál es su razon de ser; 2º á qué actos se ex-

[1] Cód. ch., art. 135, inc. 2.º
[2] Igual cosa sucede con la disposición, esencialmente transitoria, contenida en el inciso 2º del articulo 19 de la Ley 57 de 1887 : « La mujer que al tiempo de la expedición de esta ley, se halle casada católica más no civilmente, podrá conservar la administración de sus bienes y celebrar con el marido, dentro del término de un año, capitulaciones matrimoniales ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

tiende, es decir, cuáles son los que la mujer no puede ejecutar sin la autorización del marido; 3º la autorización del marido; 4º la autorización de la justicia en reemplazo de la del marido.

§ 1.º *Fundamento de la incapacidad de la mujer casada.*

372. La razón de la incapacidad legal de la mujer casada no debe buscarse en la fragilidad y la inexperiencia de la mujer en general, en una idea de protección, puesto que el legislador no ha tomado ninguna medida de esta clase en favor de la mujer soltera. En derecho romano las mujeres estaban en tutela perpetua; en las legislaciones modernas la tutela de las mujeres, como la de los varones, concluye con su menor edad.

La incapacidad de la mujer ha de atribuírse, por consiguiente, á su situación de mujer casada; proviene del hecho mismo del matrimonio. Esto sentado, la cuestión se limita á saber cuál es el fundamento que puede encontrarse en el hecho del matrimonio para justificar la inhabilitación de la mujer casada.

Desde luego es evidente que las situaciones de hecho de la soltera y de la mujer casada son muy diversas. Los actos de la primera no le interesan sino á ella misma, mientras que los de la última interesan á la familia, al marido y á los hijos. Siendo el marido jefe de la familia, de la sociedad de las personas y de la sociedad de bienes, natural es que su autorización sea necesaria para los actos de la mujer, que por el solo hecho de estar casada interesan moral y pecuniariamente á toda la familia.

La inferioridad de la mujer respecto del marido parece desde este punto de vista una mera aplicación de la regla establecida en el inciso 2º del artículo 176 : « la mujer debe obediencia al marido ».

La incapacidad de la mujer tiene, pues, un doble motivo : la autoridad del marido en cuanto á las personas; la autoridad del mismo en cuanto á los bienes, á los intereses comunes.

373. Un comentador del Código de Chile[1], niega, sin embargo, con insistencia, que el primero de esos fundamentos haya sido tomado en cuenta por los legisladores de aquel país. Según la teoría que expone, la incapacidad de la mujer no tiene otra base que el principio económico de la unidad en la administración del patrimonio común, es decir, la autoridad del marido en cuanto á los bienes; « el fundamento de la inhabilitación legal de la mujer, dice, no es ni la incapacidad radical del sexo, ni la obediencia personal debida al marido, sino un principio de unidad y correcta administración de la sociedad conyugal ».

Sin embargo, en presencia de los textos legales, no puede negarse que el Código ha establecido cierta autoridad en el marido no sólo sobre los bienes sino también sobre la persona de la mujer. El inciso 2º del artículo 176 dice, de una manera general, que la mujer debe obediencia al marido; no limita esta obediencia á la administración de los bienes comunes. Además, el artículo 177 agrega formalmente : « la potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la *persona* y bienes de la mujer ».

Para explicar esta autoridad sobre la mujer, se dice que no es sino una consecuencia, el efecto de la autoridad marital sobre los bienes : « el señorío del marido sobre los bienes es la causa, la incapacidad de la mujer es un efecto de ese señorío[2] ».

Á pesar de que la argumentación con que se defiende este sistema tenga cierta fuerza, insistimos en creer, que en el derecho civil chileno y en el colombiano, como en el francés, la sola idea de la unidad en la administración de los bienes comunes no es suficiente para explicar todas las disposiciones del Código relativas á la inhabilidad legal de la mujer casada.

Si tal hubiese sido en concepto del legislador el único motivo de la incapacidad de la mujer, habría limitado dicha incapacidad á los casos en que fuera indispensable para sal-

[1] V. Jacinto Chacón, *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, t. 1º, p. 145.
[2] V. Chacón, *op. cit., ibid.*

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

var los intereses pecuniarios de la sociedad conyugal.

Si el carácter de jefe de la comunidad de bienes que tiene el marido fuera la única causa de la incapacidad de la mujer, ésta se encontraría en la situación de un socio que ha dejado al otro la dirección de la sociedad; su incapacidad tendría que reducirse entonces estrictamente á lo que concierne á la administración de la sociedad de bienes, y habría bastado decir que los actos de la mujer no obligan á la sociedad conyugal. Si aquéllo fuera así, no se explicaría de ningún modo la autoridad del marido sobre la persona de la mujer, puesto que en ninguna sociedad de bienes el socio administrador tiene autoridad sobre la persona del socio que no administra.

Para nosotros es claro que el legislador se ha preocupado también de proteger los intereses morales de la familia contra los actos individuales de la mujer. Así, se explica que, aun en caso de completa separación de bienes, cuando deja de existir la comunidad de ellos, se le exija siempre la autorización del marido para presentarse en juicio. Cierto es que en tal caso puede decirse que también la familia está interesada pecuniariamente, puesto que la mujer tiene que contribuír para las necesidades de la familia común, pero aun así habría que modificar un poco la fórmula; no bastaría decir que la base de la incapacidad de la mujer es la necesidad económica de dejar al marido la dirección única del patrimonio común; sería necesario decir que el marido tiene autoridad en todo lo que concierne á los intereses pecuniarios de la familia, sin distinción.

Por otra parte, entre los actos para los cuales la mujer necesita la autorización del marido figura la donación, toda clase de donaciones, puesto que no se distingue entre la donación con cargo y la donación pura y simple. En aquélla se justificaría la necesidad de la autorización del marido desde el punto de vista pecuniario, puesto que el cargo puede ser más oneroso que provechosa la donación; pero tratándose de donación pura y simple, sobre todo si hay separación completa de bienes, ¿por qué se exige la autorización del marido? Porque éste, como jefe de la familia, encargado de

velar no sólo por los intereses pecuniarios, sino también por los intereses morales de aquélla, tiene derecho de examinar el motivo de la donación y de rechazarla si afecta en algo el honor ó la dignidad de la familia.

Concluímos en consecuencia afirmando que la incapacidad legal de la mujer casada se funda no solamente en la autoridad del marido por lo que respecta á los intereses pecuniarios de la familia, sino también en su autoridad por lo tocante á los intereses morales de la misma, y no sólo en su carácter de jefe y administrador de la sociedad de bienes, sí que también en su calidad de jefe de la sociedad de personas[1].

§ 2.° *Actos para los cuales la mujer casada necesita autorización.*

374. Según el

ART. 182. La mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar ó repudiar una donación, herencia ó legado, ni adquirir á título alguno oneroso ó lucrativo, ni enajenar, hipotecar ó empeñar[2].

Naturalmente la enumeración de este artículo es limitativa, se trata de excepciones á la capacidad que tiene en general la mujer; todos los actos que la ley no le prohibe, implícitamente se los permite.

Pero entre los actos de que habla el artículo 182 deben contarse todos los que incluye en sus términos. Así, por ejemplo, aunque el artículo no diga que la mujer no puede sin autorización hacer un pago, no le será lícito verificarlo por sí sola, puesto que pagar es enajenar el objeto del pago; tampoco puede recibir en pago porque ello equivale á enajenar el crédito, á cancelar total ó parcialmente la deuda. Igualmente lo es prohibido hacer una donación si no está autorizada, porque ese acto jurídico constituye un contrato.

Por la misma razón, la fórmula general « adquirir á tí-

[1] *Sic*, Arimas, *op. cit.*, sobre el articulo 136, *Explicaciones del Código Civil chileno*, *id.*, p. 297.

[2] Cód. ch., art. 137. — *Bello*, L. 2, t. 1, lib. 10, Nov. Recop.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

tulo alguno oneroso ó lucrativo » hubiera sido suficiente para la aceptación de donación ó legado.

El artículo 182 no dice de una manera general que la mujer no puede obligarse sin autorización del marido. Ahora bien, una persona puede obligarse ya por contrato ya por cuasicontrato, delito ó cuasidelito.

375. El artículo 182 dice que la mujer no puede sin autorización del marido celebrar contrato alguno, y por consiguiente, no puede obligarse por los que celebre sin dicha autorización, pero sí lo puede por cuasicontrato, por delito ó cuasidelito, que son otras tantas fuentes de las obligaciones. Respecto de los cuasicontratos, es de observar que si el hecho voluntario que los engendra lo ejecuta un tercero, por ejemplo, si el gestor ha pagado una deuda de la mujer, ésta queda obligada en los términos de los artículos 2308 y 2309; si, por el contrario, es la mujer la que se constituye en agente oficioso de un ausente, no incurre en la responsabilidad de que habla el inciso 3º del artículo 2308, porque, sin la autorización del marido, los actos en que haya tenido parte carecen de valor legal, y no han podido afectar ni á terceros ni al mismo ausente.

La disposición del artículo 182 puede resumirse así : la mujer no puede, sin la autorización del marido, enajenar á título oneroso ni lucrativo; lo que comprende la constitución de hipotecas, usufructos, prendas, etc., es decir, toda constitución de derechos reales que pueda considerarse como enajenación parcial.

376. Por consiguiente, la mujer queda inhabilitada para la generalidad de los actos de la vida civil, salvo los que expresamente se le han permitido, tales como la facultad de prestar el consentimiento para el matrimonio de un hijo (artículos 117 y 118), la de reconocer un hijo natural (art. 55 de la Ley 153), la de adquirir la posesión de una cosa mueble (art. 784), la de revocar una donación hecha al marido (artículos 1056, 1195 y 1196) y la de ejecutar todos los actos conservatorios de su fortuna adquirida, siempre que no tenga que comparecer en juicio, por ejemplo, para interrumpir una prescripción, etc., en todo lo cual puede obrar libremente.

377. Además, según el

ART. 184. La mujer no necesita de la autorización del marido para disponer de lo suyo por acto testamentario que haya de obrar efectos después de la muerte [1].

Esto se funda ya en que el testamento es un acto puramente personal, que no tiene verdadero valor si no se hace con completa libertad, sin subordinar la voluntad del testador á la de ninguna otra persona, ya en que el testamento no ha de producir efectos sino después de la muerte de la mujer, ó sea cuando la potestad marital habrá dejado necesariamente de existir. En el texto son sin duda redundantes las palabras « que haya de obrar efectos después de la muerte » aplicadas al acto testamentario.

378. Según el inciso 1º del

ART. 181. Sin autorización escrita del marido, no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí, ni por procurador : sea demandando ó defendiéndose [2].

Este texto establece de una manera general y absoluta la incapacidad de la mujer casada para litigar, aun defendiéndose. Es cierto que todo litigio es cosa grave, y se comprende muy bien que el marido, jefe de la sociedad conyugal, tenga derecho de veto para actos de esta naturaleza, que pueden acarrear consecuencias importantes, ya pecuniaria, ya moralmente. Pero nos parece difícil justificar una disposición tal general fundándola únicamente en el carácter que el marido tiene de administrador de la comunidad de bienes. Hay pleitos en que la cuestión pecuniaria no desempeña sino papel muy secundario, y, en consecuencia, sería imposible justificar la necesidad de la autorización del marido por aquella sola consideración.

En efecto, la ley ha dado al marido el derecho de examinar no solamente las consecuencias pecuniarias del litigio, sino también las consecuencias morales y de cualquier otro orden. Además, hay que observar que la necesidad de

[1] Cód. ch., art. 139.
[2] Cód. ch., art. 136, inc. 1.º — *Bello*, L. 2, t. 1, lib. 10, Nov. Recop. — C. F. 215.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

la autorización subsiste aun respecto de la mujer que ejerce una profesión ó industria y de la mujer separada de bienes, las cuales pueden, sin embargo, ejecutar libremente actos capaces de arruinarlas y de arruinar la familia. La necesidad de la intervención del marido, aun en estos casos, no puede justificarse sino fundándola en la potestad que tiene sobre la persona de la mujer.

379. El principio general de que la mujer no puede parecer en juicio sin la autorización del marido, sufre las dos excepciones que consagra el inciso 2º del artículo 181 :

> Pero no es necesaria la autorización del marido en causa criminal ó de policía en que se proceda contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido, ó del marido contra la mujer[1].

La primera de estas excepciones se explica por sí misma, pues no se comprendería que el marido pudiese poner obstáculo al ejercicio de la justicia social, y no hay para que pedir permiso de quien no puede rehusarlo.

380. Si á consecuencia de la acción criminal intentada contra la mujer surge otra civil por daños y perjuicios, ¿necesitará autorización del marido para defenderse? Es necesario distinguir : si la acción civil se entabla directamente ante los tribunales civiles contra la mujer, no hay motivo para derogar la regla general establecida por el inciso 1º del artículo 181, y, en consecuencia, la autorización marital es indispensable; pero si la acción civil se entabla al propio tiempo que la acción criminal y ante el juez que conoce de esta última, aquélla debe considerarse como accesoria de la acción pública sometida al mismo principio que rige en ésta, es decir, que la mujer puede defenderse sin autorización del marido.

381. En cuanto á los litigios de éste contra la mujer, hay que observar que el solo hecho de parte del marido de intentar una acción contra la mujer, implica para ésta la autorización tácita de defenderse, pues no se concibe que el

[1] Cód. ch., art. 136, inc. 2.º — *Bello*, C. F. 216, Delvincourt, t. 1, n. 9, p. 79. Antonio Gómez, ad. l. 56, *Tauri*,núm. 3.

marido demande á su mujer, negándole al propio tiempo el permiso para comparecer en juicio.

La solución no tiene, pues, importancia sino en lo que concierne á los litigios de la mujer contra el marido. En tal caso naturalmente no se puede exigir la autorización del marido adversario de la mujer, pero sí se comprende y justifica que se exija para ello la autorización de la justicia, como en otras legislaciones se dispone.

En efecto, si no se permite á la mujer que ejerza una profesión distinta de la del marido, perseguir sin autorización de él ó de la justicia al menor de sus deudores, con mayor razón no se debería permitir á la mujer demandar libremente á su marido por un motivo cualquiera, pues tales demandas pueden tener graves consecuencias para la paz doméstica. Si se considera que entre los pueblos latinos las mujeres, por regla general, entienden poco de negocios, se comprenderá lo benéfico que sería para ambos cónyuges la obligación legal de la mujer de ocurrir al juez á fin de que, oyéndola, decida si realmente tiene motivos fundados para entablar demanda contra el marido.

382. Por lo demás, aun en caso de que la mujer litigue contra el marido, éste tendrá que suministrarle los auxilios que necesite para sus defensas judiciales, como lo establece el inciso 3º del artículo 181 :

> El marido, sin embargo, será siempre obligado á suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus acciones ó defensas judiciales.

Fúndase esta disposición en que, como la mujer casada no tiene generalmente bienes de que disponer, preciso es que el marido le proporcione los fondos necesarios para sus gestiones judiciales. La obligación de suministrar auxilios implica necesariamente que la mujer los necesite, por carecer de recursos propios suficientes.

En resumen : la mujer no puede ejecutar, en general y sin autorización del marido, actos jurídicos, ni comparecer en juicio.

383. ¿Cuál es la sanción de estas disposiciones?

1.º) En cuanto á la incapacidad de la mujer en juicio, es

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

preciso distinguir si ésta figura como demandante ó como demandada. Si la mujer es demandante, el demandado podrá impugnar la demanda oponiendo la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería hasta que obtenga la autorización necesaria. El juez tendrá también que desechar la demanda hasta que la mujer justifique que tiene autorización del marido ó que éste se la ha negado, caso en el cual el juez examinará si él debe ó no conferirla.

Si la mujer es demandada, el demandante deberá citar al marido, al mismo tiempo que á la mujer, para que dé la autorización necesaria, y si el marido rehusa darla ó si está ausente, el juez puede concederla[1].

2.°) En cuanto á los actos que la mujer ejecute sin la autorización del marido, son nulos; pero la nulidad es en tal caso relativa, como se deduce de los artículos 1504 y 1741.

384. El artículo 1743, después de indicar que la nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, dice en el inciso 2° : « la incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido ó del juez ó prefecto en subsidio habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido ». De aquí resulta que la nulidad de los actos de la mujer á quien falta la autorización, puede ser invocada por ella misma y por el marido.

De observar es también que esta solución no concuerda

[1] Los artículos 309 á 312 del Código Judicial señalan, como en seguida se indica, el procedimiento que debe observarse en los juicios que se entablen contra una mujer casada :

Art. 309. La mujer casada no puede comparecer en juicio como demandante sin licencia especial ó general de su marido.

Art. 310. Cuando se entable una demanda contra una mujer casada, debe notificarse previamente á su marido, si éste se hallarse presente en el lugar del juicio, á menos que la mujer tenga licencia especial para litigar, ó en general para hacer aquellas cosas que no serian válidas sin licencia de su marido, en cuyo caso no hay necesidad de aquella previa notificación.

Art. 311. Si el marido estuviere ausente y no se esperare de pronto su venida, comprobado esto por el actor, el juez concederá licencia á la mujer para que comparezca en el juicio, aunque el marido no haya sido notificado de la demanda.

Art. 312. En el caso de ausencia del marido, expresado en el artículo anterior, puede también el juez, conceder licencia á la mujer para demandar y defender sus bienes, acreditando la necesidad de hacerlo y la falta de apoderado constituido por el marido.

con el sistema según el cual no se exige la autorización del marido sino con el fin de mantener la unidad en la administración del patrimonio común, de suerte que este patrimonio no pueda ser modificado sino por la voluntad del marido á quien la ley constituye jefe de la comunidad; si tal hubiese sido la idea del legislador, le habría bastado dar al marido el derecho de invocar la nulidad, y no se podría decir, como lo hace el artículo 1743, que la incapacidad de la mujer casada se entiende establecida en beneficio de la misma mujer.

Como quiera que sea, es cierto que el marido y la mujer pueden invocar la nulidad, y siendo ella relativa, puede sanearse por el trascurso del tiempo y por la ratificación.

385. ¿Quién puede ratificar el acto nulo en tal caso, y cómo se hace la ratificación? Á esto responde el inciso 1° del

ART. 187. El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado á su mujer, y la ratificación podrá ser también general ó especial[1].

Hay falta de armonía entre esta disposición y la que concede al marido y á la mujer el derecho de invocar la nulidad. La ratificación de un acto nulo es la renuncia al derecho de pedir la nulidad de ese acto, y tiene que emanar de quien pueda invocarla. Por tanto, en este caso debería exigirse la ratificación de la mujer y del marido conjuntamente ó la de la mujer autorizada por el marido. No puede decirse que para la perfección del acto faltaba la voluntad del marido y que basta que esa voluntad se manifieste después. La autorización del marido tiene que ser anterior ó concomitante al acto; una vez nacida la nulidad en favor de la mujer, no puede sanearse sino por ella misma en lo que le concierne. Sólo en el caso de que el marido únicamente tuviera la facultad de invocar la nulidad, sería correcto decir que por sí solo puede renunciar á esta nulidad, ó sea ratificar el acto.

386. No hay que confundir, además, la ratificación de un acto nulo por incapacidad de la persona que lo ejecutó, con la ratificación de un acto ejecutado sin poder por un individuo en calidad de agente oficioso; esta última ratificación

[1] Cód. ch., art. 142, inc. 1.° — *Bello*, L. 14, t. 1, lib. 10, Nov. Recop.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

está sometida á reglas propias, que estudiaremos en debido tiempo. Tratándose de actos ejecutados, sin autorización, por mujer casada, es indispensable examinar si el acto interesa á ella de tal suerte que su intervención fuera necesaria en él, ó si, por el contrario, se trata de un acto que es de la incumbencia exclusiva del marido, por referirse á sus bienes propios, á la sociedad conyugal, ó á la administración de los bienes de la mujer. En este último caso, se concibe que haya ratificación por el marido solo, pues se trata entonces de ratificación de un acto celebrado sin poder suficiente. Á esta clase de ratificación pertenece la tácita de que se habla en el inciso 3º del artículo 192, *in fine*. En semejante hipótesis, sí es lógico que el marido ratifique solo, y, en realidad, él solo puede ratificar. Pero si se trata de un acto que interese á la mujer, de tal suerte que sea parte principal en él, como la enajenación de un bien propio, su intervención debería ser necesaria para sanear la nulidad nacida en su favor. No habiendo hecho el legislador la distinción entre los actos que la mujer ejecute por su propia cuenta y lo que ejecute por cuenta y á nombre del marido, se explica que tampoco haya hecho distinción entre la ratificación de unos y la ratificación de otros.

387. ¿Cómo puede hacer el marido la ratificación?

El inciso 1º del artículo 187, relativo á la ratificación expresa, admite tanto la ratificación general como la especial; de modo que el marido podrá ratificar por medio de una sola declaración formal todos los actos que la mujer haya celebrado sin autorización. Además, según el inciso 2º de aquel artículo :

> La ratificación podrá ser tácita, por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia[1].

Según esta disposición, se necesita un acto del marido; la mera abstención no bastaría; especialmente el silencio del marido después de que tuvo conocimiento del acto de la mujer no puede considerarse como acto de ratificación tácita[1], si no ha transcurrido el plazo legal dentro del cual prescribe la acción de nulidad. Lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 192 para un caso distinto, no puede extenderse.

[1] Cód. ch., art. 142, inc. 2.º

§ 3.º *Autorización del marido.*

388. Al tenor del

> Art. 183. 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 ha previsto[2].

Por consiguiente, no hay otra autorización tácita que la que resulta del concurso del marido en el acto celebrado por la mujer, y aun en tal caso, la ley exige que el marido intervenga expresa y directamente. ¿Qué significa aquí la expresión *expresamente?* ¿Que el marido debe declarar en el acto que interviene para autorizar á su mujer? Pero en tal caso hay autorización expresa. Más fácilmente se explica el significado del término *directamente :* puede interpretarse en el sentido de que se exige la intervención del marido como parte, y no como simple testigo, por ejemplo. Se supone así que el marido y la mujer son partes en el acto, lo cual podrá suceder : 1º si el acto se efectúa entre el marido y la mujer; y 2º en el caso de que ambos celebren de común acuerdo un acto con un tercero, como un empréstito, una compra, etc.

389. Pero de la circunstancia de que el marido pueda ratificar tácitamente los actos de su mujer que no haya autorizado ¿podrá deducirse que, fuera de los casos previstos en el artículo 183, hay otros de autorización tácita? ó, por lo menos ¿no debe admitirse que hay casos en que no es necesaria la autorización escrita, á pesar del texto del artículo 183?

Cuestión delicadísima es esta que creemos debe resolverse por la distinción hecha ya, y sobre la cual tendremos que

[1] G. J. IX, 224, 2.
[2] Cód. ch., art. 138. — *Bello*, G. F. 217; Delvincourt, t. 1, n. 10, p. 79.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

volver, entre los actos que la mujer ejecuta por su propia cuenta y los que ejecuta por cuenta del marido ó de la sociedad conyugal. La disposición del artículo 183 que exige autorización del marido se tomó, como lo indica el señor Bello, del artículo 217 del Código francés. Ahora bien, en este artículo la palabra *autorización* se emplea únicamente en su sentido propio, cuando se trata de actos en que la mujer es parte, y que se enumeran limitativamente : donar, enajenar, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso.

Cuando se trata de actos que interesen al marido, y para los cuales confiere poder á su mujer, ninguna formalidad especial se exige : el poder puede conferirse aun tácitamente, y, en ciertos casos, la ley francesa, lo mismo que el Código colombiano, presume el poder, lo cual es incompatible con la exigencia de un escrito para la validez del acto de voluntad del marido que constituye el poder. En realidad, no hay motivo para exigir, respecto del mandato que el marido confiere á su mujer, formalidades que no se requieren cuando lo confiere á un tercero, que bien puede ser un menor de edad.

En tal virtud, aunque reconocemos que la solución habrá de parecer exorbitante en presencia de los textos legales, creemos que no será necesario que la autorización conste por escrito, cuando la mujer obre por su cuenta y en nombre del marido, sino en los casos en que tal formalidad se exija conforme á las reglas generales sobre el mandato.

390. Así, supongamos el caso siguiente : el marido se presenta con su mujer en casa de un joyero, y le dice : « autorizo á Ud. para que dé á mi esposa todas las joyas que, hasta la cantidad de mil pesos, quiera comprarle ». La mujer, haciendo uso de esta autorización, efectúa la compra dentro del límite señalado por su marido : ¿podrá éste, arrepentido, pedir la nulidad del contrato y rehusar el pago, alegando que faltó la autorización escrita exijida por el artículo 183? Pero si en lugar de la mujer suponemos que la persona á quien confirió el marido la autorización verbal del modo indicado, fué á un hijo menor ó á un tercero cualquiera, el acto será perfectamente válido : ¿cuál podría ser

el motivo de aquella excesiva severidad respecto de la mujer?

Además, el joyero tendría facultad de decir : « yo no pretendo haber tratado con una mujer autorizada : á la persona con quien Ud. se presentó le dió poder claro y terminante para que me hiciese compras; Ud. me debe no como marido sino como mandante », y creemos que los tribunales deberían concederle la razón.

Finalmente es de notar que el artículo 1807 habla de deudas contraídas por la mujer con *mandato* general ó especial, ó con autorización expresa ó *tácita* del marido.

391. En el artículo 185, se dice :

ART. 185. La autorización del marido puede ser general para todos los actos en que la mujer la necesite, ó especial para una clase de negocios ó para un negocio determinado [1].

Esta disposición, según la cual el marido puede dar á la mujer una autorización general para todos los actos en que aquélla la necesite, es contraria á lo dispuesto en el Código francés. Sus comentadores dicen, con razón, que el marido que autoriza á su mujer para todos los actos de la vida civil, no ejerce en ello la autoridad marital, sino que la abdica.

Para justificar la disposición á que nos referimos se alega que no hay motivo para que la mujer no pueda recibir mandato general del marido, como puede recibirlo un extraño, y que, por tanto, el marido puede conferirle tal mandato con el nombre de autorización general [2].

Consideradas las cosas desde el punto de vista de los principios jurídicos, abstracción hecha de las disposiciones del Código, este razonamiento reposaría sin duda en una confusión. No puede admitirse que la autorización marital propiamente dicha equivalga al mandato, y para demostrarlo tendremos que anticipar algunas nociones sobre lo que es mandato.

392. El mandato es un contrato por el cual una persona (mandante) encarga á otra (mandatario) la gestión de uno á

[1] Cód. ch., art. 140. — *Bello*, L. 14, t. 1, lib. 10, Nov. Recop.
[2] V. Chacón, *op. cit.*, p. 153.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

más negocios por cuenta y en nombre de la primera. El mandatario no obra para sí mismo; no es parte en el acto; éste no produce efectos sino respecto del mandante. Como lo dice muy bien el artículo **2142**, la gestión del negocio se hace por cuenta y riesgo del mandante. En tal caso se dice que hay representación : el mandante es representado, el mandatario representante. El mandatario no se obliga por el acto, no obliga sino al mandante, quien se reputa que ha obrado personalmente : *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Así, un individuo da á otro el encargo de comprarle una casa; el último cumple con el mandato y hace para el mandante la compra al fiado. El mandante se hace acreedor de la casa y deudor del precio; el mandatario permanece extraño en absoluto á las consecuencias jurídicas del acto; el vendedor sabe que contrató con el mandante y no con el intermediario, á quien nada puede reclamar.

Muy distinta es la teoría general de autorización. Por la autorización se habilita á un incapaz, se completa su personalidad jurídica, á fin de que pueda válidamente celebrar un acto que por sí solo no podrá ejecutar. Se trata, pues, de un acto que interesa al incapaz y no al que lo autoriza; merced á la autorización, el acto producirá en la persona del autorizado los mismos efectos que si hubiera sido ejecutado por una persona completamente capaz, sin que nazca relación jurídica ninguna entre el que autoriza y el que trata con el incapaz; de donde resulta que ninguna obligación se origina contra el autorizador : *qui auctor est non se obligat*.

393. Haciendo aplicación de estos principios á los actos de la mujer casada, habría que distinguir como lo indicamos arriba los que ejecuta en su nombre propio y en beneficio particular, con autorización del marido, de los que celebra en calidad de mandataria, por cuenta y riesgo del marido, para asuntos que interesan á la sociedad conyugal, ó para asuntos que exclusivamente interesan al marido.

En el primer caso, tratándose de un acto que interesa únicamente á la mujer, los efectos de aquél deben producirse en su persona.

De donde resulta que las obligaciones consecuenciales del

acto celebrado pueden hacerse efectivas sobre los bienes propios de la mujer; pero además debe tenerse en cuenta que la mujer es copropietaria de lo que constituye el haber conyugal, y aunque el marido, jefe de la comunidad, es el único que tiene facultad de obligar los bienes comprados, puede considerarse que al dar la autorización ha consentido en que la mujer pudiera obligarlos ejerciendo sus derechos de copropietaria. De aquí que la obligación contraída por la mujer con autorización del marido pueda hacerse efectiva asimismo sobre los bienes de la mujer y sobre los de la sociedad conyugal. Como los bienes comunes y los del marido forman un solo patrimonio, respecto de terceros, en definitiva los acreedores de la mujer autorizada tendrán acción sobre los bienes personales de ella, sobre los comunes y sobre los del marido.

En el segundo caso, ó sea cuando la mujer obra en virtud de un mandato expreso ó tácito, en asuntos que interesan á la sociedad conyugal ó al marido, los resultados del acto que ejecute deb ern obligar únicamente al marido; no hay motivo para hacer responsable á la mujer en sus bienes propios y no deberían quedar afectados sino los de la comunidad junto con los del marido.

Tales son los resultados á que nos conduce la aplicación de los principios tradicionales en materia de autorización y de mandato.

393 *bis*. Viniendo ahora al derecho positivo, ¿cuál es el sistema del Código?

En él y cuando el marido administra todos los bienes de la mujer, no se ha hecho la distinción entre las dos clases de actos de que hemos hablado, pues se establece como regla general que, cuando la mujer obra con autorización del marido, éste es el principal obligado, y el compromiso contraído por la mujer no puede hacerse efectivo sobre los bienes de ella sino en la medida del provecho personal que reportare del acto.

394. Conforme al inciso 2º del artículo **191**,

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; y obliga

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

además sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto; y 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[1].

En tal virtud, la mujer que celebra un acto jurídico con autorización del marido obliga á éste. ¿Cuál es el fundamento de esta disposición? Parece que el legislador ha considerado que, habiendo sociedad de bienes entre los cónyuges, los actos de la mujer han de ser en beneficio común, y en virtud de tal presunción ha apreciado el acto como si fuera del marido mismo, encargado de todo lo que toca á los intereses comunes. Se han aplicado, en consecuencia, las reglas que hemos expuesto acerca del caso en que la mujer obra en virtud de un mandato del marido en asuntos que interesan á la sociedad conyugal. Pero claro es que con este sistema si se aplicara rigurosamente la regla, se haría abstracción de la personalidad de la mujer cuando no tiene bienes que administre separadamente. La mujer sería incapaz de obligarse, aun con autorización del marido, por sus actos jurídicos. Sólo quedaría sometida al principio general de que nadie puede enriquecerse sin causa á expensas de otro.

Aun en el caso de que no administre ninguna parte de sus bienes por separado, puede suceder sin embargo, que la mujer necesite ejecutar actos jurídicos que no interesen sino á ella, y entonces los resultados á que conduciría el sistema absoluto del Código no son justiciables : sólo la mujer es parte en el acto; contrata para ella, y en nombre propio; luego debe ser la principal obligada. Los bienes de la comunidad y los del marido no deben estar afectados al pago sino

[1] Cód. ch., art. 146, inc. 2.º — *Bello :* « Esto pugna con la ley 3, t. 11, lib. 10, Nov. Recop., que dispone que la mujer no puede constituirse fiadora de su marido, aunque se alegue que la deuda es en provecho particular de ella; pero que si la mujer, en vez de constituirse fiadora, se constituye *correa debendi* (que es algo más duro para ella), tengan los acreedores contra ella la acción de *in rem verso ¿Cur tam varie?* Se ha preferido para todos los casos una regla uniforme. Que la mujer autorizada por el marido contrate simplemente con un tercero, ó se constituya fiadora del marido ó que ambos contraten mancomunada ó solidariamente con un tercero, es una misma la regla. En el título de la sociedad conyugal se explica qué es lo que debe entenderse por beneficio particular de la mujer ».

de una manera indirecta y en virtud de la confusión de los patrimonios.

Supongamos que la mujer contrata una deuda personal de las de que se habla en el inciso 2º del artículo 1796, por ejemplo para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior. La sociedad conyugal, y por consiguiente los bienes del marido, podrán perseguirse para obtener el pago, en virtud del inciso 3º del mismo artículo 1796. Claro parece que el deudor directo y principal es la mujer, y, en todo caso, el acreedor podrá exigir que se le pague con los bienes propios de aquélla, aun después de disuelta la sociedad conyugal. Cierto es que se considerará en tal caso que la mujer ha reportado beneficio particular del acto, por el valor total de la deuda, pero aunque no fuese así, se debe admitir que hay, conforme á la terminología empleada por el legislador en el Libro 4º, *deudas personales* de la mujer casada.

395. Acerca de la forma en que debe darse la autorización del marido, cuando no interviene en el acto, el artículo 183 se limita á decir que la autorización debe ser escrita. Nos parece, sin embargo, que no siempre bastará hacerlo así, y que tal autorización deberá acomodarse, en cuanto á la forma, á la naturaleza del hecho jurídico que la mujer pretenda realizar; de modo que si es un acto para cuya perfección requiere la ley la forma auténtica, la autorización deberá darse por instrumento público.

396. De acuerdo con el

Art. 186. El marido podrá revocar á su arbitrio, sin efecto retroactivo, la autorización general ó especial que haya concedido á la mujer[1].

Natural es que la revocación no surta efecto retroactivo, pues deben respetarse los derechos adquiridos legítimamente por los terceros que hayan contratado con la mujer autorizada.

396 *bis*. No dice el Código cómo ha de verificarse esta revocación; pero como ella tiene por fin evitar que los terceros contraten con la mujer en la errónea creencia de que continúa en uso de la autorización conferida, si ésta fuere espe-

[1] Cód. ch., art. 141

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

cial, la ratificación deberá notificarse particularmente al tercero interesado, y si fué general, deberá dársele publicidad, para que llegue ó pueda llegar á conocimiento de todos. Esto último puede deducirse por analogía de lo dispuesto en los artículos 195 y 536. Además, podría, también por analogía, aplicarse lo que se establece acerca de los poderes en el artículo 16 de la Ley 105 de 1890, que dice : « La revocación de un poder general surte sus efectos respecto de tercera persona siempre que se compruebe que tuvo conocimiento oportuno de aquélla. Si en el periódico oficial de un departamento se avisa al público la revocación de un poder general, los efectos de ésta se surten, respecto de los vecinos del mismo departamento, después de treinta días de hecha la publicación. Si ésta se hiciere en el periódico oficial de la Nación, los efectos de la revocación se surten en toda ella tres meses después de verificada la publicación ».

397. Al tenor del inciso 1º del

ART. 192. Se presume la autorización del marido en la compra de cosas muebles que la mujer hace al contado[1].

Fúndase esta presunción en que, cuando la mujer compra cosas muebles *al contado*, es razonable creer que ha recibido del marido el dinero necesario para ello, lo cual está de acuerdo con las costumbres sociales. Sin embargo, preciso es no extender dicha autorización de modo que se ponga en peligro la prosperidad de la sociedad conyugal; para apreciar hasta donde se extiende la autorización tácita, deben tenerse en consideración la cuantía del patrimonio común y la naturaleza de las cosas de que se trata. En todo caso, la presunción de que aquí se habla es una presunción *sui generis*, que sólo puede destruírse con la prueba de que se ha notificado al vendedor, ó al público, en general, por medio de avisos, que el marido retira á la mujer esa autorización presunta. No bastaría que el marido probara que prohibió á su mujer hacer tales ó cuales compras.

398. Según el inciso 2º del mismo artículo 192,

[1] Cód. ch., art. 147, inc. 1.º

Se presume también la autorización del marido en las compras al fiado, de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia[1].

Muy claramente se ve el fundamento de la presunción aquí establecida : el marido, como jefe de la comunidad de bienes, debe atender á las necesidades ordinarias de su familia, adquiriendo todo lo que, como alimentos, vestidos, etc., sea indispensable para ello, y, por tanto, nada más natural que suponer ó presumir, mientras no se aduzca prueba en contrario, que la mujer procede con autorización de su marido, ó sea con un mandato tácito, para las compras que de aquella clase haga aun *al fiado*.

399. Si en los dos casos anteriores es razonable presumir la autorización del marido, no sucede lo propio tratándose de la compra de joyas, muebles preciosos y cosas semejantes que no son indispensables para la mujer ó la familia, y que, por su precio, pueden gravar considerablemente los recursos de la sociedad conyugal. De aquí lo que dispone el inciso 3º del artículo á que venimos refiriéndonos :

Pero no se presume en la compra al fiado de galas, joyas, muebles preciosos, aun de los naturalmente destinados al vestido y menaje, á menos de probarse que se han comprado ó se han empleado en el uso de la mujer ó de la familia, con conocimiento y sin reclamación del marido[2].

Cuando concurren las dos circunstancias de que habla la parte final del texto, es decir, cuando se comprueba que las cosas compradas se han empleado en el uso de la mujer ó de la familia, y que el marido, á pesar de haber tenido conocimiento del hecho, no ha reclamado, el acto que celebró la mujer se revalida por una especie de ratificación tácita.

§ 4.º *Autorización de la justicia.*

400. La autorización de la justicia puede suplir á la del marido cuando éste no puede ó no quiere darla.

Si el marido rehusa su autorización á la mujer, ésta podrá

[1] Cód. ch., art. 147, inc. 2.º
[2] Cód. ch., art. 147, inc. 3.º

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ocurrir al juez de conformidad con lo establecido en el inciso 1º del

Art. 188. La autorización del marido podrá ser suplida por la del juez con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo, y de ello se siga perjuicio á la mujer[1].

401. ¿Cómo se justifica esta disposición? Si se admite que la sola base de la incapacidad de la mujer es el carácter que el marido tiene de jefe de la comunidad de bienes, tal justificación no puede encontrarse fácilmente, y, al contrario, aparece con entera claridad si se admite que la necesidad de la autorización del marido se funda tanto en el poder que tiene sobre la persona de su esposa como en su calidad de jefe de la comunidad de bienes. En efecto, se comprende que en ejercicio de su potestad sobre la persona de la mujer, con las consecuencias que de ella resultan acerca de los actos jurídicos de ésta, pueda abusar el marido, y, por tanto, es natural que se conceda á la mujer el derecho de apelar contra las decisiones de aquél. Á propósito, conviene observar que los mismos que niegan que la inhabilitación de la mujer se funda en una idea de protección ó de sumisión á la potestad del marido, dicen, para explicar la autorización judicial, que « la potestad del marido es un poder de protección y no de opresión; el juez puede corregir los excesos de ese poder cuando se ejercitan en daño de la mujer[2] ».

402. Si el marido no puede dar su autorización por hallarse ausente ó loco, ó por otro motivo análogo, y la mujer necesita ejecutar algún acto jurídico, no hay otro remedio que occurrir al juez, quien dará ó no la autorización, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 188 :

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[2].

403. ¿Cuál es el efecto de la autorización de la justicia? Sobre el particular dice el inciso 1º del

[1] Cód. ch., art. 143, inc. 1.º — *Bello* (sobre todo el articulo) ; C. F. 218, 219, 222; Delvincourt, t. 1, n. 15, p. 79.
[2] V. Chacón, *loc. cit.*, p. 155.
[3] Cód. ch., art. 143, inc. 2.º

Art. 191. La autorización judicial representa la del marido y produce los mismos efectos, con la diferencia que va á expresarse[1].

El inciso 2º, transcrito en otro lugar, agrega que la autorización de la justicia produce los mismos efectos que la del marido, en caso de impedimento accidental de él, con tal que haya podido presumirse el consentimiento de éste. En tal caso, por consiguiente, la mujer, aunque autorizada sólo por la justicia, obligará al marido y á la comunidad, y no obligará sus bienes propios sino hasta concurrencia del beneficio particular que ella reporte del acto.

404. En el otro caso, es decir, cuando el marido rehusa autorizar á la mujer y el juez concede tal autorización, se observará lo dispuesto en los incisos 3º y 4º del artículo 191 :

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, ó el marido, hubieren reportado del acto[2].

Además, si el juez autorizare á la mujer para aceptar una herencia, deberá ella aceptarla con beneficio de inventario; y sin este requisito obligará solamente sus propios bienes á las resultas de la aceptación[3].

Por tanto, cuando la mujer obra contra la voluntad del marido, aunque autorizada por el juez, el sistema cambia completamente; ya no puede hablarse de mandato; se reconoce que la mujer obliga todos sus bienes, y, por consiguiente, que trata en su propio nombre. Natural es que la autorización del juez no produzca los mismos efectos, respecto al marido, que la autorización de éste; pero no se explica que, en cuanto á la mujer, y en actos en que ella es parte, la autorización judicial produzca efecto más amplio que la del marido. En ambos casos la situación de la mujer es una misma; se trata de una persona incapaz á quien se

[1] Cód. ch., art. 146, inc. 1.º
[2] Cód. ch., art. 146, inc. 3.º — *Bello :* « Obligando al haber social, quedan obligados por el mismo hecho los bienes del marido ».
[3] Cód. ch., art. 146, inc. 4.º — *Bello* : « L. 10, t. 20, lib. 10, Nov. Recop. Esta ley no habla de autorización judicial; se ha creido conveniente agregar este requisito á la aceptación de una herencia contra la voluntad del marido, por razones obvias que se deducen de la potestad marital, y que ha explicado muy bien Delvincourt, nota 9, á la p. 79 del tomo 1.º »

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

habilita por extraña autorización, y, en consecuencia, debería decidirse tanto en el uno como en el otro caso que la mujer puede obligarse personalmente, y obligarse en todos sus bienes.

Por lo demás, los actos de la mujer á quien el juez autoriza contra la voluntad del marido, obligan el haber social y los bienes de aquél hasta concurrencia del beneficio que la sociedad ó el marido reporten de ellos[1]. Para apreciar esta disposición, así como lo que establece que la mujer autorizada por el marido obliga sus bienes propios hasta concurrencia del beneficio particular que ella reporta, debe tenerse en cuenta el inciso 2º del artículo 1747 que dice que una persona se entenderá haberse hecho más rica, « en cuanto las cosas pagadas ó las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; ó en cuanto las cosas pagadas ó las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas ». Véase además la nota del señor Bello en el inciso 2º, del artículo 191.

405. Claro es que la mujer no podrá alegar una ausencia cualquiera del marido para obtener la autorización judicial: es necesario que compruebe que de la demora se le sigue perjuicio. Además, conforme al artículo 561 en relación con los artículos 190 y 1814, si el marido se ausenta y no se sabe su paradero, ó si ha dejado de estar en comunicación con los suyos, y no ha constituído procurador, debe la mujer solicitar la administración de la sociedad conyugal, y, obtenida, administrará, de acuerdo con el artículo 1815, con iguales facultades que el marido, y podrá además ejecutar por sí sola los actos para cuya legalidad es necesario al marido el consentimiento de la mujer, ó, si no quisiere tomar sobre sí la administración de la sociedad conyugal, ni someterse á la dirección de un curador, podrá, conforme al artículo 1818, pedir la separación de bienes.

406. Ya hemos visto que el Código permite al marido con-

[1] No hay conflicto entre esta regla y la del artículo 1796, num. 3º según la cual la sociedad conyugal (y por tanto los bienes del marido) está obligada al pago « de todas las deudas *personales* de cada uno de los cónyuges », ¿salvo compensación? — No, porque la disposición del inciso 3º del artículo 191 debe considerarse como excepcional respecto de la regla general del artículo 1796.

ferir autorización general á la mujer para todos los casos en que ésta la necesite; pero como la autorización judicial no puede darse sino con conocimiento de causa, ó sea previo el estudio y la apreciación que haga el juez respecto de cada caso particular en que se le solicite, la autorización de la justicia necesariamente tendrá que ser especial, ya para un acto determinado, ya para una serie de actos de la misma naturaleza.

407. Acerca de lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 191, observaremos que es regla general que todo incapaz debe aceptar las herencias con beneficio de inventario, como lo establece el artículo 1307, de modo que dicho inciso es una mera aplicación de este principio.

408. Los artículos 189 y 190 se refieren, como en ellos mismos se indica, á materias que pertenecen al título de la sociedad conyugal, que trae el Código en el libro 4º, y por eso nos limitaremos á reproducirlos aquí, dejando el estudio correspondiente para hacerlo con el de la sociedad conyugal:

Art. 189. Ni la mujer ni el marido, ni ambos juntos, podrán enajenar ó hipotecar los bienes raíces de la mujer, sino en los casos y con las formalidades que se dirán en el Título *De la sociedad conyugal*[1].

Art. 190. Si por impedimento de larga ó indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia, ó desaparecimiento, se suspende el ejercicio de la potestad marital, se observará lo dispuesto en el Capítulo 4º del Título *De la sociedad conyugal*[2].

409. Conforme al

Art. 193. El marido menor de diez y ocho años necesita de curador para la administración de la sociedad conyugal[3].

Al menor de diez y ocho años, que no está bajo la patria potestad, debe ponérsele bajo la guarda de un curador que lo proteja en su persona y en sus bienes. Si el menor se

[1] Cód. ch., art. 144.
[2] Cód. ch., art. 145.
[3] Cód. ch., art. 148. — *Bello:* Vide Gutiérrez, *De tutelis*, p. 1, cap. 29, núms. 34 y 35. Allí se supone durar la inhabilidad de los casados hasta los 25 años; la ley 7, t. 2, lib. 10, Nov. Recop. la limita á los 17 años cumplidos; se ha preferido un término medio; según este Código puede obtenerse la habilitación de edad á los 21 años ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

casa, obtiene al cumplir los diez y ocho años, y por ministerio de la ley (art. 340) habilitación de edad.

Según lo dejamos expuesto, la potestad marital se extiende tanto á la persona como á los bienes de la mujer; pero es claro que la curaduría de que habla el artículo 193 no puede darse al varón menor de diez y ocho años sino para la administración de la sociedad conyugal, es decir, para el manejo de los bienes comunes, pues el marido, cualquiera que sea su edad, debe ser el único que puede ejercer potestad sobre la persona de su mujer. De estas reglas resulta que un individuo sometido á la patria potestad ó á la curaduría ejercerá, sin embargo, la potestad marital, situación que puede dar lugar á dificultades y á conflictos que desaparecerían si la edad para contraer matrimonio se fijara, respecto de los hombres, en aquella en que gozan de la capacidad relativa resultante de la habilitación de edad.

410. De observar es que, como el menor de diez y ocho años puede administrar libremente (art. 294) su peculio profesional ó industrial, y aunque los bienes del marido se confunden con los de la sociedad conyugal, el curador á que el artículo 193 se refiere no puede extender su administración á dicho peculio, pues lo contrario equivaldría á sostener que la capacidad legal del marido sufre menoscabo con el acto del matrimonio[1].

411. Al tenor del

ART. 194. Las reglas de los artículos precedentes sufren excepciones ó modificaciones por las causas siguientes :

1.ª El ejercitar la mujer una profesión, industria ú oficio;

2.ª La separación de bienes[2].

Esto nos conduce al estudio de la materia contenida en las dos secciones siguientes. Notaremos que el artículo 149 del Código de Chile incluye en la enumeración de estos casos el de divorcio; pero el divorcio acarrea separación de bienes, lo que justifica la supresión hecha en el Código colombiano.

[1] Según el artículo 308 del Código Judicial, el casado mayor de diez y ocho años puede comparecer en juicio libremente.

[2] Cód. ch., art. 149.

Sección II. — Excepciones relativas á la profesión ú oficio de la mujer.

412. Según el

ART. 195. Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión ó industria cualquiera (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza) se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes á su profesión ó industria, mientras no intervenga reclamación ó protesta de su marido, notificada de antemano al público, ó especialmente al que contratare con la mujer[1].

Así, por el solo hecho de que la mujer ejerza sin reclamación del marido una profesión, se presume que en sus actos obra autorizada por éste. Tal autorización presunta tiene los mismos efectos que la autorización efectiva; en consecuencia, la mujer al contratar obligará al marido y no se obligará ella misma. Los acreedores no podrán perseguir á la mujer sino subsidiariamente, en cuanto se haya enriquecido por motivo de los actos ó contratos que ejecute. Esta solución parece imponerse en presencia de los textos terminantes del Código, pero es muy criticable.

413. Por otra parte, creemos que la regla del artículo 195, á pesar de su generalidad, no se aplica sino en caso de que la mujer ejerza una profesión separada de la del marido, y así, si el marido es director de colegio, por ejemplo, y en esa profesión le ayuda su mujer, no por eso tendrá ésta autorización tácita para los actos y contratos relativos á la profesión común, y el marido podría rehusar cumplir los contratos que la mujer hubiere celebrado y que no estén comprendidos en los términos del artículo 192.

414. Por lo demás, es de observar que en algunos casos, como sucede en casi todos los ejemplos que el artículo establece, la mayor parte de las obligaciones que la mujer contrae son personales, que solamente ella puede cumplir, como cantatriz, nodriza, etc., mientras no se resuelvan en indemnización de perjuicios, de donde resulta que, en contra de la regla general, debe considerarse entonces á la mujer como principal y personalmente obligada.

[1] Cód. ch., art. 150.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

415. El artículo 196 dispone que

ART. 196. La mujer casada mercadera está sujeta á las reglas especiales dictadas en el Código de Comercio[1].

Este Código trata de la capacidad de la mujer casada en los artículos 12 á 14, que al pie producimos[2]. Conforme al primero de estos artículos, la autorización del marido para que su mujer ejerza el comercio debe darse por escritura pública, y, en consecuencia, sin una autorización de esta clase, los actos que ejecute quedarán sometidos al Código Civil y no al de Comercio, ó sea al artículo 195 de aquél. De observar es que el artículo 13 del Código de Comercio sienta el principio de que la mujer puede ser autorizada por el juez para ejercer una profesión mercantil, lo que naturalmente implica autorización general para los negocios de aquella clase. El artículo 14 permite á la mujer casada comerciante hipotecar libremente sus bienes, al contrario de lo que en el régimen del derecho civil establecen los artículos 189 y 1810 del Código respectivo. Por lo demás, la mujer casada divorciada ó separada de bienes, aunque habilitada para comerciar, necesita serlo especialmente para celebrar un contrato de sociedad mercantil, como terminantemente lo dice el artículo 464 del Código de Comercio.

[1] Cód. ch., art. 151.

[2] Art. 12. La autorización del marido, que según el artículo 150 del Código Civil (182 del Código Civil nacional) debe obtener la mujer casada no separada de bienes, para contratar y obligarse, debe darse por escritura pública, cuando sea para ejercer el comercio.

Si el marido no estuviere habilitado de edad, conforme al artículo 394 del citado Código (art. 340 del nacional), la autorización debe darla su curador, siempre que el marido no se oponga; y si en este caso la mujer fuere menor de veintiún años, necesita además la autorización de su propio curador.

Todas estas autorizaciones pueden darse en una sola escritura.

Art. 13. Cuando la mujer casada ejerza el comercio con autorización de su marido, quedarán obligados á las resultas del tráfico los bienes propios suyos, y los pertenecientes á la sociedad conyugal; pero si lo ejerciere con autorización judicial, ó de curador según la parte segunda del artículo anterior, sólo quedarán obligados los bienes propios de la mujer.

Si marido y mujer ejercieren juntos el comercio, quedarán obligados al tráfico todos los bienes propios del uno y del otro, y los de la sociedad conyugal.

Art. 14. La mujer casada, comerciante, puede hipotecar, para la seguridad de las obligaciones que contraiga como tal, los bienes que, según el artículo anterior, quedan afectos á las resultas de sus obligaciones mercantiles.

Sección III. — Excepciones relativas á la simple separación de bienes.

416. Como se ha visto, por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges. La comunidad constituye, pues, en Colombia el régimen normal ó general de los bienes de los esposos, pero, por excepción, puede la mujer tener la administración de una parte de los que le pertenezcan; puede también, sin divorcio, obtener, por decreto judicial, una completa separación de bienes.

El Código trata, según hemos dicho, de las reglas relativas á éste último caso en el capítulo 3º del título 9º que estudiamos; pero como en el título 22 del libro 4º es donde se ocupa extensamente de las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal, no pueden comprenderse fácilmente los principios relativos á la simple separación de bienes sino estudiándolos junto con las reglas del dicho título 22. Por eso, no obstante el habernos propuesto seguir en lo general el plan del Código, reservaremos el comentario de los artículos 197 á 212 para tratarlos en el respectivo título del libro 4º.

Observaremos además que no es lógico tratar de los bienes en el libro que el Código destina para el régimen de las personas y de las relaciones de familia. Esto no puede menos de producir confusión, que debería tratar de evitarse.

TÍTULO X.º

De los hijos legítimos concebidos en matrimonio.

417. Este título está dividido en cuatro capítulos: el 1º trata de las reglas generales sobre la materia; el 2º de las especiales para los casos de divorcio y nulidad del matrimonio; el 3º de las relativas al hijo póstumo; el 4º de

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

las relativas al caso de pasar la mujer á otras nupcias.

Este será también el orden que en el presente comentario seguiremos.

CAPÍTULO I.º

REGLAS GENERALES.

418. Para mayor claridad dividiremos este capítulo en dos secciones : 1ª de la presunción de paternidad; y 2ª del desconocimiento y del juicio de ilegitimidad.

Sección I. — De la presunción de paternidad.

De acuerdo con lo prescrito en el

ART. 213. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es *hijo legítimo*[1].

En el capítulo 5º del título preliminar hemos reproducido la definición que el artículo 51 del Código daba de la expresión *hijos legítimos*, definición que reprodujo textualmente el artículo 6º de la Ley 57 de 1887, añadiéndole un inciso para decir que todos los hijos que no son legítimos son ilegítimos, lo que era inútil por ser evidente.

Según la definición legal, la expresión hijos legítimos comprende no sólo los de que habla el artículo 213, que son propiamente los legítimos, sino también los legitimados. Esta terminología nos parece tener más inconvenientes que ventajas. Asimilados en todo los hijos legitimados á los legítimos, como lo están por el artículo 245, no podía haber duda de que los derechos reconocidos y las obligaciones impuestas á los hijos legítimos lo son igualmente para los legitimados.

Y á pesar de la definición legal, evidente es que en el título que estudiamos la expresión hijos legítimos no comprende á los legitimados, para los cuales está consagrado

[1] Cód. ch., art. 179, inc. 1.º

el título 11; por este motivo se dijo en la rúbrica del título 10 : « De los hijos legítimos concebidos en matrimonio »; debe entenderse, pues, que, cuando decimos simplemente hijos legítimos, empleamos la expresión en su sentido restringido. Inútil nos parece en el artículo 51 del Código y en el 6º de la Ley 57 la proposición incidental « que produce efectos civiles » relativa al matrimonio putativo, pues, según su definición, el matrimonio putativo es el que, á pesar de ser nulo, produce efectos.

419. Conforme al artículo 213, la concepción en el matrimonio es la que determina la legitimidad del hijo ¿Cuándo, pues, se podrá decir que el hijo ha sido concebido en el matrimonio? Sobre esto debe tenerse en cuenta el artículo 92, que establece la regla general para determinar la fecha presunta de la concepción, y el 214 que contiene una regla especial para decidir sobre la legitimidad del hijo nacido después de cierto tiempo contado desde la fecha de la celebración del matrimonio.

De acuerdo con el primero de los referidos textos, que ya hemos transcrito, « de la época del nacimiento se colige la de la concepción según la regla siguiente : se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento ».

Para determinar la fecha precisa de la concepción, hecho desconocido, el legislador toma como base el hecho cierto del parto, y fundándose en las indicaciones científicas, señala las dos fechas de la gestación mínima y máxima, ó sea 180 días para la primera y 300 para la última; pues, para evitar arbitrariedades, preciso era, en materia tan grave, señalar fechas fijas. Así lo hizo el legislador, declarando que la presunción establecida en el artículo 92 es de derecho, ó sea que no admite prueba en contrario.

Entre estos dos extremos, 180 días término mínimo, y 300 término máximo, tiene forzosamente que colocarse la fecha de la concepción (art. 92).

Conforme al inciso 1º del

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ART. 214. El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido [1].

Á primera vista parece que esta regla confirma pura y simplemente la del artículo 92; pero no es así : por aplicación de este último el hijo que nace ciento ochenta y un días después de la celebración del matrimonio puede suponerse concebido en cualquiera de los ciento diez y nueve días anteriores á esta fecha, como quiera que la gestación máxima reconocida por la ley es de trescientos días; por aplicación del artículo 214, que señala la regla para determinar la legitimidad, el hijo no puede en ningún caso considerarse concebido antes del matrimonio, sino en la parte del período legal de la concepción que coincide con él.

420. Aplicando la presunción del artículo 92 al hijo que nace de una mujer que está ó que fué casada llegamos á uno de los tres resultados siguientes :

1.° La época legal de la concepción es enteramente anterior al matrimonio;

2.° Esta época corresponde en todo ó en parte al tiempo del matrimonio;

3.° La época expresada es posterior al matrimonio.

Del primer caso se ocupa el legislador en el título 11. Por consiguiente, aquí no examinaremos sino los dos últimos.

421. *Primer caso. — La época de la concepción corresponde en todo ó en parte al tiempo del matrimonio.* — En este supuesto el hijo tiene por padre el marido. No se trata aquí sino de la atribución de la paternidad; se supone que la maternidad está probada; se trata de un hijo nacido de mujer casada.

¿Cómo se establece la prueba de la maternidad? Cuestión es ésta que explicaremos en el título 20 al hablar de las pruebas del estado civil.

La maternidad resulta del hecho visible del parto; puede por consiguiente probarse de un modo directo; la paternidad, al contrario, es un hecho que escapa á toda investigación.

[1] Cód. ch., art. 180, inc. 1.°

Unicamente la madre puede tener certidumbre, más ó menos completa, acerca del padre de su hijo, pero el testimonio de aquélla es sospechoso en tal materia. Por eso la ley estableció la presunción de que el marido es el padre de los hijos habidos por su mujer durante el matrimonio y concebidos en él, presunción que supone la fidelidad de la esposa y se halla contenida en la regla : *pater is est quem nuptiae demonstrant.*

La presunción de la ley no pasa de ser un mero supuesto; es posible que en algunos casos la fidelidad de la mujer no esté de acuerdo con la realidad de los hechos. De aquí se deduce que sería absurdo atribuír al marido, en todo caso, la paternidad de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio. La presunción legal puede, por tanto, destruírse con una prueba en contrario, pues si no es posible probar directamente la paternidad, es fácil demostrar á veces de una manera evidente la imposibilidad absoluta de que el marido sea el padre, y por ello la ley permite á éste, en circunstancias limitativamente determinadas, desconocer al hijo cuya paternidad se le atribuye en virtud de la presunción que el Código establece.

Estudiaremos en la sección 2ª de este capítulo las reglas relativas al desconocimiento.

422. *Segundo caso. — El período de la concepción es enteramente posterior á la disolución del matrimonio.* — Esto sucede cuando el hijo nace después de expirados los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio.

Como el legislador examina esta hipótesis en los casos de desconocimiento, y no la enuncia en el artículo 214, podría creerse que en tal caso también se aplica la presunción de paternidad. No es así, sin embargo : trátase aquí, no de discutir la legitimidad del hijo, sino de hacer declarar su ilegitimidad. Á esto se refiere el inciso 1° del

ART. 220. Á petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio [1].

[1] Cód. ch., art. 185, inc. 1.° — *Bello* : « Por ejemplo, son interesados los herederos del marido, el fideicomisario, cuando el marido es gravado bajo la condición *si sine liberis decesserit*, y no aparece otro hijo. — C. F. 315 ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Salà de Patrimonio Documental

Como se ve, no hay ninguna prueba que suministrar en esta hipótesis, salvo la de la fecha del nacimiento : el hijo no está protegido por la presunción legal de paternidad.

El legislador no declara que en tal caso el hijo es ilegítimo, y, por consiguiente, puede dudarse cuál es su situación jurídica. Teóricamente hablando, es ilegítimo, y ninguna duda quedará sobre ello si en el registro del estado civil se hace constar así; mas como puede suceder que se le haya inscrito como hijo del marido de su madre, muerto antes de los trescientos días anteriores al nacimiento, el hijo gozará prácticamente de las ventajas de la legitimidad, podrá llevar el nombre del marido de su madre, suceder á ésta como hijo legítimo, etc. Si nadie reclama contra la situación de hecho creada en tales términos, el legislador considera que no hay inconveniente en dejar gozar al hijo del estado civil cuya posesión tiene; pero basta que un interesado reclame, en cualquier tiempo, para que deba declararse la ilegitimidad.

423. Conforme al inciso 2º del artículo 220 :

> Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad [1].

Esta disposición no nos parece buena, pues aunque el padre haya estado en los últimos tiempos del matrimonio en imposibilidad física de cohabitar con su mujer, si el hijo nace antes de los trescientos días posteriores á la disolución, el período de la concepción coincide, en parte á lo menos, con el tiempo del matrimonio y debe aplicarse la presunción general. Esta tiene que destruírse por la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso á la mujer durante la época de la concepción; se trata, pues, de un verdadero juicio contra la legitimidad del hijo, y si dicho juicio no se efectúa, el hijo se considerará legítimo en virtud de los principios, y no en virtud de una concesión benévola del legislador. En otros términos, en el primer caso se hace constar que el hijo no puede invocar la presunción; en el segundo, se reconoce que el hijo está amparado por dicha presunción, y se trata de destruírla.

[1] Cód. ch., art. 185, inc. 2.º — *Bello* : « Por ejemplo, el marido muere en lugar distante cuatro meses después de haberse ausentado de su mujer ».

Para este último caso, la regla del inciso 2º del artículo 214, que pronto explicaremos, parece que era suficiente. No se ve por qué motivo se aplican reglas diversas según que la imposibilidad física del acceso á la mujer exista ó no en determinada época del matrimonio.

Como quiera que sea, en el caso del inciso 2º del artículo 220, la presunción de paternidad no se aplica, á pesar de que la época de la concepción coincide con la del matrimonio.

424. El inciso 3º del artículo 220 agrega :

> Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio.

425. Otra excepción á la regla general es la que consagra el artículo 20 de la Ley 57 de 1887 para el caso de divorcio ó separación legal de los cónyuges. Al tenor de este artículo :

> No se reputará hijo del marido el concebido durante el divorcio ó la separación legal de los cónyuges, á menos de probarse que el marido, por actos positivos, le reconoció como suyo, ó que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges (art. 20).

Por separación legal puede entenderse la separación que se efectúa durante la demanda de divorcio ó la de que se trata en el artículo 155, ó ambas cosas; podría sostenerse también que el legislador empleó la expresión « á la separación legal », como sinónima de divorcio, pero entonces sería redundante y debería decirse más bien « el divorcio ó separación legal ». Por otra parte, el término separación legal no se aplica correctamente ni al divorcio ni á la separación de que habla el artículo 155, ni á la separación que sigue á la demanda de divorcio; en estos tres casos se trata más bien de separación judicial. No hay caso de separación por el solo efecto de la ley.

Para aplicar al artículo 20 de la Ley 57 deben tenerse en cuenta las mismas reglas que para el caso de disolución del matrimonio. En consecuencia, si el período legal de la concepción coincide en parte con el tiempo en que los cónyuges

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

han permanecido unidos, y en parte con el que existió la separación, no se aplicará el artículo 20, porque el hijo estará amparado con la presunción de legitimidad. En otros términos, para que la regla de aquella disposición legal pueda tener cabida, es necesario que el período de la concepción, conforme al principio que hemos formulado, deba colocarse completamente en una época posterior al momento de la separación de los cónyuges. La excepción introducida por la primera parte del artículo 20 no se aplicará en ninguno de los dos casos á que se refiere la última parte del mismo artículo, ó sea : 1° cuando se pruebe que el marido reconoció al hijo como suyo; 2° cuando durante el divorcio ha habido reconciliación privada entre los cónyuges, pues en tales casos se vuelve al derecho común, á la regla general que favorece al hijo con la presunción de legitimidad.

Por lo demás, el reconocimiento que haga el marido no podrá deducirse de un mero silencio suyo, sino, como dice el texto, de actos positivos, tales como el de tenerlo en su casa como hijo, el de educarlo, etc. Respecto de la reconciliación privada, claro es que debe haber existido en un tiempo que coincida con el período legal de la concepción, y que debe establecerse con la prueba de actos que la supongan, como el trato cordial entre los cónyuges, las visitas del uno al otro, etc. La ley no se refiere sino á la reconciliación privada, porque, como ya sabemos[1], la reconciliación formal que pone fin al divorcio mediante el decreto del juez, dictado á petición de los cónyuges, restituye las cosas al estado normal del matrimonio.

Sección II. — Del desconocimiento y del juicio de ilegitimidad.

426. Como ya hemos dicho, la presunción de paternidad, según la cual el hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido de su madre, puede en ciertos casos destruírse mediante prueba en contrario.

En principio, el derecho de desconocer al hijo de una mujer

[1] V. art. 167.

casada no pertenece sino al marido. Durante el matrimonio la regla es absoluta :

ART. 216. Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo[1].

Tiene esto por fin evitar escándalos y perturbaciones en las familias; el marido es además el principal interesado. Debemos observar, por otra parte, que la palabra desconocimiento no se aplica bien sino al marido mismo. Después de la muerte del marido, otras personas pueden, con ciertas condiciones, hacer declarar ilegítimo el hijo á quien se aplica la presunción *Pater is est...* La acción, en tal caso no puede llamarse de desconocimiento; la llamaremos acción de ilegitimidad.

427. En dos parágrafos trataremos : 1° del desconocimiento; y 2° del juicio de ilegitimidad.

§ 1.° *Del desconocimiento.*

Respecto del desconocimiento del hijo concebido durante el matrimonio, deben examinarse dos cuestiones : 1ª en qué casos se puede desconocer; 2ª dentro de qué plazos.

428. N. 1.° *Casos en que se puede desconocer al hijo.* — Pueden enumerarse tres casos en los cuales el marido puede desconocer al hijo de su mujer :

1° En caso de absoluta imposibilidad física de tener acceso á la mujer; 2° en caso de adulterio de la mujer, acompañado de otras circunstancias; y 3° en caso de abandono por la mujer del domicilio conyugal.

Primer caso. — Absoluta imposibilidad física de acceso del marido á la mujer. — La facultad para el marido de desconocer al hijo en este supuesto resulta del inciso 2° del artículo 214 :

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la mujer[2].

[1] Cód. ch., art. 182.
[2] Cód. ch., art. 180, inc. 2.° — *Bello :* « Dos personas que viven á gran dis-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En lugar de la expresión « podrá no reconocer » hubiera sido más exacto decir « podrá desconocer », puesto que, por regla general, no se exige reconocimiento.

Como quiera que sea esta cuestión de términos, para que el padre pueda hacer declarar por la justicia que el hijo no es suyo, es necesario que pruebe que durante todo el período en que la ley presume la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la mujer.

Dicha imposibilidad puede resultar, por ejemplo, del alejamiento del marido por causa de un viaje á un lugar lejano á donde se haya trasladado antes de que comience el período legal de la concepción y del cual no regrese sino después de período; resultará también de la prisión é incomunicación de uno de los cónyuges. Como el Código habla de imposibilidad física de tener acceso á la mujer, el marido no podrá desconocer al hijo alegando impotencia ó esterilidad que no impiden la unión sexual, pero sí podría alegar todo aquello que, como una mutilación, haga imposible el acceso del hombre á la mujer.

Por oposición á lo que dice la ley acerca de la imposibilidad física, es preciso decidir que la imposibilidad moral de cohabitación, que no implica obstáculo material absoluto de unión carnal, pero sí obstáculos morales, como una enemistad profunda entre los cónyuges, no basta, en principio, para fundar el desconocimiento.

Pero si tal es la regla general, en ciertos casos puede el marido, para desconocer al hijo de su mujer, invocar la imposibilidad moral, y á ello se refiere el caso siguiente :

429. *Segundo caso. — Adulterio de la mujer.* — En caso de adulterio, dice el

Art. 215. El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le

tancia una de otro se casan por poderes ó cartas el 1º de Enero. El marido no pudo tener acceso á la mujer durante su ausencia, que termina en 1º de Julio. Les nace un hijo el 1º de Diciembre. Este hijo ha sido manifiestamente concebido durante el matrimonio, pero no pudo tener por padre al marido. L. 4, t. 23, p. 4; C. F. 312; Cód. de las *Dos Sic.*, 234; *Cód. Luis.*, 203, etc. »

admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes á justificar que él no es el padre [1].

Según esto, si el adulterio solo no basta para que la justicia autorice al padre para desconocer al hijo de su mujer, por lo menos le permite invocar otros hechos, de los cuales uno será la imposibilidad moral de cohabitación. La enemistad profunda no es suficiente prueba de que no hubo acceso; tampoco basta el adulterio, porque la mujer puede cometerlo sin perjuicio de que se haya realizado el acceso del marido; pero cuando las dos circunstancias se reúnen, casi hay certidumbre acerca de la ilegitimidad del hijo. La ley francesa exige todavía una circunstancia más : que la mujer haya ocultado el nacimiento al marido.

Cierto es que en tal caso hay una nueva razón para admitir el desconocimiento; únicamente la mujer puede saber de una manera más ó menos cierta quién es el padre de su hijo. Si oculta el nacimiento al marido, debe creerse que es porque tiene la convicción de que él no es el padre. Puede suceder, sin embargo, con este sistema, que la mujer, para hacer imposible el desconocimiento, tome mucho interés en que el marido conozca el parto. Así, en el sistema primitivo del Código Civil francés, aun habiendo separación de cuerpos, el marido no podía desconocer al hijo de la mujer separada, sino en caso de que se le hubiera ocultado el nacimiento. Hubo mujeres separadas que, para impedir que el marido desconociese al hijo, y á pesar de estar encinta por consecuencia de un adulterio, le hacían saber por acto extrajudicial el hecho del parto. Leyes posteriores han cambiado este sistema para los casos de separación y de divorcio, aun desde la demanda.

Nos inclinamos á creer con el legislador colombiano que, probado el adulterio, debe admitirse al marido que invoque todo hecho conducente á justificar que él no es el padre. El juez apreciará estos hechos, y naturalmente tendrá en cuenta, si hay lugar, la circunstancia de que la mujer haya ocultado el nacimiento al marido.

[1] Cód. ch., art. 181. — *Bello* : « C. F. 313, con alguna ampliación á favor del marido ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

430. Una aplicación especial del segundo caso de desconocimiento es la que establece el artículo 5° de la Ley 95 de 1890 :

En caso de divorcio declarado por causa de adulterio, el marido podrá en cualquier tiempo reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, siempre que pruebe que durante la época en que pudo tener lugar la concepción, no hacía vida conyugal con su mujer. Este derecho no puede ejercitarse sino por el marido mismo.

Queda así adicionado el artículo 217 del Código Civil (art. 5.°)

Esta disposición tuvo por objeto permitir, en el caso á que se refiere, que el marido pudiese desconocer al hijo en cualquier tiempo.

Puede dudarse de si el legislador quiso facilitar la prueba de otros hechos que con el adulterio concurran á demostrar la ilegitimidad del hijo, ó si, simplemente, se quiso extender el plazo del desconocimiento. Lo último parece deducirse del 2° inciso del artículo 5° : « Queda así adicionado el artículo 217 del Código Civil », artículo que se refiere precisamente al plazo. Pero de las expresiones de la nueva ley : « siempre que el marido pruebe que no hacía vida conyugal con su mujer », se deduce que exige menos que el texto del artículo 215; parece decir que en caso de divorcio por adulterio basta que el marido pruebe que no hacía vida conyugal con su mujer, que tenía, por ejemplo, un departamento separado, lo que no implica necesariamente que no ha habido unión accidental. Como quiera que sea, la nueva disposición no habla sino de divorcio por adulterio, y no establece un nuevo caso de desconocimiento.

431. *Tercer caso. — Abandono del hogar conyugal por la mujer*. — De esto habla el artículo 6° de la Ley 95 de 1890 :

En cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él. Este derecho no podrá ejercitarse sino por el marido mismo (art. 6°).

En tal caso el marido no tendrá que probar sino el hecho de que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal; á sus contradictores tocaría demostrar que la recibió nuevamente en su casa. En aquel supuesto puede no existir sino imposibilidad moral de cohabitación; sobre todo si el marido y la mujer viven en la misma ciudad, la cohabitación accidental, aun fuera del domicilo de aquél, es materialmente posible. Sin embargo, la ley no habla sino del caso en que el marido reciba á la mujer en su casa, de tal suerte que, según el texto, la mujer no podría probar, para impugnar el desconocimiento, que hubo accesos accidentales fuera de la casa del marido, consecuencia que, sin duda, no se ha previsto.

432. N. 2.° *Plazos que tiene el marido para ejercitar la acción de desconocimiento*. — Importa sobre manera que el estado civil de las personas no esté en suspenso durante mucho tiempo. Por esto la ley fija al marido un plazo corto dentro del cual únicamente puede ejercitar la acción de desconocimiento. El principio en esta materia lo formula el

Art. 217. Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente; á menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto [1].

Esta disposición se aplica cuando el desconocimiento se hace alegando, ya la absoluta imposibilidad física de acceso del marido á la mujer, ya el adulterio de la última acompañado de otras circunstancias. Pero hemos visto la excepción establecida por el artículo 5° de la Ley 95 de 1890 para el caso de divorcio declarado por causa de adulterio; en tal evento el marido puede desconocer al hijo en cualquier tiempo. Por consiguiente, en la hipótesis del artículo 215 basta al marido pedir el divorcio para tener de nuevo derecho á desconocer el hijo, aunque haya dejado transcurrir el plazo de sesenta días. De igual manera, en caso de que la mujer abandone definitivamente el hogar conyugal, el marido puede desconocer en cualquier tiempo al hijo concebido después.

[1] Cód. ch., art. 183. — *Bello* : « C. F. 316; se amplia el plazo ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En los casos en que la acción de desconocimiento haya de ejercitarse dentro de sesenta días, dicho término debe empezar á contarse desde el día en que el marido tuvo conocimiento de la fecha del parto. Naturalmente á los adversarios del marido corresponderá probar cuándo adquirió tal conocimiento. No siempre será fácil presentar esta prueba, y por eso la ley presume que el marido supo inmediatamente el hecho del parto, si aquél tenía su residencia en el lugar del nacimiento del hijo, á menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

Además, según el

ART. 218. Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta á la residencia de la mujer, salvo el caso de ocultación mencionado en el inciso precedente [1].

§ 2.º *De los juicios de impugnación de legitimidad.*

433. Hemos dicho que durante la vida del marido, sólo él puede reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer en el matrimonio. Pero muerto el marido, la legitimidad puede impugnarse por otros en las condiciones del

ART. 219. Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo en los mismos términos los herederos del marido, y en general toda persona á quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual.

Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento ó en otro instrumento público [2].

La acción de desconocimiento de parte del marido se basa, sobre todo, en un interés moral; la acción de la impugnación por parte de terceros se basa sólo en un interés pecuniario.

La acción de desconocimiento es enteramente personal del marido y no pasa á sus herederos; los términos del artículo 219 son poco correctos en este particular, porque parecen decir que los herederos podrán *no reconocer* al hijo.

[1] Cód. ch., art. 183, inc. 3.º — V. la nota de Bello al artículo 217.
[2] Cód. ch., art. 184. — *Bello :* C. F. 317.

Deben emplearse expresiones distintas para designar la acción del padre y la de los herederos y demás interesados.

De observar es que el Código Civil francés, del cual se tomó el artículo á que nos referimos, no concede el derecho de impugnación sino á los herederos del marido; el legislador de Chile, así como el de Colombia, lo conceden á toda persona interesada, lo que comprende, entre otros, á los herederos de la mujer, que tienen interés en que al hijo se le declare ilegítimo, porque entonces le corresponde un derecho más reducido sobre los bienes de su madre. Si se admite que la acción de impugnación de legitimidad se funda sólo en un interés pecuniario, se justifica el que puedan intentarla otras personas fuera de los herederos del marido. Pero para concederlo únicamente á los últimos puede decirse que los herederos son, en cierto modo, desde el punto de vista moral, los representantes del marido, por lo cual se reconoce á los herederos el derecho de demandar á los que ataquen la memoria del difunto. Impedir que un hijo adulterino lleve el nombre y reciba los bienes de su pretendido padre, puede ser también, en ciertas circunstancias, defender la memoria del último.

Pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que tal no ha sido la idea del legislador colombiano, y cualquier interesado puede hacer declarar ilegítimo al hijo, con tal de que el marido haya muerto antes de vencerse el término legal que tiene para desconocerlo.

434. En los casos de los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1890, como al marido no se le señala plazo, resulta que, cualquiera que sea el tiempo en que haya muerto, los interesados podrán impugnar la legitimidad del hijo, siempre que entablen la demanda dentro del término señalado por el artículo **221** del Código :

ART. 221. Los herederos y demás personas actualmente interesadas tendrán, para provocar el juicio de ilegitimidad, sesenta días de plazo, desde aquel en que supieron la muerte del padre, en el caso del artículo 219, ó en que supieron el nacimiento del hijo, en el caso del artículo 220.

Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle la excepción de

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ilegitimidad en cualquier tiempo que él ó sus herederos le disputaren sus derechos.

Si el marido hubiere desaparecido, el primero de los plazos señalados en este artículo se contará desde el primer decreto de posesión concedida á sus herederos presuntivos [1].

Para aplicar esta disposición es preciso distinguir si el hijo de que se trata se encuentra en posesión de los bienes á que los interesados tienen derecho una vez que se pruebe la ilegitimidad, ó si están en poder de los mismos interesados.

1.°) En el primer caso, los interesados disponen de sesenta días desde aquel en que supieron la muerte del padre, y, si éste ha desaparecido, sesenta días desde el primer decreto de posesión en favor de los herederos presuntivos, ó sea el decreto de posesión provisional. Esto se explica muy bien en cuanto á los herederos; si la posesión provisional se concedió al hijo que se pretendía legítimo, aquéllos tendrán sesenta días para impugnar la legitimidad, y declarada que sea ésta, podrán pedir, á su vez, que se les entreguen provisionalmente los bienes. Pero no es tan satisfactoria la solución en cuanto á los demás interesados, puesto que no pueden reclamar los derechos que tienen subordinados á la muerte del desaparecido sino después del decreto de posesión definitiva.

En cuanto á la disposición relativa al término en caso de que el pretendido hijo legítimo se halle en posesión de los bienes del padre, observaremos que puede dar por resultado suprimir en la práctica el derecho de ciertos interesados, por ejemplo el de los otros herederos de la madre, que tienen interés en hacer declarar ilegítimo al hijo para reducir la cuota de éste en la sucesión. El derecho del hijo á dicha cuota no se abre con la muerte del padre, sino después de la muerte de la madre; por lo mismo, en los sesenta días que sigan al fallecimiento del padre, y mientras viva la madre, no tienen interés actual en la declaración de ilegitimidad del hijo. El legislador les quita con una mano lo que les concede con la otra, puesto que el plazo que tienen para ejercer la acción corre cuando aún no pueden ejercitarla. Depende esto de haberse cambiado, en cuanto al punto de saber quién puede

[1] Cód. ch., art. 186. — *Bello :* inc. 1°, C. F. 317.

entablar la acción, el sistema del Código francés, al propio tiempo que se conservó este sistema en cuanto al plazo establecido en dicho Código respecto de los herederos del marido, únicos á quienes, según él, corresponde la acción.

2.°) Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes, se aplicará lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 221.

435. Además de los interesados pecuniariamente, la ley concede á los ascendientes del marido el derecho de provocar el juicio de impugnación de la legitimidad, basándose en el interés moral que del parentesco resulta :

ART. 222. Los ascendientes legítimos del marido tendrán derecho para provocar el juicio de ilegitimidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión del marido; pero deberán hacerlo dentro de los plazos señalados en el artículo precedente [1].

436. Conforme al inciso 1° del

ART. 223. Ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido, ó por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el juez, el cual nombrará curador al hijo que lo necesitare para que le defienda en el [2].

La primera parte de este inciso es evidentemente innecesaria.

437. Según el inciso 2° :

La madre será citada, pero no obligada á parecer en el juicio [3].

La madre tiene que ser citada, porque necesariamente la sentencia producirá efectos respecto de ella. Si la sentencia declara que el hijo no pertenece al marido de su madre, aquél necesariamente ha de ser hijo ilegítimo de la última.

En cuanto á la disposición de que la madre no será obligada á parecer en juicio, es mera obligación de los principios generales que establecen que el demandado, sin dejar de ser parte, no está forzosamente en la obligación de comparecer

[1] Cód. ch., art. 187. — *Bello :* « Véase Delvincourt, tomo 1°, p. 209, § *Il faut observer...* ».
[2] Cód. ch., art. 188, inc. 1.°
[3] Cód. ch., art. 188, inc. 2.° — *Bello :* « inc. 2°, C. F. 318, con las notas de Delvincourt ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

personalmente en el juicio, y al formularla sin duda se ha querido indicar á la mujer la facultad que tiene de evitar la comparecencia en litigios en que se hallan comprometidos su honor y su dignidad personal.

438. De acuerdo con el inciso 3º del artículo **223** :

No se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en el adulterio [1].

Esta regla es aplicación de un principio que los romanos formulaban así : *nemo auditur propriam turpitudinem alegans.* Nadie será oído cuando alega su propia ignominia.

439. Finalmente, según el

ART. 224. Durante el juicio se presumirá la legitimidad del hijo, y será mantenido y tratado como legítimo ; pero declarada judicialmente la ilegitimidad, tendrá derecho el marido, y cualquier otro reclamante, á que la madre le indemnice de todo perjuicio que la pretendida legitimidad le haya irrogado [2].

La primera parte de este artículo es aplicación del derecho común : como el estado civil del pretendido hijo ilegítimo no puede cambiarse sino en virtud de la sentencia, mientras ella no se dicte, el hijo conservará su anterior estado.

En cuanto á la regla contenida en la segunda parte del artículo, puede decirse también que es una aplicación del principio general de que toda persona que sin derecho causa á otra perjuicio, está obligada á repararlo. Pero conviene observar que la pretendida legitimidad no es obra de la madre, sino resultado de la presunción legal de la paternidad, y quizá la disposición del artículo **224** puede hacer responsable á la madre de perjuicios que no podían cobrársele según el derecho común.

[1] Cód. ch., art. 188, inc. 3.º

[2] Cód. ch., art. 189. — *Bello :* « L. 7, t. 19, p. 4. No se adopta en este Código la disposición de la L. 2, § *Pero si el heredero fuere menor,* t. 14, p. 6; tomada del Edicto Carboniano (L. 1, *princ. de carboniano edicto* (D. 37. 10), que parece no ha tenido lugar en ninguno de los Códigos modernos ».

CAPÍTULO II.º

REGLAS ESPECIALES PARA LOS CASOS DE DIVORCIO Y NULIDAD DEL MATRIMONIO.

440. En el capítulo anterior hemos visto la regla general que establece la presunción de que el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido, y los casos en que tal presunción puede destruírse por el marido, ó, muerto él, por otros interesados.

Al leer la rúbrica del capítulo 2º pudiera creerse que en él se establecen reglas especiales para los casos de divorcio y nulidad del matrimonio, ya en cuanto á la presunción de paternidad, ya en cuanto al desconocimiento y á la impugnación de legitimidad. Pero, examinados los artículos **225** á **231**, se ve que absolutamente no se trata de esto.

Hemos dicho que para aplicar la presunción de paternidad se suponen establecidas la filiación del hijo en cuanto á la madre y la fecha del parto, y anunciamos que de la prueba de estos hechos hablaríamos en el título **20**, « De las pruebas del estado civil ». Ahora bien, en el capítulo 2º del título **10** no se trata sino de las reglas especiales para probar la identidad del hijo, y, sobre todo, de la fecha del parto.

441. En casos de demanda de divorcio, ó de juicio de nulidad del matrimonio, si la mujer está separada del marido, ó en caso de divorcio reciente, la mujer que se cree encinta debe denunciar el hecho al marido, de acuerdo con el

ART. 225. La mujer recién divorciada, ó que, pendiente el juicio de divorcio, estuviere actualmente separada de su marido, y que se creyese encinta, lo denunciará al marido dentro de los primeros treinta días de la separación actual [1].

Igual denunciación hará la mujer que durante el juicio sobre nulidad del matrimonio, ó recién declarada la nulidad, se creyese encinta.

Si la mujer hiciere estas denunciaciones después de dichos treinta días,

[1] Cód. ch., art. 191, inc. 1.º — *Bello :* « L. 1, § 1, *de agnosc. liberis* (D. 25. 3) ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

valdrán siempre que el juez, con conocimiento de causa, declare que ha sido justificable ó disculpable el retardo[1].

442. Verificada que sea la denuncia por parte de la mujer, el marido puede tomar las precauciones indicadas en los artículos **226** y **227** :

Art. 226. El marido podrá, á consecuencia de esta denunciación ó aun sin ella, enviar á la mujer una compañera de buena razón que le sirva de guarda, y además una matrona que inspeccione el parto; y la mujer que se crea preñada, estará obligada á recibirlas, salvo que el juez, encontrando fundadas las objeciones de la mujer contra las personas que el marido haya enviado, elija otras para dicha guarda é inspección[2].

La guarda y la inspección serán á costa del marido; pero si se probare que la mujer ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada sin estarlo, ó que el hijo es adulterino, será indemnizado el marido.

Una y otra podrán durar el tiempo necesario para que no haya duda sobre el hecho y circunstancias del parto, ó sobre la identidad del recién nacido[3].

Art. 227. Tendrá también derecho el marido para que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta ó de su confianza; y la mujer que se crea preñada deberá trasladarse á ella; salvo que el juez, oídas las razones de la mujer y del marido, tenga á bien designar otra[4].

Como se ve, estas precauciones tienen por objeto impedir á la mujer suponer un parto ó engañar al marido sobre la fecha en que ocurre.

443. Conforme al

Art. 228. Si no se realizaren la guarda é inspección porque la mujer no ha hecho saber la preñez al marido, ó porque sin justa causa ha rehusado mudar de habitación, pidiéndolo el marido, ó porque se ha sustraído al cuidado de la familia ó personas elegidas para la guarda é inspección, ó porque de cualquier modo ha eludido su vigilancia, no será obligado el marido á reconocer el hecho y circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren inequívocamente por parte de la mujer ó del hijo en juicio contradictorio[5].

[1] Cód. ch., art. 191. inc. 2.º — *Bello :* « L. 1, § 7, *De agn. lib.* ».

[2] Cód. ch., art. 192, inc. 1.º — *Bello :* « L. 1, *De agn. lib.* § 3; aplicación y modificación de la Ley 17, tit. 6, p. 6 ». En el mismo inciso, « al fin, *Arg. dictæ*, l. 1, § 6 ».

[3] Cód. ch., art. 192, inc. 3.º — *Bello :* « El marido tiene interés en que se averigüe si efectivamente ocurre el parto, y en qué tiempo, y con que circunstancias; y en que no se suplante un niño á otro, que es en lo que consiste la identidad del recién nacido ».

[4] Cód. ch., art. 193. — *Bello :* « Modificación de la citada ley de Partida (17, tit. 6, p. 6), § *Cá el juez de aquel logar* ».

[5] Cód. ch., art. 194. — *Bello :* « L. 1, *De agn. lib.*, § 6, 8 ».

444. Cómo se puede probar el parto, es cosa que veremos en los títulos **18** y **20**. La regla del artículo **229** sí debemos examinarla ahora :

Art. 229. Si el marido, después de la denunciación antedicha, no usare de su derecho de enviar la guarda y la matrona, ó de colocar á la mujer en una casa honrada y de confianza, será obligado á aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto[1].

¿Se habrá querido con este artículo dar á la declaración de la mujer un valor absoluto, de manera que contra ella no pueda reclamar el marido? No lo creemos : de otro modo se contrariaría el principio general de que el estado civil de las personas no puede depender de la voluntad de los interesados. Trátase aquí sólo de una presunción sobre la veracidad de la mujer, que la exime de dar la prueba directa é impone al marido la prueba contraria. En consecuencia, si en principio el marido tiene que aceptar el hecho del parto, es decir, el nacimiento del hijo, y las circunstancias de aquél, ó sean la fecha en que se ha verificado, si la criatura nació viva, etc., no por ello pierde el derecho de impugnar en juicio contradictorio la exactitud de la declaración de su mujer.

445. Aun establecido el hecho y las circunstancias del parto, el marido puede impugnar conforme á las reglas generales la legitimidad del hijo, según lo preceptuado en el

Art. 230. Aunque el marido tome todas las precauciones que le permiten los artículos precedentes, ó sin ellas, se prueben satisfactoriamente el hecho y circunstancias del parto, le queda á salvo su derecho para no reconocer al hijo como suyo, con arreglo á los artículos 213 y 214, provocando el juicio de ilegitimidad en tiempo hábil.

Conviene observar acerca de esta disposición que la cita del artículo **213** es inconducente, como quiera que en el no se trata de ninguna causal para impugnar la legitimidad de un hijo; se quiso citar el **215** que sí es pertinente y que corresponde al **181** del Código de Chile, citado por el **196** de esta obra, que equivale al **230** del Código colombiano.

Además, pueden considerarse virtualmente incorporados

[1] Cód. ch., art. 195. — *Bello :* « L. 1, *De agn. lib.*, § 11, 14, cum nota Pothieri ad § 12 ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

aquí los artículos 5° y 6° de la Ley 95 de 1890, que atrás dejamos transcritos.

446. Según lo establecido en el

ART. 231. No pudiendo ser hecha al marido la denunciación prevenida en el artículo 225, podrá hacerse á cualquiera de sus consanguíneos dentro del cuarto grado, mayores de veintiún años, prefiriendo á los ascendientes legítimos; y aquel á quien se hiciere la denunciación podrá tomar las medidas indicadas en los artículos 226 y 227.

La locura ó la ausencia del marido podrán hacer imposible la denunciación á que el texto se refiere, y entonces parece natural que la mujer tenga derecho de hacerla á quienes, por razón del parentesco, pueda perjudicar, moral ó pecuniariamente, el nacimiento del niño que se anuncia como hijo del marido. En caso de que éste tenga descendientes mayores de edad, sería más justo que á ellos se les notificara de preferencia que la mujer está encinta, porque son ellos los principales interesados en averiguar el hecho y las circunstancias del parto; pero se ha preferido á los ascendientes, sin duda porque, si los hijos mayores del marido lo son al propio tiempo de la mujer divorciada que va dar á luz, sería grave armarlos contra su madre de quien se sospeche infidelidad ó ánimo de alegar un falso parto.

CAPÍTULO III.°

REGLAS RELATIVAS AL HIJO PÓSTUMO.

447. Estas reglas son del mismo orden que las del capítulo anterior. Se trata también de impedir á la mujer una suposición de parto que podría dar por resultado privar de los bienes del marido á los herederos de éste. Tales herederos pueden ejercitar el derecho de que habla el

ART. 232. Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo á los que, no existiendo el póstumo, serían llamados á suceder al difunto.

La denunciación deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes á su conocimiento de la muerte del marido, pero podrá justificarse ó disculparse el retardo, como en el caso del artículo 225, inciso 3.°

Los interesados tendrán los derechos que por los artículos anteriores se conceden al marido en el caso de la mujer recién divorciada, pero sujetos á las mismas restricciones y cargas [1].

De modo que si la mujer se declara encinta y si los herederos no toman las precauciones indicadas, tendrán que aceptar la declaración de la mujer. Á esta regla pueden aplicarse las observaciones anteriormente hechas en el comentario del artículo 229.

448. Conforme al

ART. 233. La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, ó resulte no haber habido preñez, no será obligada á restituír lo que se le hubiere asignado; á menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, ó que el hijo es ilegítimo [2].

Para que se aplique esta disposición, es preciso que el póstumo tenga bienes y la mujer no, lo que no parece posible, porque la mujer tiene derechos en la sucesión del marido.

Si la mujer ha procedido de buena fe, no tendrá que restituír lo que haya recibido, aunque el hijo no nazca vivo, y aunque resulte que no hubo preñez. Esta disposición, que en varios casos puede producir buenos resultados, no se justifica fácilmente con los principios jurídicos : en virtud de ella, se hace un regalo á la mujer con bienes que pertenecen á los herederos del marido, cosa laudable, desde ciertos puntos de vista, tratándose de mujeres pobres; pero acciones caritativas de esta clase no son del dominio del derecho, fuera de que no debe admitirse que se haga la caridad con bienes ajenos.

[1] Cód. ch., art. 198. — *Bello :* « inc. 3.°, l. 17, tit. 6, p. 6 ».

[2] Cód. ch., art. 199. — *Bello :* « L. 1, § 28, l. 2, 3, *De ventre in poss.* (D. 37. 9). — Se ausenta un hombre á pais distante, permanece alli diez meses, regresa, y poco después muere. La viuda pretende estar encinta, y de los bienes del marido se le conceden alimentos, y se la provee de lo necesario para el parto. Pero el póstumo nace en tiempo tal, que no puede haber tenido por padre al marido. El póstumo no tiene ningún derecho á los bienes del marido y los que suceden en ellos deben ser indemnizados ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

CAPÍTULO IV.º

REGLAS RELATIVAS AL CASO DE PASAR LA MUJER Á OTRAS NUPCIAS.

449. El artículo 234 dice :

ART. 234. Cuando por haber pasado la madre á otras nupcias se dudare á cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial, el juez decidirá tomando en consideración las circunstancias, y oyendo además el dictamen de facultativos, si lo creyere conveniente[1].

Este artículo supone que no se ha tenido en cuenta el impedimento del artículo 173, y en este caso sí se admite que se determine, dentro del período legal de la concepción fijado por el artículo 92, una época más precisa en que ella ha debido verificarse. La expresión « invocar una decisión judicial » parece mal empleada. Se quizo decir *solicitar*.

450. En el artículo 235 se establece contra la mujer y su nuevo marido sanción para el caso de que se viole la prohibición expresada :

ART. 235. Serán obligados solidariamente á la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados á terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado á otras nupcias, y su nuevo marido[2].

Esto supone naturalmente que el marido procede de mala fe, que tuvo conocimiento de la fecha en que se disolvió el matrimonio anterior. Si la mujer lo ha engañado, no se ve el motivo para que se le haga personalmente responsable de una falta que no cometió y que no tuvo modo de evitar.

[1] Cód. ch., art. 200. — *Bello :* « Muere A en 1º de Enero. Su viuda se casa con B en 1º de Febrero, y da á luz un hijo en 15 de Agosto. Según la regla del art. 76 este niño nacido dentro de los 300 dias posteriores á la disolución del primer matrimonio, y después de los 180 dias subsiguientes á la celebración del segundo, puede pertenecer legalmente al difunto A, ó al nuevo marido B.

Las circunstancias que pueden hacer inclinar la balanza á uno de ellos serian : la ancianidad del marido difunto; el hecho de no haber éste procreado por algunos años antes de su muerte; la coincidencia del desarrollo aparente del recién nacido con una gestación prolongada ó al contrario, etc. Véase Lara, *Comp. Vitæ,* cap. 12. »

[2] Cód. ch., art. 201.

TÍTULO XI.º

De los hijos legitimados.

451. Por oposición á los hijos legítimos, se llaman ilegítimos los que no han sido concebidos durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres. Así lo dice el artículo 6º de la Ley 57 de 1887, que agrega, según hemos visto, que entre los hijos legítimos se comprenden también los *legitimados*.

Estos son hijos que por la época de su concepción son ilegítimos, pero que, para favorecer el matrimonio, se asimilan á los legítimos propiamente dichos.

Si los padres de los hijos ilegítimos se casan, la irregularidad de la concepción desaparece, y el hijo legitimado adquiere todos los derechos que tendría si fuera hijo legítimo concebido en matrimonio. El legislador lo dice así por lo menos cuatro veces : 1º en artículo 6º de la Ley 57 ya mencionada, que reemplaza al 51 del Código, y en los artículos 236, 245 inc. 1º, y 246 del Código, artículos que á continuación transcribimos :

ART. 236. Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van á expresarse[1].

ART. 245. Los legitimados por matrimonio posterior son iguales en todo á los legítimos concebidos en matrimonio[2].

ART. 246. La designación de *hijos legítimos*, aun con la calificación de nacidos de *legítimo matrimonio*, se entenderá comprender á los legitimados tanto en las leyes y decretos como en los actos testamentarios y en los contratos, salvo que se exceptúe señalada y expresamente á los legitimados[3].

Sin duda que el legislador habría podido omitir algunas de estas disposiciones.

[1] Cód. ch., art. 202.
[2] Cód. ch., art. 214, inc. 1.º
[3] Cód. ch., art. 215.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

452. Como quiera que sea, la legitimación puede hacerse por matrimonio, ya en favor de un hijo concebido y no nacido, ya en favor de un hijo que haya nacido antes del matrimonio.

Examinaremos separadamente estas hipótesis en dos parágrafos; en un tercero hablaremos de la aceptación y repudiación de la legitimación, y finalmente, veremos los efectos que produce.

§ 1.º *Legitimación del hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y nacido después.*

Según el inciso 1º del

ART. 237. El matrimonio posterior legitima *ipso jure* á los hijos concebidos antes y nacidos en él[1].

Este caso se refiere á la hipótesis de que hemos hablado al establecer la regla según la cual se calcula la época de la concepción por la fecha del matrimonio. Trátase aquí de los hijos que nacen antes de expirar los 180 días subsiguientes al matrimonio : en tal caso, á pesar de que la época de la concepción sea completamente anterior al matrimonio, se aplica la presunción de paternidad : el marido actual de la madre se reputa padre del hijo; el legislador supone que un hombre no se casará con una mujer de quien sepa que está encinta de otro.

453. Siendo este el fundamento de la presunción, claro es que ella podrá destruírse si el marido ignoró la preñez de la mujer. Más fácil será destruír la presunción de paternidad en el presente caso que cuando se trate del hijo concebido en matrimonio. Por eso el legislador después de indicar en el inciso 2º que el marido puede desconocer al hijo conforme á las reglas generales, establece un caso especial en el inciso 3º :

El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio; si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la

[1] Cód. ch., art. 206, inc. 1.º

madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas legales.

Pero aun sin esta prueba, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, y si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido[1].

El inciso 2º no habla más que de la impugnación de legitimidad por imposibilidad física de acceso, por lo cual se han preguntado algunos tratadistas si no debería admitirse también la impugnación en el caso de imposibilidad moral unida al hecho del adulterio, de que se trata en el artículo 215, y admiten la afirmativa[2]. No nos parece posible extender la disposición del artículo 215 de un caso al otro. En primer lugar, como lo observan los mismos autores que sostienen la opinión anteriormente expresada, en caso de legitimación no puede hablarse de adulterio de la mujer, puesto que se supone que no estaba casada; si lo hubiera estado no se verificaría la legitimación. Por otra parte, habiendo conocido el que se casa la preñez antes del matrimonio, lo que debe suponerse para que se presente la cuestión, no puede ser admitido á probar que no es el padre, sino precisamente en el caso previsto por el Código, el de imposibilidad física absoluta.

Finalmente, en cuanto al inciso 3º observaremos que el Código de Chile dice « ... ó si por actos positivos, etc... », en tanto que el colombiano emplea la conjunción copulativa, lo que es más lógico.

454. Además conforme al inciso 4º del referido artículo 237 :

Para que valga la reclamación por parte del marido será necesario que se haga en el plazo y forma que se expresan en el capítulo precedente[3].

Respecto de esto observaremos que la referencia habría debido hacerse al título y no al capítulo precedente.

En los incisos 2º y 4º se dice que el marido podrá reclamar contra la legitimidad del hijo. En realidad contra lo que reclama es contra la paternidad que se le atribuye, cosa que

[1] Cód. ch., art. 206, inc. 2º y 3.º
[2] *Explicaciones del Código Civil chileno*, sobre el artículo 206.
[3] Cód. ch., art. 206, inc. 4.º

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

hace imposible la legitimación que se habría operado por el solo hecho del matrimonio. La legitimación, que es bueno distinguir de la legitimidad propiamente dicha, tiene una doble base : la filiacion del hijo y el matrimonio subsiguiente de sus padres; lo que el padre ataca es la filiación en lo que á él le concierne. De la misma idea de que los elementos de la legitimación son la filiación y el hecho del matrimonio, es preciso concluír que el inciso se aplicaría aun al hijo nacido después de disuelto el vínculo, por ejemplo por la muerte del marido, ocurrida con anterioridad al matrimonio de aquél, aunque el texto no se refiere precisamente al hijo nacido en el matrimonio.

455. Con el solo texto del artículo **237** habría que decidir que la legitimación se efectuaría en todos los casos, aun tratándose de un hijo adulterino.

Por ejemplo, supongamos que el marido haya sido casado anteriormente y que el matrimonio se haya disuelto un mes antes de celebrado el posterior; si el nacimiento del hijo se verifica dos meses después, no es posible atribuír la paternidad al marido sin presumir que cometió adulterio, puesto que era casado en la época de la concepción.

Para evitar esta grave irregularidad, la Ley **153** estableció en el artículo **52**, excepciones á la regla del artículo **237** del Código :

El subsiguiente matrimonio legitima *ipso jure* á los hijos concebidos antes y nacidos en él, excepto en los casos siguientes :

1.° Si el hijo fué concebido en adulterio : el ignorar uno de los padres que el otro estaba casado, en la época de la concepción, ó el de haber el otro creído de buena fe que su matrimonio no subsistía, son circunstancias que no invalidan esta excepción ;

2.° Si el subsiguiente matrimonio es presunto ó putativo ;

3.° Si dicho matrimonio carece de las condiciones legales necesarias para producir efectos civiles.

Queda así reformado el artículo 237 del Código Civil (art. 52).

Como sabemos que, según la doctrina del legislador colombiano, es matrimonio putativo todo matrimonio nulo, y nulo es también el de que se habla en el inciso **3°** del artículo copiado, los numerales **2°** y **3°** de él habrían podido reducirse

á uno más sencillo, á saber : « si el matrimonio es nulo ».

Del texto resulta que el matrimonio putativo es impotente para producir la legitimación, aunque se haya contraído de buena fe por los cónyuges, mientras que los hijos concebidos en un matrimonio nulo son legítimos, aunque haya habido mala fe de parte de ambos cónyuges, conforme al artículo 149. Difícil es conciliar favor tan considerable en el último caso, y severidad tan exagerada en el primero. La verdadera doctrina sería la de no considerar como putativo sino el matrimonio contraído de buena fe, á lo menos por un cónyuge, y hacerle producir efectos tanto en lo que concierne á la legitimación como á la legitimidad propiamente dicha.

§ 2.° *Legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio.*

456. Tratándose de la legitimación de un hijo nacido antes del matrimonio hay que distinguir si, en la época en que se celebra la filiación, está ó no legalmente establecida respecto de ambos cónyuges.

Primer caso. — La filiación del hijo se ha establecido legalmente respecto de los cónyuges. — Á esta hipótesis se refiere el

ART. 238. El matrimonio de los padres legitima también *ipso jure* á los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales [1].

No pudiendo reconocerse, como lo veremos, sino los hijos nacidos fuera de matrimonio, que no sean de dañado ayuntamiento, es decir, nacidos de personas que podían casarse al tiempo de la concepción, claro es que el texto no comprende ni á los adulterinos ni á los incestuosos.

Los artículos 55 y 56 de la Ley **153** de **1887** hablan del reconocimiento voluntario y del modo como se hace.

Los artículos 66 y siguientes de la misma ley tratan del reconocimiento judicial ó forzoso, pero el 66 indica que en tal caso el reconocimiento no produce otro efecto que per-

[1] Cód. ch., art. 207. — *Bello :* C. F. 331.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

mitir al hijo ilegítimo pedir alimentos á sus padres. De donde se deduce que el artículo 238 del Código no se aplica al hijo cuya filiación sólo se ha establecido judicialmente.

457. Pero habiéndose cambiado el sistema en cuanto á la madre por la Ley 95 de 1890, que concede al hijo la calidad de natural respecto de aquélla siempre que no sea de dañado ayuntamiento, y aunque no haya habido reconocimiento voluntario ¿se aplicará el artículo 238 á este caso? Creemos que no : el texto exige que ambos cónyuges hayan *reconocido* al hijo como natural, á falta de lo cual veremos que se requiere que consientan en legitimarlo, y así lo declaren. El espíritu de la ley es que no se confiera la legitimación sin la voluntad de los padres de tener por hijo al legitimado, ya se exprese esta voluntad en el acto de matrimonio ó en escritura pública posterior, ya en el reconocimiento voluntario anterior al matrimonio. Ni la letra ni el espíritu de la ley permiten extender el beneficio de la legitimación al hijo que tiene la calidad de natural sin que la madre haya expresado la voluntad de tenerlo como hijo suyo; aun respecto de la madre el hijo no reconocido voluntariamente se encuentra, pues, no en el caso del artículo 238, sino en el del artículo 239, como formalmente resulta de la primera parte de este último texto, que decide que

ART. 239. Fuera de los casos de los dos artículos anteriores, el matrimonio posterior no produce *ipso jure* la legitimidad de los hijos[1].

Claramente se ve por lo que precede que la regla general es que el matrimonio no produce legitimación *ipso jure,* sino sólo en casos excepcionales, enumerados limitativamente en el Código, que, conforme á la regla de interpretación que tantas veces hemos aplicado ya, no pueden extenderse : *Exceptio strictissimæ interpretationis est.*

458. *Segundo caso. — La filiación del hijo habido antes del matrimonio no está legalmente establecida respecto de los cónyuges.* — De acuerdo con la segunda parte del artículo 239, cuando no hay lugar á la legitimación *ipso jure,*

[1] Cód. ch., art. 208, inc. 1.º — *Bello :* « Contra la opinión de Pothier al C. F., art. 331. Véase Delvincourt, t. 1, p. 218. »

Para que ella se produzca es necesario que los padres designen en el acta de matrimonio, ó en escritura pública, los hijos á quienes confieren este beneficio, ya estén vivos ó muertos[1].

Si el matrimonio es civil, ninguna dificultad se presenta acerca de la declaración que puede hacerse en el acta : los cónyuges indicarán al juez los hijos que quieran legitimar. Tratándose de matrimonio católico, ¿bastará la declaración hecha ante el párroco?

Observaremos primero que si se cumpliera lo previsto en el concordato respecto de la asistencia del funcionario competente á los matrimonios católicos, con el objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, no se presentaría la cuestión, puesto que constaría auténticamente la voluntad de los cónyuges; pero ya hemos dicho que esta disposición, en la práctica, no se cumple, y no siendo el párroco funcionario público, no parece que la declaración hecha ante él sea suficiente[2].

Si no se hace la declaración en el acta del matrimonio sino por escritura pública ¿cuándo deberá otorgarse ésta? El Código de Chile[3] dice que deberá otorgarse á la fecha de la celebración del matrimonio, ó, en caso de impedimento grave, dentro de los 30 días subsiguientes. Como el Código colombiano no reproduce esta disposición, preciso es deducir que admite un plazo indefinido, mientras dure el matrimonio, para que la legitimación se opere por medio de declaración en escritura pública. Con este sistema se contraría el principio de que el estado civil de las personas no debe quedar por mucho tiempo indeterminado y se facilita lo que se propuso evitar el autor del Código chileno, « el fraude de

[1] Cód. ch., art. 208, inc. 2.º

[2] G. J. V., 163, 1ª y 2.ª

[3] V. art. 208, inc. 3.º Sobre este inciso dice el señor Bello lo siguiente : « Es preciso prevenir en lo posible el fraude de los cónyuges, que legitimando un extraño, podrían perjudicar á sus propios hijos; suposición que está en armonía con las leyes que tanto cuidado han tenido de asegurar á éstos una porción en los bienes de sus progenitores. Es preciso también precaver en lo posible que el marido ó la mujer, por medio de una legitimación fraudulenta, tuerza el destino de un fideicomiso establecido bajo la condición *si sine liberis decesserit*. Se omiten otras tentaciones que pudieran conducir al fraude. La redacción de un instrumento público dentro de un breve plazo, no lo precave del todo, pero lo limita á términos estrechos. Véase el comentario de Rogron ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

los cónyuges, que legitimando á un extraño, podrían perjudicar á sus propios hijos ».

459. Se ha discutido si la legitimación puede hacerse también por testamento. Preciso es convenir que no, porque la escritura en que debe hacerse constar la legitimación ha de ir firmada por ambos cónyuges, y el testamento es acto de una sola persona. Además, el testamento es revocable, lo que no se puede admitir tratándose de legitimación.

Debe observarse también que el artículo **239** permite conferir el beneficio de la legitimación tanto á los hijos vivos como á los muertos. Nos inclinamos á creer que si los hijos han muerto, la legitimación no es posible sino en caso de que hayan dejado descendientes, y cuando tal suceda, la legitimación cederá en favor de los descendientes que serán en realidad los legitimados más bien que el hijo muerto.

¿Á qué hijos se podrá aplicar la legitimación que se haga en el acta misma del matrimonio? Natural es, y conforme al espíritu de la ley, que no puedan legitimarse durante el matrimonio los hijos á quienes sus padres no podían reconocer antes, es decir, los adulterinos.

§ 3.º *De la aceptación y de la repudiación de legitimación.*

460. Esta cuestión debe examinarse en los tres casos de legitimación que permite el Código :

Primer caso. — Se trata de un hijo concebido antes y nacido después de la celebración del matrimonio. — En este caso la legitimación es evidentemente forzosa, no se puede consultar la voluntad del hijo que no ha nacido en el momento en que se realiza la legitimación, ni tampoco dejar incierto su estado civil hasta que llegue á la mayor edad.

461. *Segundo caso. — Se trata de un hijo reconocido antes del matrimonio.* — En esta hipótesis la legitimación es igualmente forzosa, pero el legitimado puede evitarla por otro medio, ó sea no aceptando la paternidad que quiera imponérsele por el reconocimiento. En efecto, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley 153 de 1887, el reconocimiento del hijo

natural debe ser notificado y aceptado ó repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación según el título 11 del Código Civil. Lo mismo debía decirse de la maternidad antes de la Ley 95 de 1890, pero hoy el hijo tiene el carácter de natural respecto de su madre, sin que sea necesario que haya reconocimiento aceptado por él; respecto de la legitimación, el Código quedó vigente, y hemos admitido que si no había reconocimiento anterior, la legitimación no puede producirse *ipso jure*. Creemos que debe admitirse que, á pesar de que el hijo no puede rehusar la calidad de hijo natural de su madre, conserva la facultad de rehusar la legitimación.

462. *Tercer caso. — No ha habido reconocimiento anterior al matrimonio.* — En este supuesto hay que notificar la legitimación á la persona que se trata de legitimar ó á su representante legal, y el interesado por sí mismo, si es capaz, ó con autorización de su curador si es menor, goza de completa libertad para aceptar ó no la legitimación. Si es impúber, su tutor puede aceptar ó repudiar en su nombre. De esto hablan los artículos **240** á **242** :

Art. 240. Cuando la legitimación no se produce *ipso jure*, el instrumento público de legitimación deberá notificarse á la persona que se trate de legitimar. Y si ésta vive bajo potestad marital, ó es de aquellas que necesitan de tutor ó curador para la administración de sus bienes, se hará la notificación á su marido ó á su tutor ó curador general, ó en defecto de éste á un curador especial [1].

Art. 241. La persona que no necesite de tutor ó curador para la administración de sus bienes, ó que no vive bajo potestad marital, podrá aceptar ó repudiar la legitimación libremente [2].

Art. 242. El que necesite tutor ó curador para la administración de sus bienes no podrá aceptar ni repudiar la legitimación, sino por el ministerio ó con el consentimiento de su tutor ó curador general, ó de un curador especial, y previo decreto judicial, con conocimiento de causa.

La mujer que vive bajo potestad marital necesita del consentimiento de su marido, ó de la justicia en subsidio, para aceptar ó repudiar la legitimación [3].

[1] Cód. ch., art. 209.

[2] Cód. ch., art. 210. — *Bello :* « En la libertad que concede este artículo á los legitimados para rechazar el beneficio, se ha seguido al *Derecho Romano Novísimo*. — El Código francés lo supone hasta cierto punto. Véase á Delvincourt, tomo 1º, t. 8.º nota á las pág. 94, 234 y siguientes ».

[3] Cód. ch., art. 211.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Criticables son estas reglas en cuanto admiten que la repudiación ó aceptación de la legitimación pueda hacerse por ministerio del curador ó del tutor del interesado. De ellas resulta que el curador puede aceptar ó repudiar la legitimación, aunque el menor sea de opinión contraria á la que expresa, y, tratándose de un impúber, al llegar á la edad en que puede tener voluntad propia, se encontrará ligado por la decisión de su tutor. Es principio general que la representación no debe admitirse en el derecho de las personas y especialmente en materia de estado civil; una vez que se ha declarado que la legitimación tiene que ser aceptada por el legitimado, debería exigirse su aceptación personal. Verdad es que esto habría tenido el inconveniente de dejar incierto el estado civil del legitimado hasta su mayor edad; la imposibilidad de llegar á una solución satisfactoria prueba cuán inconveniente es la regla misma que somete la validez de la legitimación á la voluntad del interesado.

Respecto de la mujer casada, claro es que puede ocurrir al juez para obtener la debida autorización no sólo cuando el marido esté imposibilitado, sino también cuando rehuse autorizar á su mujer.

463. El artículo **243** indica que

ART. 243. La persona que acepte ó repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes á la notificación. Trascurrido este plazo, se entenderá que acepta, á menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil[1].

464. Si el hijo ha muerto, sus descendientes tienen el derecho de aceptar ó repudiar la legitimación; en realidad son ellos los verdaderos legitimados :

ART. 244. La legitimación aprovecha á la posteridad legítima de los hijos legitimados.

Si es muerto el hijo que se legitima, se hará la notificación á sus descendientes legítimos; los cuales podrán aceptarla ó repudiarla con arreglo á los artículos precedentes[2].

[1] Cód. ch., art. 212.
[2] Cód. ch., art. 313.

§ 4.º *Cómo y por quién se impugna la legitimación.*

465. Hay que distinguir tres hipótesis :

1.ª) Se trata de un hijo concebido antes pero nacido después de la celebración del matrimonio. Á este caso se refiere el

ART. 247. La legitimación del que ha nacido después de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad del concebido en matrimonio[1].

Sin embargo, en cuanto á la impugnación por el padre mismo, ya hemos visto que el artículo **237** establece reglas especiales. Respecto de las otras personas se aplicarán los artículos **221** y **222**.

466. 2.ª) Trátase de un hijo nacido antes del matrimonio, ya se haya reconocido antes, ora sea el reconocimiento concomitante al matrimonio.

En este caso la legitimación puede impugnarse por toda persona que tenga interés pecuniario en ello y por los ascendientes legítimos del padre ó de la madre legitimantes, conforme al inciso 4º del

ART. 248. En los demás casos podrá impugnarse la legitimación, probando alguna de las causas siguientes :

1.ª Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante.

2.ª Que el legitimado no ha tenido por madre á la legitimante; sujetándose esta alegación á lo dispuesto en el título 18, *De la maternidad disputada*.

No serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre ó madre legitimantes; éstos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquéllos en los trescientos días subsiguientes á la fecha en que tuvieron interés actual, y pudieron hacer valer su derecho[2].

De observar es que en este caso lo que se impugna es la filiación, más bien que la legitimación.

[1] Cód. ch., art. 216. — *Bello :* « Para percibir la justicia de esta regla, supongamos el caso de un fideicomisario, á quien no pasa un fideicomiso por la existencia de un hijo legítimo que sobrevive al padre ó madre legitimante. La existencia de este hijo excluye además á los ascendientes, á los colaterales, etc. »
[2] Cód. ch., art. 217.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

467. 3.ª) Esta hipótesis se refiere al caso en que los legitimantes no hayan hecho á los legitimados ó á sus descendientes la notificación requerida. Á este respecto dice el

ART. 249. Sólo el supuesto legitimado, y en el caso del artículo 244 sus descendientes legítimos llamados inmediatamente al beneficio de la legitimación, tendrán derecho para impugnarla, por haberse omitido la notificación ó la aceptación prevenidas en los artículos 240, 243 y 244[1].

Es de notar, sin embargo, que los artículos que exigen la notificación no señalan plazo para hacerla, y, por lo mismo, cuando el legitimado reclame, los legitimantes podrán hacerle válidamente la notificación, quedando al legitimado el derecho de repudiarla.

Además, el artículo 249 permite al legitimado ó sus descendientes el que puedan impugnar la legitimación por haber dejado de aceptarla. Esta disposición es extraña, sin duda, puesto que si no ha transcurrido el plazo de noventa días señalado por el artículo 243, el legitimado no tendrá necesidad de impugnar la legitimación, le bastará repudiarla; transcurrido el plazo, se entiende que acepta : ya no hay lugar á impugnación. Podría quizá decirse que la disposición de que hablamos se aplicará si el legitimado estuvo en imposibilidad de hacer la declaración en tiempo hábil, como se prevé en la parte final del artículo 243, caso en el cual no se presume que acepta; pero creemos que en esta hipótesis podría rehusar la legitimación, pues no se trata de una impugnación verdadera.

§ 5.° *Efectos de la legitimación.*

468. Ya hemos visto las disposiciones que asimilan los hijos legitimados á los hijos legítimos y les conceden los mismos derechos. Tal es el efecto primordial de la legitimación, pero no se produce sino para lo futuro : los actos jurídicos como las leyes, no tienen efecto retroactivo. El artículo 245 aplica este principio á la legitimación :

[1] Cód. ch., art. 218.

Pero el beneficio de la legitimación no se retrotrae á una fecha anterior al matrimonio que la produce[1].

Á este texto, que está tomado del artículo 214 del Código de Chile, se le suprimió el inciso 3° del último, según el cual el derecho de primogenitura de un hijo no se pierde por la legitimación posterior de otro hijo, de cualquiera edad que éste sea. Restablecidos los censos por la Ley 153 de 1887, el principio consagrado por el inciso á que nos estamos refiriendo recobra su aplicación práctica, y por eso el artículo 132 de la mencionada Ley 153 dice que « concurriendo con otros hijos legítimos los legitimados por matrimonio, se contará la edad del legitimado desde el día de la legitimación. Concurriendo sólo legitimados, se contará la edad de cada legitimado desde el día de su nacimiento ».

TÍTULO XII.°

De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.

469. Veremos que el Código concede en principio á los hijos adoptivos los mismos derechos que á los legítimos (art. 281); por consiguiente, hubiera sido preferible estudiar la adopción antes de la materia que nos ocupa. Habría convenido también tratar de los derechos de los padres junto con la patria potestad, de la cual resultan asimismo derechos para ellos; los títulos 12 y 14 habrían podido reunirse en uno solo.

Para justificar la división dice el señor Chacón[2] que aquí

[1] Cód. ch., art. 214, inc. 2.°
[2] *Op. cit.*, p. 231.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

se trata de autoridad paterna, y que la patria potestad se refiere únicamente á los bienes. Esta distinción es arbitraria y la tradición no la justifica : la patria potestad romana comprendía tanto los derechos sobre la persona como los derechos sobre los bienes. En realidad, la expresión « patria potestad » se aplica mejor á la potestad sobre la persona ; potestad sobre la persona es expresión de sentido claro y natural, y no se puede hablar, sin forzar el valor de las voces, de potestad sobre los bienes. Además, los derechos del padre sobre los bienes del hijo son una consecuencia de los derechos que tiene sobre su persona.

Sea de ello lo que fuere, seguiremos el orden del Código, y estudiaremos las reglas del título 12 en cinco parágrafos, así : 1° obligaciones morales y pecuniarias de los hijos respecto de los padres; 2° autoridad de los padres en cuanto á la crianza y educación de los hijos; 3° derecho de corrección; 4° casos en que los padres pierden los derechos de educación y corrección respecto de sus hijos; 5° obligaciones de los padres y demás ascendientes respecto de la crianza, educación y establecimiento de sus hijos.

§ 1.° *Obligaciones morales y pecuniarias de los hijos respecto de sus padres.*

470. Según el

ART. 250. Los hijos legítimos deben respeto y obediencia á su padre y su madre ; pero estarán especialmente sometidos á su padre [1].

La declaración contenida en la primera parte del texto, tomada de la legislación francesa, es inútil en un Código, en cuanto se refiere al respeto que los hijos deben á sus padres; es ésta una obligación moral, más bien que jurídica.

La parte final del artículo enuncia un principio que sí tiene utilidad, porque indica que durante el matrimonio el padre es quien ejerce la autoridad sobre los hijos, consecuencia lógica de la idea de que él es el jefe de la familia.

471. Conforme al

[1] Cód. ch., art. 219.

ART. 251. Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado á cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios [1].

Á esto agrega el

ART. 252. Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia ó de insuficiencia de los inmediatos descendientes [2].

Como se ve, las disposiciones legales transcritas imponen al hijo, aun emancipado ó mayor de edad, la obligación de prestar á sus padres y demás ascendientes cuidados personales y auxilios pecuniarios. En cuanto á los últimos, no se ha hecho otra cosa aquí que formular en otros términos la disposición del numeral 3° del artículo 411, según el cual se deben alimentos á los ascendientes legítimos, obligación civil sancionada con una acción. Además, conforme al numeral 3° del artículo 1025, es indigno de suceder el descendiente que en el estado de destitución de un ascendiente no lo socorrió pudiendo, y puede ser desheredado por él, conforme al numeral 2° del artículo 1266.

En cuanto á la obligación de prestar cuidados personales á los ascendientes, es más bien obligación moral que jurídica, pero quizá podría encontrársele también sanción tanto en el artículo 1025 como en el 1266.

§ 2.° *Autoridad de los padres en cuanto á la crianza y educación de los hijos.*

472. Conforme al

ART. 253. Toca de consuno á los padres, ó al padre ó madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos [3].

Aunque el texto diga que toca de consuno á los padres el cuidado personal de sus hijos, debe tenerse presente el principio del artículo 250 : los hijos están especialmente so-

[1] Cód. ch., art. 220.
[2] Cód. ch., art. 221.
[3] Cód. ch., art. 222.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

metidos al padre. Á éste, pues, corresponde decidir en caso de disensión entre él y su esposa cómo y en dónde debe educarse á los hijos, así como la clase de instrucción religiosa que haya de dárseles.

Esta autoridad de los padres sobre los hijos es una consecuencia de su calidad de padres; no se puede considerar como delegación ó concesión del Estado. Los hijos pertenecen á los padres antes que al Estado, el cual existe para utilidad de los particulares, y no éstos para beneficio de aquél. Sin embargo, este principio no ha sido siempre respetado. En Esparta el Estado tomaba á los hijos desde la infancia y se encargaba de educarlos. Ciertos socialistas modernos sostienen una idea semejante.

El derecho del padre en cuanto á la crianza y educación del hijo debe ser sagrado para el legislador; en él se basa la libertad de enseñanza.

473. Según el inciso 1º del

Art. 264. El padre, y en su defecto la madre, tendrán el derecho de elegir el estado ó profesión futura del hijo, y de dirigir su educación del modo que crean más conveniente para él [1].

Es natural suponer, como lo hace el legislador, que los padres son, por regla general, quienes mejor conocen las inclinaciones de sus hijos y quienes mejor podrán consultar los verdaderos intereses de éstos en punto á elegir el estado ó profesión futura; pero tratándose de una materia tan grave como el matrimonio, y siendo así que éste requiere para su validez el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, es claro que no podría concederse á los padres la facultad legal de obligar á sus hijos á casarse sin la aquiescencia de éstos. Por otra parte, la voluntad del hijo tiene que prevalecer sobre la de los padres así que llega á una edad suficiente para que decida con discernimiento sobre su carrera. De aquí los incisos 2º y 3º del artículo 264, que, confirmando el derecho que tienen los padres de elegir el estado futuro del hijo, dicen :

[1] Cód. ch., art. 235, inc. 1.º

Pero no podrán obligarle á que se case contra su voluntad.

Ni, llegado el hijo á la edad de veintiún años, podrán oponerse á que abrace una carrera honesta, más de su gusto que la elegida para él por su padre ó madre [1].

Sobre el último texto observaremos que, habiendo establecido el legislador colombiano la edad de veintiún años para que los hijos salgan de la patria potestad, la disposición á que nos referimos es inútil. No sucede lo propio en Chile en donde la mayor edad se ha fijado á los veinticinco años, y en donde, por tanto, al señalar el Código Civil en el inciso 3º del artículo 235 la de veinticinco años para que el hijo pueda libremente abrazar una carrera honesta, los emancipa en esto de sus padres antes de que la patria potestad se haya extinguido.

§ 3.º *Derecho de corrección.*

474. Correspondiendo á los padres el derecho de dirigir la educación de sus hijos, es necesario que tengan los medios de hacerse obedecer por aquéllos. De aquí el artículo 262, cuyos incisos 1º y 2º dicen :

Art. 262. El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente á sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre, y el juez, en virtud de ella, expedirá la orden de arresto [2].

En este caso se dice que hay detención por vía de autoridad : el juez no puede negar la detención pedida por el padre.

La detención por vía de autoridad es sólo posible hasta que el hijo cumpla diez y seis años, conforme al inciso 3º del mismo artículo 262 :

Pero si el hijo hubiere cumplido diez y seis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta por seis meses á lo más [3].

[1] Cód. ch., art. 235, inc. 2º y 3.º
[2] Cód. ch., art. 233, inc. 1º y 2.º
[3] Cód. ch., art. 233, inc. 3.º

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Además, en uno y otro caso, según el inciso 4º,

El padre podrá, á su arbitrio, hacer cesar el arresto[1].

475. De acuerdo con el

ART. 263. Los derechos concedidos al padre en el artículo precedente se extienden, en ausencia, inhabilidad ó muerte del padre, á la madre ó á cualquiera otra persona á quien corresponda el cuidado personal del hijo; pero nunca se ejercerán contra el hijo mayor de veintiún años, ó habilitado de edad[2].

Parece exagerado conceder el derecho de corrección á « cualquiera persona » á quien corresponda el cuidado personal del hijo. Cualquiera persona no tiene el afecto paterno, que es una garantía contra los posibles abusos de un derecho extraordinario como es aquél. Debería, por lo menos, darse al juez en tal caso, aunque el hijo no hubiera cumplido diez y seis años, el derecho de examinar los motivos y de no decretar el arresto si no le parecieren suficientes, es decir, no conceder á terceros el derecho de corrección sino por vía de requerimiento.

§ 4.º *Casos en que los padres pierden los derechos de educación y corrección respecto de sus hijos.*

476. El derecho que tienen los padres al cuidado personal de la crianza y educación de los hijos legítimos, pueden perderlo en virtud de decisión judicial y por causas que la ley determina. Á esto se refieren los artículos **254** y **255** :

ART. 254. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física ó moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos á otra persona ó personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá á los consanguíneos más próximos, y sobre todo á los ascendientes legítimos[3].

ART. 255. El juez procederá para todas estas resoluciones breve y sumariamente, oyendo á los parientes[4].

[1] Cód. ch., art. 233, inc. 4.º
[2] Cód. ch., art. 234.
[3] Cód. ch., art. 225.
[4] Cód. ch., art. 226.

La autoridad de los padres tiene como base sobre todo la idea de la protección para los hijos; cuando el ejercicio de tal autoridad acarrea para éstos algún peligro grave, físico ó moral, es lógico que la justicia intervenga para ponerla en otras manos. El juez debe ser muy prudente en la apreciación de la inhabilidad moral de los padres, pues tratándose de enseñanzas filosóficas y religiosas sobre todo, dada la diversidad de criterio en estas materias, los abusos de apreciación pueden ser muy graves. Quizá hubiera sido bueno fijar de una manera más precisa, en cuanto es posible, el sentido que aquí ha querido darle el legislador á la expresión « inhabilidad moral de los padres ».

477. Conforme al

ART. 256. Al padre ó madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes[1].

En efecto, si bien para proteger á los hijos evitándoles el mal ejemplo y la educación corruptora de un padre depravado, puede separárseles de éste, la ley no ha de ir hasta el extremo de romper definitivamente los vínculos que unen al padre con sus hijos impidiéndole verlos, lo que sería contra naturaleza, pues hasta los padres más indignos sienten afectos por sus hijos. El juez en cada caso, según las circunstancias, y en uso de las facultades discrecionales que le concede el artículo **256**, es quien mejor puede apreciar el modo como los padres hayan de ejercitar ese derecho, sin perjuicio del interés supremo de los hijos, que el legislador se ha propuesto dejar á salvo.

478. El derecho que tienen los padres de escoger la profesión de sus hijos puede considerarse como consecuencia del derecho de educarlos; semejante facultad no podrá ejercitarse naturalmente sino en caso de que estén en posibilidad moral y física para ello. Si los hijos han sido sacados de su cuidado personal, conforme al artículo **254**, no se comprendería que conservaran los padres el derecho de que se trata

[1] Cód. ch , art. 227.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

en el artículo 264 ¿Á quién tocará entonces el ejercicio del derecho de que hablamos? El artículo 265 lo determina :

Art. 265. El derecho que por el artículo anterior se concede al padre ó madre, cesará respecto de los hijos que, por la mala conducta del padre ó madre, hayan sido sacados de su poder y confiados á otra persona ; la cual ejercerá este derecho con anuencia del tutor ó curador, si ella misma no lo fuere [1].

El texto se refiere únicamente al caso de que los hijos hayan sido separados de sus padres por la mala conducta de éstos, ó sea por la inhabilidad moral de que habla el artículo 254; pero los mismos motivos existen para aplicar la regla al caso de inhabilidad física, por ejemplo la que resulte de la enajenación mental del padre ó madre sobreviviente. Por consiguiente, en cualquier caso en que los padres hayan sido privados de la autoridad que tienen en cuanto á la crianza y educación de sus hijos, la regla es que dicha autoridad se ejerce de consuno por la persona encargada por el juez del cuidado personal de los hijos y por el tutor ó curador, si son distintos individuos.

Debiendo ejercitarse el derecho de elegir el estado ó profesión futura del hijo y de dirigir su educación con anuencia del tutor ó curador, es natural que, en caso de disenso entre la persona que tenga á su cargo el cuidado de los hijos y dicho tutor ó curador, sea el juez quien resuelva en definitiva.

479. Según el

Art. 266. Los derechos concedidos á los padres legítimos en los artículos precedentes, no podrán reclamarse sobre el hijo que haya sido llevado por ellos á la Casa de Expósitos, ó abandonado de otra manera [2].

Es natural que el abandono voluntario que los padres hacen del hijo traiga como sanción la pérdida del derecho de corregirlos, educarlos y elegirles estado ó profesión, pero creemos que debería distinguirse : si los padres por indigencia absoluta que les impida atender á la crianza del hijo lo colocan en una casa de Expósitos y más tarde, cuando se hayan modificado favorablemente sus circunstancias, lo reclaman, no se ve por qué no hayan de recobrar aquel dere-

[1] Cód. ch., art. 236.
[2] Cód. ch., art. 237.

cho. Otra cosa sucede cuando, sin verse obligados por una imperiosa y cruel necesidad, lo entregan al Hospicio. Además, conforme al numeral 2º del artículo 315, el abandono del hijo por el padre es causa suficiente para decretar la emancipación judicial del primero. Mientras ella no se decrete, el abandono no producirá otros efectos que el hacerle perder al padre los derechos de que se trata en el título 12[1].

480. En el artículo 267 se confirma de un modo más general la doctrina de las disposiciones anteriores :

Art. 267. En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por su mala conducta hayan dado motivo á la providencia de separar á los hijos de su lado; á menos que ésta haya sido después revocada [2].

Como se ve, de acuerdo con este artículo, la sanción impuesta á los padres que por su mala conducta autorizan el que se les separe de sus hijos, es la pérdida de todos los derechos de que se habla en el título 12, en tanto que la misma causa sólo autoriza, según el artículo 265, para privarlos del derecho de elegirles estado ó profesión y de educarlos del modo que crean más conveniente. Por tanto, habría bastado el artículo 267, que sin duda comprende el 265.

En conformidad con la parte final del texto que comentamos, los padres pueden recobrar los derechos sobre sus hijos obteniendo la revocación judicial de la providencia dictada para separarlos de su lado. Naturalmente esto no podrán hacerlo sino demostrando una buena conducta posterior, que los haga dignos de tener á sus hijos consigo, y de ejercitar respecto de éstos las facultades que la ley ordinariamente concede á los padres, y que constituyen el derecho común en esta materia.

§ 5.º *Obligaciones de los padres y demás ascendientes respecto de la crianza, educación y establecimiento de los hijos.*

481. No sólo como un derecho sino como una obligación determina la ley que es á los padres á quienes corresponde

[1] V. los artículos 725 y siguientes del Código Penal.
[2] Cód. ch., art. 238.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

la crianza y educación de sus hijos. En esta materia tenemos que distinguir varios casos : 1° el estado normal del matrimonio; 2° el estado anormal del mismo; 3° el caso en que el hijo tenga bienes propios; 4° el caso de disolución del matrimonio, y 5° el caso de falta ó insuficiencia de los padres.

1.°) En el estado normal del matrimonio, sobre ambos cónyuges pesa la obligación de atender á los gastos que exigen la crianza, educación y establecimiento de los hijos al tenor de lo dispuesto en el inciso 1° del

ART. 257. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenecen á la sociedad conyugal, según las reglas que, tratando de ella, se dirán [1].

Como se ve, el texto se refiere á la *crianza,* es decir, al deber de suministrar al hijo todo lo necesario para la conservación de la existencia física, para vestirlo y darle habitación; á la *educación,* ó sea al deber de procurar el perfeccionamiento moral é intelectual del hijo, y á su *establecimiento,* es decir, á la colocación estable en la sociedad, de manera que pueda en lo futuro bastarse á sí mismo, ya dándole al hijo varón una profesión ó industria, ya casando á las hijas ó dándoles alguna ocupación honesta de la cual puedan derivar la subsistencia.

482. Respecto de la educación, los padres no están obligados á darla sino en la medida de sus facultades. Acerca del establecimiento propiamente dicho, conviene observar que, si bien el texto mencionado dice que los gastos que ello ocasione pertenecen á la sociedad conyugal, no impone de una manera expresa á los padres la obligación de establecer á los hijos. En el numeral 5° del artículo 1796 se dice nuevamente que la sociedad conyugal está obligada á pagar los gastos de mantenimiento, educación y *establecimiento* de los hijos comunes, pero debe entenderse que es de los gastos hechos voluntariamente para establecer á los hijos, lo que se confirma con lo dispuesto en el artículo 1800, según el cual « las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común, y las que *se hicieren* para establecerle ó casarle, se imputarán á los gananciales », etc.

[1] Cód. ch., art. 228, inc. 1.°

La obligación jurídica impuesta á los padres de establecer á los hijos, podría acarrear en la práctica graves dificultades, y si bien sobre aquéllos pesa el deber moral y natural de colocar á sus hijos, hay inconvenientes en permitir que éstos la hagan efectiva por medio de la justicia; la autoridad paterna podría con ello sufrir grave menoscabo. El Código francés [1] dice expresamente que « el hijo no tiene acción contra sus padres para exigir un establecimiento por matrimonio ó de otra manera » : se ha confiado en la generosidad de los padres para con sus hijos, creyendo que en esta materia es preferible atenerse más bien á los sentimientos afectuosos de los padres, que á la acción coercitiva de la ley civil.

483. 2.°) En el estado anormal del matrimonio, es decir, cuando la mujer está divorciada ó separada de bienes, los gastos corren por cuenta del marido, pero la mujer está obligada á contribuír según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 257 :

Si la mujer está separada de bienes, correrán dichos gastos por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporción que el juez designare; y estará obligada á contribuír aun la mujer divorciada que no haya dado causa al divorcio [2].

Según esto, los gastos de que se trata corresponden á ambos cónyuges proporcionalmente á sus facultades. Toca al juez fijar la cuota respectiva, atendiendo á todas las circunstancias, tales como la fortuna de cada uno de los esposos, el hecho de que tengan hijos de anterior matrimonio, lo más ó menos lucrativo de la profesión que ejerzan, la cuantía de lo que el marido perciba á título de usufructo legal sobre los bienes que de los hijos administre, etc.

Del inciso que comentamos se desprende que toca al marido administrar los fondos comunes que se destinen para la crianza y educación de los hijos, lo que podría ser inconveniente en el caso de que aquél los malgastase empleándolos

[1] V. el art. 204.
[2] Cód. ch., art. 228, inc. 2.°

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

para objetos diversos y esto no es improbable si se considera que la separación de bienes se funda en la mala administración del marido; pero creemos que cuando tal suceda, el juez apreciando el hecho como una inhabilidad moral del padre, puede nombrar otra persona encargada de administrar ó manejar dichos fondos, y esta persona puede ser la madre.

La primera parte del inciso no hace más que confirmar lo establecido en el artículo 205, según el cual « 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 ».

En cuanto á la parte final del mencionado inciso, observaremos que las obligaciones de los padres para con los hijos subsisten cualesquiera que sean las relaciones entre aquéllos.

484. 3.°) El inciso final del artículo 257 consagra dos excepciones á las reglas anteriormente expuestas : la primera se refiere al derecho que tienen los padres, aunque ricos, de destinar los bienes propios del hijo á los gastos de establecimiento; la segunda consiste en la facultad de tomar de los bienes del hijo, *en caso necesario,* ó sea cuando los padres no tengan recursos suficientes, lo indispensable para su crianza y educación :

> Pero si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y, en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible[1].

Como los gastos de establecimiento ponen al hijo en capacidad de bastarse á sí mismo, aunque los padres posean gran fortuna es natural que puedan destinar los frutos, por lo menos, de los bienes de sus hijos, á darles una colocación lucrativa ó que, en todo caso, les permita vivir honestamente.

La necesidad de que se trata en la segunda de las excepciones mencionadas, deberá calificarse según las circunstancias de cada caso particular, atendiendo á la posición social de los padres, á los recursos con que cuenten, el número de hijos que tengan á su cargo, etc.

[1] Cód. ch., art. 228, inc. 3.°

Los gastos de crianza y educación deben hacerse por la sociedad conyugal en el estado normal del matrimonio; por ambos cónyuges en el estado de separación de bienes ó de divorcio, y sólo en caso de insuficiencia de aquélla ó de los cónyuges puede occurrirse á los bienes propios de los hijos.

Todo esto se entiende sin perjuicio de la aplicación del inciso 3° del artículo 1800[1].

El usufructo legal que corresponde, sobre los bienes de los hijos, al padre ó á la madre que ejercen la patria potestad, es un bien propio de dichos padre ó madre, y así debe considerarse para aplicar lo anteriormente expuesto. En tal virtud, los frutos á que implícitamente se refiere el texto comentado, no pueden ser otros que los que, según el título 14, pertenecen al hijo, como los de las cosas donadas ó legadas bajo la condición de que el padre solo tenga la administración.

485. 4.°) De conformidad con el

> Art. 258. Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos, tocarán al sobreviviente en los términos del inciso final del precedente artículo[2].

La ley debe atender siempre á la crianza y educación de los hijos : si uno de los padres fallece, se recarga al otro con la parte que al difunto correspondería en los gastos que una obligación como aquélla implica. Si es la madre la que ha muerto, el padre podría atender á los gastos referidos con el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus hijos, y lo propio sucedería con la madre que ejerza la patria potestad en virtud del artículo 53 de la Ley 153 de 1887. Además, tanto un cónyuge como el otro, cualquiera que sea el que fallezca, podrá destinar también á dichos fines educativos lo que le corresponda en la sucesión del otro; si el padre ó madre que fallece era el único que tenía bienes, de acuerdo con la última parte del artículo 258 los gastos de establecimiento, crianza y educación del hijo podrán tomarse de los bienes que herede.

[1] V. el comentario de este artículo.
[2] Cód. ch., art. 229.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Como la viuda que contrae nuevas nupcias pierde la patria potestad y con ella el usufructo sobre los bienes del hijo, lo que no sucede con el padre que vuelve á casarse, resulta en este particular una desigualdad sin duda injustificable.

486. 5.º) Conforme al artículo **252**, según hemos visto, los abuelos legítimos tienen derecho á exigir que, en caso de falta ó insuficiencia de sus hijos, sus nietos cuiden de ellos en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.

El artículo **260** impone á los abuelos el deber correlativo de este derecho cuando establece que

ART. 260. La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta ó insuficiencia de los padres, á los abuelos legítimos por una y otra línea conjuntamente.

El juez reglará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan [1].

Si existen tanto los abuelos paternos como los maternos, entre ellos se distribuirá la contribución, pero no por cuotas iguales entre los cuatro, sino atendiendo á las circunstancias personales de cada uno en razón de su fortuna, á los gastos forzosos que por otro motivo deba hacer, etc. Si uno solo de los abuelos existiere ó si uno solo tuviere recursos, sobre éste pesará toda la obligación á que el artículo **260** se refiere.

Es de notar que el artículo **252**, que habla de las obligaciones de los hijos, les impone la de socorrer no sólo á sus padres, sino también á todos los demás *ascendientes*, lo que comprende los bisabuelos, y el texto que comentamos, que trata de la obligación correlativa en los ascendientes, no habla sino de los *abuelos*. Pero los mismos motivos existen respecto de aquéllos, y no parece dudoso que el texto, de carácter general, admite la interpretación extensiva. Impuesta á los abuelos la obligación de alimentar y educar á los nietos, en el caso del artículo **260**, debe tenerse en cuenta para apreciar aquélla, lo que se dice en el artículo **413** : « los alimentos, sean congruos ó necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión ú oficio ».

[1] Cód. ch., art. 231.

487. Los artículos **261** y **268** se refieren á casos especiales en que el hijo es alimentado por personas extrañas sobre las cuales no pesa esta obligación jurídica. De acuerdo con el inciso 1º del primero de dichos artículos :

ART. 261. Si el hijo menor de edad, ausente de la casa paterna, se halla en urgente necesidad, en que no puede ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste para las suministraciones que se le hagan, por cualquiera persona, en razón de alimentos, habida consideración á la fortuna y rango social del padre [1].

Siendo obligación del padre la de alimentar al hijo, es muy natural que la persona suministradora de tales alimentos pueda exigir que se le reembolsen, pero es necesario tener presente : 1º que el hijo debe ser menor de edad, pues respecto de los mayores de veintiún años se requiere decisión judicial que obligue, en casos determinados, al padre á suministrarles alimentos; 2º que debe hallarse ausente de la casa paterna, lo que supone que se encuentra á alguna distancia que no permite al padre asistirlo; 3º que la necesidad debe ser urgente, y 4º que los alimentos pueden ser congruos, « habida consideración á la fortuna y rango social del padre », como dice el artículo.

Claro es que tratándose aquí de la satisfacción de una deuda ajena, de la deuda que pesa sobre los padres en razón de alimentos, el texto á que nos referimos no era estrictamente necesario : la persona que haga al hijo las suministraciones dichas, tendría acción contra el padre para que se las pagara en virtud del cuasicontrato de agencia oficiosa. Pero habiendo sido expreso el legislador, el derecho del tercero tiene que sujetarse, no á las reglas generales de los cuasicontratos, sino á las precisas reglas del artículo **261**, el cual, refiriéndose al hijo menor ausente de la casa paterna, agrega en el inciso 2º :

Pero si ese hijo fuere de mala conducta, ó si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre estas su-

[1] Cód. ch., art. 232, inciso 1.º

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ministraciones, sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo[1].

Se ha dispuesto así, entre otros motivos, para obligar á los hijos á que vuelvan al hogar paterno, y porque no sería justo, en el caso de que el padre tenga bienes considerables, que se le obligase á contribuír con fuertes sumas por suministros hechos al hijo que abandona la casa paterna sin consentimiento de aquél ó por causa de una conducta relajada ó viciosa.

488. Como estas situaciones son anormales, sea que el hijo sin su culpa se encuentre fuera del hogar en urgente necesidad de recibir alimentos, sea que, contrariando la voluntad del padre, haya abandonado la casa paterna, en ambos casos hay interés en que el padre tenga noticias del paradero del hijo, y por eso el Código impone á la persona que haga las suministraciones de que se viene hablando el deber á que se refiere el inciso 3º del artículo **261**, bajo la justa sanción que en la parte final del mismo texto se establece :

El que haga las suministraciones deberá dar noticia de ellas al padre, lo más pronto que fuere posible. Toda omisión voluntaria en este punto, hará cesar la responsabilidad del padre[2].

489. Natural es, como se indica en el último inciso de aquel artículo, que lo dispuesto anteriormente con relación al padre, se aplique también á la persona ó personas sobre quienes, por falta ó insuficiencia del padre, pese la obligación de alimentar al hijo :

Lo dicho del padre en los incisos precedentes, se extiende en su caso á la madre, ó á la persona á quien, por muerte ó inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo[3].

490. Cuando no es que el hijo abandona la casa paterna, sino que los padres lo abandonan á él, y otra persona atiende á los gastos que demande la crianza y educación del mismo,

[1] Cód. ch., art. 232, inc. 2.º
[2] Cód. ch., art. 232, inc. 3.º
[3] Cód. ch., art. 232, inc. 4.º

dicha persona tiene asimismo derecho á que se le reembolse lo que en tal sentido hubiere gastado, en los términos del

ART. 268. Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez[1].

El texto, como se ve, se refiere al caso en que los padres quisieren sacar al hijo del poder de la persona que lo ha criado y alimentado. ¿Podrá ésta obligar á aquéllos á que le paguen los gastos de crianza y educación en caso de que voluntariamente no saquen el hijo? Creemos que sí, porque tales gastos son una deuda impuesta por la ley á los padres, de la cual no sería justo eximirlos cuando tengan recursos para pagarla sólo por el hecho de haber abandonado al hijo.

491. Las resoluciones que dicte el juez ya para confiar, por causa de inhabilidad física ó moral de ambos padres, el cuidado personal de los hijos á otra persona, ya para determinar la frecuencia y libertad con que, en tal caso, pueden los padres visitar á los hijos, ó ya para designar la proporción en que la mujer divorciada y la separada de bienes deben contribuír á los gastos de crianza y educación de los hijos, pueden revocarse ó modificarse conforme á lo dispuesto en el

ART. 259. Las resoluciones del juez, bajo los respectos indicados en los artículos anteriores, se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo á ellas; y podrán también modificarse ó revocarse por el juez en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo[2].

La revocación de que se trata en la primera parte del texto se opera de pleno derecho, es decir, sin que haya necesidad de ocurrir nuevamente al juez, y así sucederá cuando habiéndose decretado la separación de los hijos por causa de demencia del padre judicialmente declarada, se levanta el decreto de interdicción, ó cuando, por la decisión judicial en que consta la reconciliación subsiguiente al divorcio (art. **167**) ó que pone término á la separación de bienes (art. **209**), se restablecen las cosas al estado normal del matrimonio. Fuera

[1] Cód. ch., art. 239. — *Bello :* « L. 14, t. 20, p. 4ª, modificada ».
[2] Cód. ch., art. 230.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

de estos casos, la revocación ó modificación de lo resuelto por el juez debe obtenerse mediante providencia judicial en la que se aprecien las circunstancias y se estimen los cambios ocurridos en la fortuna de los padres, el hecho de que los hijos hayan adquirido bienes, etc., á fin de ordenar que, en lo sucesivo y mientras no recaiga nuevo decreto judicial, las cosas continúen del modo que equitativamente lo haya resuelto el juez, á solicitud de quien tenga derecho á ello.

Claro es que la revocación ó modificación de una sentencia de esta clase en nada ataca el valor de la cosa juzgada, pues los hechos cumplidos anteriormente, bajo el imperio de la primera sentencia, no se alteran, y la nueva, que surte sus efectos para lo futuro, se basa en hechos distintos, siquiera sean modificación de los que primitivamente se consideraron.

Se ha discutido si, en caso de que por causa de adulterio de la madre y por aplicación del artículo 254, se le prive del derecho de tener á su lado á un hijo, puede más tarde, probando buena conducta, solicitar, conforme al artículo 259, que se le rehabilite y se le permita vivir con su hijo. Para nosotros no cabe duda sobre el particular : el último texto mencionado no introduce ninguna excepción á este respecto : el juez puede revocar la resolución anterior « en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo ». Se trata, pues, de apreciar los motivos en que la mujer se funde para pedir que se le rehabilite : el poder del juez en ello es absoluto.

TÍTULO XIII.°

De la adopción.

§ 1.° *Generalidades. — Definición.*

492. El Código colombiano define la adopción como « el prohijamiento de una persona ó la admisión en lugar del

hijo del que no lo es por naturaleza ». La adopción es, pues, una ficción merced á la cual se puede tener legalmente un hijo que no ha sido procreado por el padre ó por la madre que lo adopta. Sólo por haberse sostenido durante muchos siglos esta institución no se cae en cuenta de cuan artificial é injustificable es dicha especie de procreación civil por la cual se adquieren los derechos y las obligaciones de padre respecto del hijo de otra persona.

La adopción se estableció en las legislaciones antiguas bajo la influencia de circunstancias que ya no existen. Entre los pueblos de la India y entre los romanos se consideraba como necesario tener descendientes, sobre todo por motivos religiosos, para atender al culto de los antepasados; si la naturaleza les rehusaba hijos, la ley permitía obtenerlos por filiación ficticia, por adopción principalmente, y por otros medios más extraordinarios.

La filiación artificial reviste formas muy diversas, en la India sobre todo; bastará indicar una de aquéllas para dar idea de las exageraciones á que llegaron ciertos pueblos bajo la influencia de la necesidad religiosa de tener descendientes.

Esta forma se llama ordinariamente *levirato* y en la India se conoce con el nombre de *niyoga*. Según esta institución, si un hombre casado muere sin dejar hijos, su hermano tiene que contraer matrimonio con la viuda, y los hijos procreados luego, ó por lo menos el primero, se reputan hijos del hermano difunto; si éste no deja hermano, la viuda puede tener un hijo por la cohabitación con un individuo de la misma casta, hijo que se reputará del marido muerto[1].

Esto basta para mostrar la fuerza de las necesidades en virtud de las cuales establecieron ficciones como la adopción. Hoy tales necesidades no existen, y la adopción no sirve sino para satisfacer facticiamente los deseos de paternidad que se han frustrado.

Los que no tienen hijos pueden muy bien criar y educar un niño ajeno, sin vincularlo definitivamente á ellos por una

[1] V. Dareste, *Histoire du droit*, p. 87; Sumner Maine, *L'Ancien droit et la coutume primitive*, traducción francesa, pp. 125 y s. — Instituciones semejantes existieron también entre los griegos y los hebreos.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

filiación artificial. Es de tener la ingratitud del individuo á quien se prestan tales cuidados, y la prudencia más elemental aconseja en este caso que se conserve la posibilidad de desprenderse de él[1].

La adopción no corresponde, pues, en las sociedades modernas, á una necesidad verdadera. Por eso vemos que rara vez se practica y que algunas legislaciones la rechazan como contraria á las buenas costumbres, en cuanto ataca el matrimonio, que debe ser la base única de la familia y de la sociedad civil. En Colombia, aunque admitida por el Código jamás se ha practicado. En Francia sirve sobre todo para evadir las disposiciones restrictivas de los derechos de los hijos naturales : en lugar de reconocer á éstos, el padre ó la madre los adoptan, y así les confieren todos los derechos de los hijos legítimos.

Creemos, pues, que, con mucha razón, no se admitió la adopción en el Código de Chile, y que, por lo mismo, el título 13 del Código colombiano no tiene razón de ser.

493. Según el

ART. 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, ó la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama *padre* ó *madre adoptante*, ó simplemente *adoptante;* y aquel en cuyo favor se hace, *hijo adoptivo*, ó simplemente *adoptivo* ó *adoptado*.

El inciso 2º es evidentemente inútil, y en cuanto al 1º, conviene observar que la expresión « en lugar *del* hijo » debe leerse « en lugar *de* hijo », como se dice en el Código de Cundinamarca, de donde fué tomado el título que estamos comentando.

En Colombia no se reconoce otra adopción que la que se efectúa por acto entre vivos y ante notario; no se admite la adopción por testamento, porque, como lo veremos luego, con los efectos que el Código hace producir á la adopción, no presentaría ninguna ventaja.

[1] Como lo veremos, el Código colombiano permite revocar la adopción por varias causas.

§ 2.º *Condiciones requeridas para la adopción.*

494. Hay que distinguir las condiciones requeridas en el adoptante y las que se requieren en el adoptado.

A) *Condiciones requeridas en el adoptante.* — **1**.ª) El adoptante debe ser plenamente capaz, pero la mujer casada puede adoptar conjuntamente con su marido ó con su consentimiento, según lo prescrito en el

ART. 270. Para adoptar se requiere que el adoptante no esté bajo el poder ó dependencia de otra persona; pero la mujer casada sí podrá adoptar como lo permite éste Código.

De este artículo resulta que un demente en estado de interdicción no puede adoptar, aun cuando se halle en un intervalo lúcido; igual prohibición se extiende al menor de edad.

495. **2**.ª) El adoptante debe ser mayor de edad, según lo prescrito en el

ART. 271. Requiérese también para adoptar, que el adoptante haya cumplido veintiún años y que sea quince años mayor que el adoptivo.

¿No habrá redundancia en exigir la mayor edad en el adoptante, siendo así que el artículo 270 requiere que no esté bajo el poder ó dependencia de otra persona? No, porque en esta fórmula no quedaba comprendido el menor habilitado de edad.

496. **3**.ª) El adoptante debe tener quince años más que el adoptado. Esto resulta del artículo anteriormente transcrito. Se ha querido que la filiación ficticia tenga cierta semejanza con la natural. Preciso es, además, que la autoridad reconocida al padre adoptante se apoye en la que resulta de la edad.

497. **4**.ª) El adoptante no debe tener descendientes legítimos en la época de la adopción, como lo dice el

ART. 272. No podrán adoptar los que tengan descendientes legítimos.

Poco importa que los haya tenido ó no. Lo único que se requiere es que no los tenga en el momento de la adopción;

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pero el hecho de tener un hijo adoptivo no es obstáculo para adoptar otro ú otros más, porque la ley no lo prohibe. Igual cosa decimos de los hijos ilegítimos y aun de los naturales.

Como los legitimados se consideran legítimos, es claro que quien los tenga no podrá adoptar á otra persona.

Según veremos luego, el hecho de que sobrevenga al padre ó madre adoptante un hijo legítimo hace fenecer la adopción. ¿Podrá decirse otro tanto si se legitima un hijo? El texto no es expreso, pero dada la asimilación completa que el legislador ha establecido en materia de derechos entre los hijos legítimos y los legitimados, y siendo así que la expresada causa de fenecimiento se establece para que los adoptivos no menoscaben los derechos de los descendientes legítimos, creemos que aquella cuestión debe resolverse afirmativamente.

498. 5.ª) Es preciso que el adoptante sea del mismo sexo que el adoptado. Así lo prescribe el

ART. 273. La adopción no puede tener lugar sino entre personas del mismo sexo : el padre adoptante debe serlo de un varón, y la madre adoptante de una mujer.

Tan importante ha parecido al legislador esta condición, que la ha formulado dos veces en términos distintos. No le pareció suficiente decir que « la adopción no puede tener lugar sino entre personas del mismo sexo », y añadió : « el padre adoptante debe serlo de un varón y la madre adoptante de una mujer ». Cualquiera de las dos fórmulas habría bastado.

Esta exigencia se funda evidentemente en motivos de moralidad.

Puede considerarse como una excepción á la regla de que estamos hablando la consignada en el inciso 1º del

ART. 275. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y en este único caso podrá hacerse la adopción indistintamente en favor de personas de uno y otro sexo.

499. 6.ª) Si el adoptante es casado necesita el consentimiento de su consorte :

ART. 274. El que esté casado no puede adoptar sin el consentimiento de su cónyuge.

Fúndase esto en que el hijo adoptado adquiere respecto del adoptante los derechos de hijo legítimo. La adopción impone cargas á la sociedad conyugal y puede, por lo mismo, ser causa de discordia entre los cónyuges.

500. 7.ª) Finalmente, respecto del tutor ó curador que desea adoptar á su pupilo, es establece la condición especial de que habla el

ART. 276. El tutor ó curador no puede adoptar al que tiene ó ha tenido en guarda, hasta que éste haya cumplido la edad de diez y ocho años, y á aquél le hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela ó curaduría, y quedado á paz y salvo en su administración.

Del texto resulta que quien ha sido tutor de un individuo, aunque haya rendido cuentas, no puede adoptar al pupilo mientras éste no tenga diez y ocho años. La disposición se funda en el tenor de que el tutor ó curador abuse de su autoridad sobre el pupilo para obtener que consienta en la adopción.

501. B) *Condiciones requeridas por parte del adoptado*. — 1.ª) El consentimiento del adoptado es preciso al tenor del

ART. 277. Para la adopción de un mayor de edad que tenga la libre administración de sus bienes, se necesita de su expreso consentimiento : para la de un menor, ó la de persona sujeta al poder de otro, necesítase, además, el consentimiento de las personas que respectivamente deben prestarlo para que pueda el menor casarse, ó el de la persona bajo cuyo poder ó guarda este el que se pretende adoptar.

Es de observar que la ley no contiene disposición expresa que exija el consentimiento del adoptante. La necesidad de tal consentimiento es tan obvia que se ha creído innecesario mencionarla.

En cuanto al adoptado, se exige su consentimiento en todo caso, sea mayor ó menor, pues el texto dice que se necesita *además* el de otras personas. De donde puede deducirse que un impúber, incapaz de dar un consentimiento que tenga valor jurídico, no puede ser adoptado. Y sin embargo, el Código mismo supone que la adopción es en tal caso posible,

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

puesto que en el artículo 281 se lee : « si el adoptado estuviere bajo el poder de *tutor* ó de curador, saldrá de él... », y en el 283 : « el padre y la madre adoptante podrán nombrar *tutor* ó curador... al adoptado ». Sólo los impúberes pueden estar en tutela.

Sin desconocer la fuerza del argumento que se puede sacar de dichos textos, opinamos, sin embargo, que la adopción de los impúberes no es permitida.

Si de otro modo fuese, la adopción sería el único acto jurídico en que, conforme á la legislación colombiana, se reconocería valor al consentimiento expresado por un impúber. Los textos no son suficientemente precisos para que se admita excepción tan extraordinaria á un principio fundamental. Por otra parte, no parece posible admitir que haya adopción sin consentimiento del adoptado, porque debería entonces concedérsele la facultad de rechazar la adopción cuando llegase á determinada edad; el texto del artículo 277 es más concluyente que los que se invocan en contra, porque trata precisamente del consentimiento. La palabra *tutor* que se encuentra en los artículos 281 y 283, en disposiciones incidentales, es quizá el resultado de una negligencia de parte de los redactores del título, y la redacción innegablemente defectuosa de otros artículos de que luego hablaremos corrobora este supuesto.

502. 2.ª) Fuera del consentimiento del adoptado se exige el de las personas que deban prestarlo para que pueda casarse, ó el de aquéllas bajo cuyo poder ó guarda esté el que se pretende adoptar. Esta última parte del artículo 277 supone que otros incapaces, además del menor, pueden ser adoptados. ¿Quiénes podrán serlo? Fuera del menor, sólo están bajo guarda los disipadores, los mentecatos en entredicho y los sordomudos. En cuando al disipador y al sordomudo, no hay duda de que puedan ser adoptados, siempre que, tratándose del sordomudo, pueda expresar su consentimiento; sólo podrá discutirse si se necesita que lo exprese por escrito conforme á la regla general del artículo 1504 inciso 1º, ó si bastará que lo exprese por signos manifiestos, como sucede en el matrimonio (art. 140, num. 3.º)

¿Pero podrá ser adoptado un demente en estado de interdicción, durante un intervalo lúcido? La cuestión es la misma que en materia de matrimonio, y creemos que debe resolverse de igual modo[1].

503. 3.ª) Es preciso que el adoptado no lo haya sido ya. Nadie puede ser adoptado por varias personas, á menos que lo sea por ambos cónyuges, según resulta del inciso 2º del artículo 275 :

> Fuera del caso á que este artículo se contrae, nadie puede ser adoptado por más de una persona.

Parece resultar del texto que un individuo no puede ser adoptado por dos cónyuges sino *conjuntamente*. No vemos el motivo para no permitir que lo sea *sucesivamente;* puede suponerse que un individuo al casarse tuviera un hijo adoptivo ¿por qué no podría adoptarlo el otro cónyuge? Los motivos por los cuales no se permite que la adopción se haga por varias personas son las rivalidades posibles entre los adoptantes : estos motivos dejan de existir cuando aquéllos son cónyuges, y poco importa entonces que la adopción se haga ó no simultaneamente. Sin embargo, siendo el texto excepcional, debe interpretarse restrictivamente y sólo se evitaría la consecuencia de que la adopción sucesiva de un mismo individuo por dos cónyuges no es posible, admitiendo que conjuntamente no significa aquí *al mismo tiempo,* sino que expresa el hecho de que *uno y otro* cónyuges adopten.

§ 3.º *Formalidades requeridas para la adopción.*

504. Tres son estas formalidades : 1ª la autorización judicial, 2ª el otorgamiento de escritura ante notario, 3ª el registro de dicha escritura.

1.ª) *Autorización judicial.* — El artículo 279 la exige en los términos siguientes :

> Art. 279. Para la adopción es necesario que preceda en todo caso el permiso del juez ó del prefecto del domicilio del adoptado. Si el adoptado fuere menor de edad, ó persona reputada como menor de edad, tomará el juez, ade-

[1] V. nº 238.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

más de la providencia á que se contrae el artículo anterior, las otras que estime necesarias en beneficio de la persona del adoptado, y en seguridad de sus bienes.

La providencia á que se refiere el texto, especial para el caso en que el adoptado sea menor de edad y tenga bienes, es la caución que debe dar el adoptante.

505. El artículo 278 requiere además que se haga inventario solemne ó judicial de los bienes :

ART. 278. En caso de que la persona á quien se pretende adoptar tenga bienes y sea menor de edad, ó que por cualquier otro motivo esté bajo el poder ó la guarda de otra persona, no podrá tener lugar la adopción sin que por el adoptante se dé caución, á satisfacción del padre, tutor, curador ó persona de quien el adoptado dependa, en responsabilidad de dichos bienes : la caución deberá, además, ser aprobada por el juez, y deberán también recibirse los bienes con inventario solemne ó judicial, protocolizándose este último.

La sanción de esta disposición consiste, en primer lugar, en que el juez debe rehusar su autorización mientras no se hayan cumplido los requisitos del artículo. Pero si acaso sucede que el juez autorice una adopción sin que se haya prestado caución y hecho inventario, ¿sería nula la adopción? No lo creemos; la expresión « no podrá tener lugar la adopción » parece equivalente á « no podrá celebrarse la adopción », é indica que sólo se trata de un impedimento prohibitivo.

Con la expresión « menor de edad ó persona reputada como menor de edad » empleada en el artículo 279, se quizo aludir al caso de que el estado civil del adoptado no esté regularmente comprobado. Si la adopción entrara en las costumbres, la mayor parte de las veces recaería en niños desamparados.

506. 2.ª) *Otorgamiento de escritura.* — La adopción es un contrato solemne como el matrimonio, y también fuente de la familia. El artículo 280 dispone sobre el particular que

ART. 280. Obtenido el permiso judicial, se otorgará por ante el respectivo notario la correspondiente escritura, sin la cual no tendrá efecto la adopción. Esta escritura será firmada por el juez que concede el permiso, el adoptante, el adoptado y, en su caso también, por la persona que haya prestado el consentimiento para la adopción, autorizándola el notario y dos testigos.

507. 3.ª) *Registro.* — La adopción debe hacerse constar en el registro del estado civil, como lo prescriben el numeral 5º del artículo 349 y el artículo 371; pero la omisión de esta formalidad no vicia el acto.

§ 3.º *Efectos de la adopción.*

508. 1.º) La adopción tiene por efecto esencial crear entre el adoptado y el adoptante los derechos y obligaciones que existen entre padre ó madre é hijo legítimo. Así se establece en el

ART. 281. Después de otorgada legalmente la escritura de adopción adquieren respectivamente el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones de padre ó madre é hijos legítimos. Si el adoptado estuviere bajo el poder de tutor ó de curador, saldrá de él, y quedará bajo la patria potestad del padre adoptante, ó bajo la tutela ó curaduría de la madre adoptante, en su caso.

De este texto generalísimo se deduce que sólo se han de rehusar al adoptado respecto del adoptante, ó viceversa, los derechos que de un modo formal les haya rehusado la ley.

Como consecuencias del principio, tenemos : el adoptado debe respeto, obediencia (art. 250), y cuidados personales (art. 251) al adoptante. Este á su vez, tiene la obligación de criar, y educar al adoptado (art. 253); podrá asimismo ejercitar el derecho de castigarlo en los términos del artículo 262 y gozará de la patria potestad y del usufructo legal, en conformidad con lo establecido en el título 14.

La mayor parte de los derechos que acabamos de enumerar son exclusivos, es decir, que no pueden ejercitarlos simultaneamente varias personas; por lo mismo, una vez adquiridos por el adoptante, se ha de admitir que los pierde el padre del adoptado y cualquiera otra persona que antes de la adopción los ejerza. Esto resulta además del artículo 286, que adelante veremos. No puede celebrarse la adopción de un menor sin el consentimiento del padre; éste, al consentir, acepta las consecuencias anteriormente expuestas.

¿Puede el adoptado llevar el apellido del adoptante? La afirmación parece desprenderse del texto que estudiamos : llevar el apellido del padre es uno de los derechos del hijo

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

legítimo. Pero, por otra parte, el adoptado no puede cambiar su estado civil renunciando al apellido de su padre natural. Creemos, sí, que podría añadir á su apellido de familia el del adoptante. Una disposición legal á este respecto no habría carecido de importancia : transferir su apellido, para que no perezca, al adoptado, es una de las razones que pueden motivar la adopción, y ya que ésta se ha admitido, debe organizarse de tal modo que puedan conseguirse los fines legítimos que con ella se persiguen.

509. 2.°) Conforme á los numerales 7° y 8° del artículo **411**, el adoptante debe alimentos al adoptado, y recíprocamente.

La relación jurídica originada por la adopción es enteramente personal; ninguna obligación y ningún derecho existen entre el adoptado y los ascendientes ú otros parientes del adoptante, ni tampoco entre éste y los descendientes del adoptado. La obligación alimenticia se limita, pues, al adoptante y al adoptado.

510. 3.°) Ya sabemos que la adopción crea ciertos impedimentos para el matrimonio. El numeral **11** del artículo **140** limita tales impedimentos al adoptante y al adoptado por una parte, y, por otra, á este último y á la mujer del adoptante.

511. 4.°) El adoptado debe pedir al padre y madre adoptantes permiso para el matrimonio (art. **116** y **117**).

512. 5.°) Sabido es que las relaciones entre el padre y el hijo legítimo dan lugar al derecho de sucesión recíproca. Si no hubiera más disposición que el artículo **281**, sería preciso decidir que en esta materia existe también asimilación completa del hijo adoptivo al hijo legítimo. Pero no es así; el artículo **282** establece una regla especial :

> ART. 282. El hijo adoptivo puede heredar al padre por testamento, en caso que no haya ascendientes legítimos, y si los hubiere sólo tendrá derecho á una décima parte de los bienes; pero el adoptante en ningún caso podrá ser heredero del adoptado.

El texto encierra dos cuestiones : sucesión del adoptante por el adoptado, y viceversa.

A. *Sucesión del adoptante por el adoptado*. — La parte del texto que se refiere á esta hipótesis es inexplicable tal como está redactada : no se necesitaba de un texto especial para

dar al hijo adoptivo el derecho de suceder al adoptante por testamento; no habiendo legitimarios, es de derecho común que el adoptante pueda disponer de su fortuna como á bien tenga, y sería absurdo que la calidad de hijo adoptivo, asimilada de una manera general por la ley á la de hijo legítimo, constituyese por sí sola incapacidad especial para suceder por testamento. Sin embargo, si se toma el texto al pie de la letra, significa que sólo á falta de ascendientes puede instituírse heredero al hijo adoptivo, y habiendo aquéllos, no puede serlo ni aun en la porción disponible que puede dejarse á cualquier extraño. Por otra parte, el texto confiere, en el caso de que haya ascendientes, al hijo adoptivo derecho á la décima parte de los bienes del padre; aquí se habla de la sucesión abintestato, porque de otro modo habría debido decirse « podrá recibir ».

Singular sistema es el que por una parte da al hijo adoptivo el derecho de suceder abintestato si hay legitimarios y se lo rehusa si no los hay, y por otra parte sólo permite dejarle por testamento en caso de que no haya legitimarios, de modo que habiéndolos tiene derecho á la décima parte pero no puede recibir más.

Tan absurdos son estos resultados, que no puede admitirse que el tenor literal del texto contenga el verdadero pensamiento del legislador : hubo ciertamente un error que tal vez consiste en haber introducido en el artículo la expresión « por testamento ». Suprimiéndola, tendríamos que el hijo adoptivo puede heredar al adoptante si éste no deja ascendientes, y hereda entonces como heredaría el hijo legítimo, es decir, sin restricciones de ninguna clase, salvo el derecho del cónyuge sobreviviente á la porción conyugal[1]; y habiendo ascendientes, el hijo adoptivo tendrá derecho sólo á la décima parte de los bienes, mientras que el hijo legítimo los excluye y el hijo natural participa con ellos. En cuanto á la porción disponible, sería la misma respecto del adoptado que respecto de cualquier extraño; no hay motivo para ponerlo en una condición peor.

[1] V. art. 86 de la Ley 153 de 1887.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Admitiendo que el hijo adoptivo pueda suceder abintestato, ¿deberá considerarse como legitimario? Creemos que no, porque no figura en la enumeración del artículo 1240 y porque el texto que determina especialmente sus derechos en la sucesión del adoptante, ó sea el artículo 282, no le concede este derecho y ni aun lo asimila expresamente al hijo legítimo.

Por lo demás, el derecho de sucesión del adoptado se limita estrictamente á los bienes del adoptante mismo; ninguna relación existe entre el adoptado y los parientes del adoptante, como resulta expresamente de la parte final del artículo 50. La recíproca creemos que también debe admitirse, y en consecuencia, los descendientes del hijo adoptivo no tienen ningún derecho en la sucesión del adoptante ni directamente ni por representación; sin embargo, hay lugar á duda en este último caso.

513. B. *Sucesión del adoptado por el adoptante*. — El artículo 282 establece de una manera absoluta que el adoptante, en ningún caso, podrá ser heredero del adoptado.

El adoptante, por consiguiente, no es heredero abintestato, y si se admite que éste sí tiene derecho de suceder de aquel modo, la regla anterior constituye una excepción al principio de reciprocidad en el derecho de sucesión.

Por otra parte, los términos absolutos del artículo conducen necesariamente á decidir que el adoptante no puede ser instituído heredero por el adoptado.

Con la primera disposición, que no concede derecho al adoptante en la sucesión intestada del adoptado, excepción á la regla que establece entre ellos los mismos derechos que entre padre é hijo legítimo, se quiso evitar que se hiciesen adopciones con un fin interesado en el adoptante. La segunda disposición es más difícil de justificar; se ha temido quizá que el adoptante influya en el adoptado para hacerlo testar en su favor. Pero este temor no existe sino mientras dura la autoridad paterna; hubiera bastado, por lo mismo, establecer que el adoptado no podría testar en favor del adoptante, sino después de llegar á la mayor edad.

De notar es que los términos del artículo no se oponen sino

á que el adoptante sea *heredero* del adoptado; luego puede ser *legatario,* aun por testamento hecho por el adoptado menor de edad, diferencia que ciertamente no se justifica.

Lo singular de las disposiciones de la ley en cuanto á los efectos de la adopción, especialmente si se admite que establece incapacidades para suceder no sólo contra el adoptante sino también contra el adoptado, constituye sin duda obstáculo para que aquélla se realice : uno de los fines principales de la adopción es que el adoptante transmita sus bienes al hijo adoptivo como si se tratará de un hijo legítimo. Las personas que tuvieran deseo de adoptar á otra se abstendrían de hacerlo, para no colocarla en situación peor que á los extraños.

514. 6.°) El padre ó la madre adoptante podrán nombrar por testamento ó por acto entre vivos tutor ó curador al hijo adoptivo con tal de que le donen ó dejen alguna parte de sus bienes que por la ley no le corresponda; pero tal guarda se limitará á los bienes que se donan ó dejan al hijo.

Á esto se refiere el

Art. 283. El padre y la madre adoptantes podrán nombrar tutor ó curador por testamento ó por acto entre vivos, al adoptado, conforme á lo dispuesto en el artículo 450.

El derecho conferido por el artículo 450 se extiende á todo el que, sin estar legalmente obligado legue ó done bienes á un menor, y, por lo mismo, la facultad que se da por el artículo 283 al padre ó madre adoptantes, nada les concede que no corresponda también, en el caso del artículo 450, á cualquier persona extraña.

§ 4.° *De los modos como fenece la adopción.*

515. La adopción fenece : 1° por la revocación; 2° por la muerte del adoptante ó del adoptado; 3° por el hecho de tener el adoptante descendencia legítima.

1.°) *Revocación*. — Á diferencia de la filiación legítima, que tiene carácter perpetuo, la filiación ficticia que resulta de la adopción puede revocarse por causas determinadas :

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Art. 284. La adopción no es revocable sin causa. Son causas para revocar la adopción las mismas que sirven de fundamento para el desheredamiento de un legitimario.

El adoptado puede impugnar la revocación y probar que la causa en que se funda no existe :

Art. 285. Si el adoptado no conviniere en la certeza de la causa en que se apoya la revocación de la adopción, no valdrá tal revocación si no se probare judicialmente.

Naturalmente lo que ha de probarse en juicio es la existencia de la *causa* alegada para revocar la adopción.

516. 2.°) *Muerte del adoptante ó del adoptado.* — Según el inciso 1° del

Art. 287. La adopción fenece por muerte del adoptante ó del adoptivo.

Este texto confirma el principio de que la adopción se limita á las relaciones personales entre el adoptante y el adoptado, sin extenderse á los parientes de aquél ni á los descendientes del último. Sin embargo, sería excesivo admitir que todos los efectos de la adopción cesan por el fallecimiento ya del adoptante ya del adoptado. Uno por lo menos subsiste, y justamente no tiene aplicación sino desde que el adoptante fallece, ó sea el impedimento del matrimonio entre el hijo adoptivo y la mujer que fué esposa del adoptante (art. 140, numeral 11).

517. 3.°) *Cuando el adoptante tiene descendencia legítima.* — Á esto se refiere el inciso 2° del artículo 287, según el cual la adopción

También fenece por el hecho de tener el padre ó madre adoptante descendencia legítima.

518. Si bien el hecho de que el adoptante tenga un hijo legítimo pone fin á la adopción, ello no puede surtirse con efecto retroactivo; á este caso, como á todos los de fenecimiento de la adopción, se aplicará la regla establecida especialmente para el caso de revocación en el

Art. 286. Revocada válidamente la adopción, volverán la persona y los bienes del adoptivo al poder ó á la guarda de la persona de quien dependía el adoptivo antes de la adopción, si dicho adoptivo no tuviere la libre administración de sus bienes.

Por el fenecimiento de la adopción, dejan de existir, para lo futuro todos los derechos y todas las obligaciones que de ella se derivan; pero, aun en el caso de revocación el adoptado no tendrá que reembolsar los gastos que para crianza y educarlo haya hecho el adoptante.

TÍTULO XIV.°

De la patria potestad.

§ 1.° *Generalidades. — Derechos que comprende la patria potestad.*

519. Según el inciso 1° del artículo 288 del Código[1], inciso virtualmente reemplazado por el 1° del artículo 53 de la Ley 153 de 1887, « la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley *da* al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados ». Esta definición comprendía sólo los derechos que pueden considerarse como creación de la ley : el usufructo, la administración de los bienes del hijo y la representación judicial, y extrajudicial, pero no los derechos esenciales, fundados en la naturaleza misma, que constituyen la autoridad de los padres sobre la persona de los hijos y que se determinan en el título 12. Esta interpretación puede confirmarse con lo dicho en el inciso 2° del expresado artículo 288, según el cual, los derechos que constituyen la patria potestad « no pertenecen á la madre ». Pero la Ley 153 dijo :

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados.

[1] Art. 288. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados.
Estos derechos no pertenecen á la madre. — Cód. ch., art. 240, inc. 1.°

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Muerto el padre, ejercerá estos derechos la madre legítima mientras guarde buenas costumbres y no pase á otras nupcias (art. 53).

Como se ve, el primer inciso no habla ya de los derechos que la ley *da,* sino de los que la ley *reconoce* al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Parece que el legislador se hubiera propuesto con esta reforma incluír en la patria potestad no sólo los derechos de usufructo, administración y representación, sino todos los que la calidad de padre legítimo confiere sobre los hijos. No es así, sin embargo, puesto que la madre, según el inciso 2º del artículo que comentamos, no entra en el ejercicio de la patria potestad sino por muerte del padre[1], y la pierde por el hecho de pasar á otras nupcias, circunstancia esta última que no extingue la autoridad materna y los derechos que de ella se derivan según lo establecido en el título 12. De todos modos, los derechos de que trata el título *De la patria potestad* no son otros que los de usufructo, administración de los bienes del hijo y representación judicial y extrajudicial del mismo, derechos que, en parágrafos separados, estudiaremos en seguida.

El inciso 3º del artículo 53 de la Ley 153 de 1887, inciso que reemplaza al 3º del artículo 288 del Código[2], dice :

Los hijos de cualquiera edad no emancipados serán *hijos de familia*, y el padre ó madre con relación á ellos *padre* ó *madre de familias*[3].

520. La patria potestad existe respecto de todos los hijos legítimos, ya lo sean por nacimiento, ya en virtud de la legitimación. No tiene otro sentido el

Art. 289. La legitimación pone fin á la guarda en que se hallare el legitimado, y da al padre legitimante la patria potestad sobre el menor de veintiún años no habilitado de edad[4].

[1] Pero el texto debe aplicarse, y la madre ejercerá la patria potestad, no solamente sobre los hijos cuyo padre muera ó haya muerto después de la expedición de la Ley 153 de 1897, sino también sobre aquellos cuyo padre había muerto con anterioridad á dicha ley. Así ha de entenderse el referido artículo, de acuerdo con lo que prescribe el 20 de la misma ley. — G. J. VII, 165, 2.ª

[2] Los hijos de cualquiera edad no emancipados, se llaman *hijos de familia*, y el padre con relación á ellos, *padre de familia*. — Cód. ch., art. 240, inc. 2.º

[3] El plural *familias* no se justifica en este caso.

[4] Cód. ch., art. 241.

Inútil nos parece esta disposición en virtud de las varias que asimilan el hijo legitimado al legítimo.

521. Conforme al

Art. 290. La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo ó cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo ó cargo. Los empleados públicos, menores de edad, son considerados como mayores en lo concerniente á sus empleos[1].

El hijo de familia que ejerce un empleo ó cargo público no sale de la patria potestad sino que, para los actos que ejecute en razón de su empleo ó cargo, no está sujeto á la voluntad del padre, y por eso no necesita del ministerio de éste para los asuntos oficiales, como quiera que para ellos se reputa mayor de edad. Pero esto no impide el que el hijo quede bajo la patria potestad para todos los demás actos extraños al empleo ó cargo que desempeñe. El ejercicio de las funciones públicas no es medio para obtener la emancipación legal. Por lo demás, creemos que la disposición no era necesaria por ser obvio el principio en ella consignado : el hijo de familia que desempeña un cargo público ejerce funciones de mandatario, de administrador de negocios ajenos. El ministerio del padre se ejercita para proteger al hijo en los negocios que puedan afectarlo en sus bienes propios. El principio á que nos referimos es más bien de derecho público que de derecho civil.

§ 2.º *Derecho de usufructo legal.*

522. Al tenor del inciso 1º del

Art. 291[2]. El padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados los siguientes[3].

El último inciso del mismo artículo dice, lo que era obvio, que

Se llama *usufructo legal* del padre de familia el que le concede la ley.

El origen de este derecho del padre podría encontrarse

[1] Cód. ch., art. 242.

[2] Cód. ch., art. 243.

[3] Véanse las excepciones en el n. 525.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

quizá en una institución del derecho romano en su último estado, la de los *bona adventitia,* bienes cuya propiedad conservaba el hijo y cuyo usufructo pertenecía al padre; los comentadores franceses señalan como origen de este derecho una institución feudal, la *guarda.*

Como quiera que sea, nos parece difícil justificar en las legislaciones modernas este derecho de usufructo. Los romanos instituyeron los *bona adventitia* porque anteriormente los bienes que el hijo bajo potestad heredaba de su madre especialmente, se confundían con el patrimonio del padre y se dividían entre los hijos aunque fuesen de otro lecho, y si el hijo moría antes que el padre, quedaban en la familia del marido. Había, pues, en ello una institución favorable al hijo, mientras que no existiendo hoy los principios del derecho romano sobre la unidad del patrimonio familiar, y teniendo el hijo capacidad propia de poseer patrimonio propio, se favorece al padre á costa del hijo. Se comprende que si el hijo tiene bienes propios, los gastos de crianza y educación se hagan con estos bienes (art. 257, inciso 3º), pero si sobra algo ¿por qué darlo al padre?

523. Además, vemos que el Código colombiano concede al padre un verdadero usufructo, es decir, un derecho real. Creemos, sí, que, á pesar de esto, el padre no puede disponer de este derecho, como podría hacerlo con un usufructo ordinario : el padre no puede enajenar ni hipotecar el usufructo legal. Este es un atributo de la patria potestad, inseparable de la persona que la ejerce. El artículo 869 dice que « el usufructo legal del padre de familia sobre ciertos bienes del hijo..., está sujeto á las reglas especiales del título *De la patria potestad* ». Pero es claro que, en cuanto éste guarde silencio, se aplicarán á dicho usufructo las reglas generales sobre la materia que no pugnen con la naturaleza del derecho del padre.

524. Según el

ART. 292. El padre no goza del usufructo legal sino hasta la emancipación del hijo[1].

[1] Cód. ch., art. 244.

Ya lo había dicho el artículo 288, según el cual la patria potestad no existe sino sobre los hijos no emancipados, de tal manera que si el padre tiene la administración de los bienes del hijo mayor de edad que por demencia ú otra causa no puede administrarlos, aquél se sujeta á las disposiciones de la curaduría, que no le otorgan el usufructo de los bienes del hijo.

525. El usufructo legal no se aplica á todo el patrimonio del hijo. El artículo 291 señala tres clases de bienes exceptuados de la regla :

1.º Los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico;

2.º Los bienes adquiridos por el hijo á título de donación, herencia ó legado, cuando el donante ó testador ha dispuesto expresamente que tenga el usufructo de estos bienes el hijo, y no el padre;

3.º Las herencias ó legados que hayan pasado al hijo por incapacidad ó indignidad del padre, ó por haber sido éste desheredado.

El inciso 5º de este artículo 291 añade :

Los bienes comprendidos bajo el número 1º forman el peculio *profesional* ó *industrial* del hijo; aquellos en que el hijo tiene la propiedad y el padre el derecho de usufructo, forman el peculio *adventicio ordinario;* los comprendidos bajo los números 2º y 3º, el peculio *adventicio extraordinario.*

Esta terminología, imitada del derecho romano, además de ser inútil, no es conforme exactamente á la de aquél, pues en derecho romano no había peculio adventicio sino *bona adventitia*, sometidos á un régimen muy distinto, y precisamente sobre estos bienes tenía el padre un derecho de usufructo; sobre el peculio, por el contrario, no tenía el hijo, en principio, sino un derecho de administración y de goce.

Acerca de los textos legales arriba transcritos, observaremos : 1º que al peculio profesional ó industrial corresponden sin duda las ganancias que haga un hijo de familia en apuestas, loterías, etc., pues es de suponerse que las obtiene con fondos propios, y que del mismo peculio hacen parte las minas que descubra el hijo bajo patria potestad; 2º que la condición impuesta por el donante ó testador de que el hijo tenga el usufructo de los bienes donados ó transmitidos á

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

título de herencia ó legado es perfectamente lícita, y por lo mismo basta respetarla para que el padre pierda aquel derecho; 3º que en el tercer libro será donde trataremos de las causas de incapacidad ó indignidad para suceder, así como de los desheredamientos. Sin embargo, desde ahora observaremos que, conforme al artículo 1265, « el desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo ó parte de su *legítima* ».

No se entiende, pues, por desheredamiento sino la privación de la legítima, pero no la privación del derecho de suceder abintestato que no tenga este carácter; pero si se supone que á un legitimario se le deshereda, privándolo tanto de su legítima como de la porción de su derecho abintestato que no tiene carácter de tal, al pasar los bienes al hijo, ¿será privado el padre del usufructo de todos los bienes heredados ó legados, ó sólo de aquella parte que habría constituído la legítima? Parece conforme al espíritu de la ley que se prive al padre del usufructo de todos los bienes que emanan de quien lo desheredó.

Cuando la herencia pasa al hijo porque el padre la repudia, caso no previsto por el artículo 291, dicha herencia forma parte del peculio ordinario del hijo y en ella el usufructo corresponde al padre.

526. Es regla general que el usufructuario no puede tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución (art. 874), pero tratándose del usufructo legal del padre sobre los bienes del hijo, el legislador, fundándose en el interés que aquél debe tener por el último, ha creído conveniente eximirlo de tal obligación, y así lo dispone en el

Art. 293. El padre de familia no es obligado, en razón de su usufructo legal, á la fianza ó caución que generalmente deben dar los usufructuarios para la conservación y restitución de la cosa fructuaria [1].

§ 3.º *Administración legal.*

527. Conforme al inciso 1º del

[1] Cód. ch., art. 245.

Art. 295 [1]. El padre administra los bienes del hijo, en que la ley le concede el usufructo.

Como se ve, el padre no tiene, en principio, la admnistración de todos los bienes del hijo, sino sólo de aquellos en que la ley le concede el usufructo. Por consiguiente, es inútil el inciso 3º del artículo 295 que, hablando de las cosas sobre las cuales no tiene administración el padre, dice que no la tendrá :

Ni en las herencias ó legados que hayan pasado al hijo por incapacidad ó indignidad del padre, ó por haber sido éste desheredado.

528. El inciso 2º del mismo artículo establece que el padre

No tiene esta administración en las cosas donadas, heredadas ó legadas bajo la condición de que no las administre el padre.

Para que se aplique el texto, es preciso suponer que el donante ó el testador dejó al padre el usufructo quitándole solamente la administración, caso teóricamente posible pero que no parece pueda presentarse con frecuencia.

529. La separación que debe hacerse entre el usufructo y la administración de los bienes aparece con entera claridad en el

Art. 296. La condición de no administrar el padre, impuesta por el donante ó testador, no se entiende que le priva del usufructo, ni la que le priva del usufructo se entiende que le quita la administración, á menos de expresarse lo uno y lo otro por el donante ó testador [2].

La primera parte del texto se explica muy bien, pero la segunda parece poco congruente con el principio general de que el padre no administra otros bienes que aquellos cuyo usufructo le corresponde.

530. Tampoco tiene el padre la administración de los bienes que el hijo gane en un empleo, profesión, industria ú oficio, puesto que no le pertenece el usufructo de ellos. Acerca de estos bienes dice el

[1] Cód. ch., art. 247.
[2] Cód. ch., art. 248.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ART. 294. El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional ó industrial[1].

Claro es que si el hijo se reputa como emancipado, el padre no ha de tener la administración y el usufructo de los bienes que comprende el peculio profesional ó industrial, porque la patria potestad se acaba con la emancipación del hijo. De observar es que aquí no se trata, como lo dice el artículo, sino de la administración y goce de estos bienes, para lo cual se considera al hijo como habilitado de edad, ó sea con los derechos de que hablan los artículos **343** y siguientes; respecto de la enajenación é hipotecación de los bienes raíces pertenecientes al peculio profesional, hay regla especial, la del artículo **303**, que adelante veremos.

Para mayor claridad, estudiaremos las reglas acerca de la administración de los bienes que están á cargo del padre y las relativas á los peculios profesional é industrial.

531. N° 1.° *Reglas relativas á la administración del padre* (Peculio adventicio ordinario). — Del conjunto de disposiciones del título **14** resulta que, en tesis general, sobre el padre administrador pesan los mismos deberes que los impuestos al tutor. Sin embargo, éste tiene que hacer inventario solemne de los bienes del pupilo (art. **464**) y al padre se le dispensa de esta formalidad mientras no pase á otras nupcias : sólo se le exige que haga una descripción circunstanciada de los bienes que administre, todo en los términos del

ART. 297. El padre de familia que, como tál, administra bienes del hijo, no es obligado á hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasare á otras nupcias; pero si no hace inventario solemne, deberá llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que empiece á administrarlos[2].

Cuando el texto dice « el padre de familia que, *como tal,* administra », ha querido excluír todos aquellos casos en que tiene á su cargo los bienes del hijo en calidad de tutor ó curador, pues, cuando así sucede, queda sometido al derecho común, es decir, obligado á hacer inventario solemne de dichos bienes, para entrar á administrarlos.

[1] Cód. ch., art. 246.
[2] Cód. ch., art. 249.

La disposición de la parte final del artículo no tiene sanción; pero si el padre omite cumplir lo prescrito en el artículo, al hijo ó á sus herederos se les admitirá toda clase de pruebas, aun las meras presunciones, acerca de los bienes que recibió el padre.

532. Conforme al inciso 1° del

ART. 298[1]. El padre de familia es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve.

El inciso 3° del artículo **63** nos dice que culpa leve « es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios », y el inciso 4° del mismo artículo agrega : « el que debe administrar un negocio *como buen padre de familia* es responsable de esta especie de culpa ». Igual disposición establece el artículo 481 acerca de los tutores ó curadores.

533. Según el inciso 2° del artículo 298,

La responsabilidad del padre para con el hijo se extiende á la propiedad y á los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el usufructo; y se limita á la propiedad en los bienes de que es administrador y usufructuario.

Esto es evidente : el padre no tiene que dar cuenta al hijo sino de lo que pertenece á éste.

534. La obligación impuesta al padre de administrar los bienes del hijo como buen padre de familia tiene su sanción en lo establecido en el artículo **299**, cuyo inciso 1° dice :

ART. 299[2]. Habrá derecho para quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo ó de grave negligencia habitual.

¿Quién puede pedir que se quite la administración al padre? Quizá podrá extenderse á este caso la disposición del artículo 630, relativa á la remoción de los tutores ó curadores.

[1] Cód. ch., art. 250.
[2] Cód. ch., art. 251.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Según el inciso 2º del artículo 299,

Perderá el padre la administración de los bienes del hijo siempre que se suspenda la patria potestad por decreto judicial.

Esto es claro; si la administración de los bienes del hijo es elemento de la patria potestad, según lo dejamos dicho, al desaparecer ésta, natural es que desaparezca también aquélla.

Por lo demás, le ha bastado al legislador hablar aquí de la *suspensión* de la patria potestad, porque cuando se pierde con mayor razón deja de existir el derecho del padre para administrar los bienes del hijo. Al hablar del artículo 310 veremos en qué casos la patria potestad se suspende.

535. El padre puede ejercer sobre los bienes del hijo actos de mera administración, pero no de disposición, pues según el

Art. 303. No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes á su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa [1].

Reputándose, al tenor del artículo 294, al hijo de familia como habilitado de edad en lo concerniente á su peculio profesional, forzoso era admitir que no pudiese enajenar ó hipotecar sus bienes raíces sin autorización judicial dada con conocimiento de causa, pues así se prescribe en el artículo 345 para los habilitados de edad. Quedaba, sin embargo, una diferencia á este respecto en uno y otro caso, porque los bienes raíces de los habilitados de edad deben venderse en pública subasta (art. 345, inciso 2º), condición no impuesta para la enajenación de los inmuebles pertenecientes al hijo de familia hecha por el padre. El artículo 47 de la Ley 100 de 1892 vino á borrar la expresada diferencia cuando estableció que « la venta de bienes raíces, ó que tengan valor de afección, de menores que se hallen bajo la patria potestad, se hará en pública subasta, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 1467 y siguientes del Código Judicial ».

[1] Cód. ch., art. 255.

Como puede verse, el texto de esta ley comprende no sólo los bienes raíces, sino también los que tengan valor de afección, con lo cual se ha establecido respecto del padre lo mismo que, para esta última clase de bienes, se dispone en el artículo 483 del Código acerca de los tutores y curadores. Nada se dice, sin embargo, en la nueva ley sobre los muebles preciosos del hijo, sometidos igualmente á la venta en pública subasta cuando pertenecen á pupilos.

536. Conforme al

Art. 304. No podrá el padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar ó repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas á los tutores y curadores [1].

De la asimilación que el texto hace del padre á los guardadores, se deducen las consecuencias siguientes :

1.ª) No le será lícito ni al padre ni á la madre hacer, en ningún caso, donación de los bienes raíces del hijo, aun con previo decreto judicial. Sólo con autorización del juez, en los casos extraordinarios de que habla el inciso 2º del artículo 491, podrán hacer donaciones en dinero ú otros bienes muebles del menor.

2.ª) Ni el padre ni la madre podrán dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del hijo por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco, ni por más número de años que los que falten al hijo para llegar á los veintiuno. Si lo hicieren, no será obligatorio el arriendo para el hijo, ó para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que excediere de los límites indicados (V. art. 496).

Á este respecto cabe observar que el padre ó madre que tiene el usufructo de los bienes del hijo, puede arrendarlos en su nombre propio como lo puede todo usufructuario en los términos de los artículos 852 y 853. Pero pudiendo ser el padre ó madre administrador aun de bienes que no usufructúe, queda sometido en esta calidad á la regla más amplia del artículo 496, lo cual no impide que, en caso necesario, tratándose de bienes que usufructuaba el padre ó madre,

[1] Cód. ch., art. 256.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pueda el arrendatario invocar las disposiciones de los artículos 852 y 853.

3.ª) Tampoco podrán ni el padre ni la madre repudiar ninguna herencia deferida al hijo, sin decreto judicial con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario (V. art. 486).

La ley ha querido equiparar las facultades de los padres en lo tocante á los bienes de los hijos, desde el punto de vista de las tres relaciones jurídicas que hemos examinado, á las que se reconocen para los guardadores, y por lo mismo debería referirse también á lo que se dispone en el artículo 487, á saber, que las donaciones ó legados no pueden tampoco repudiarse sin decreto judicial, ni aceptarse, sin previa tasación de las cosas donadas ó legadas, las que impongan al hijo obligaciones ó gravámenes.

Creemos además que las disposiciones relativas á los guardadores deben interpretarse extensivamente; los mismos motivos existen en cuanto á las donaciones y legados que en cuanto á las herencias, y la voluntad del legislador de asimilar los padres á los guardadores, en este orden de ideas, resulta suficientemente de las disposiciones que estamos estudiando.

Los actos de administración de los bienes del hijo ejecutados por el padre lógicamente obligan á aquél de una manera directa y al padre sólo le obligan respecto del hijo en caso de que haya cometido culpa leve á lo menos, según lo prescrito en el artículo 298. Esta solución es consecuencia de la idea de que el padre representa al hijo : los actos que ejecute el padre en su calidad de administrador y representante legal se reputan hechos por el hijo mismo. El padre, pues, no se obliga respecto de terceros. Tal es la regla que aplica á todos los representantes legales el artículo 1505 del Código.

537. Es posible que el padre, en lugar de proceder por sí solo, haga intervenir al hijo, autorizándolo en los actos y contratos que á éste interesen. Las consecuencias jurídicas de tal proceder son entonces las que indica el

Art. 302. Los actos y contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional ó industrial, y que el padre autorice ó ratifique por escrito, obligan directamente al padre y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos ó contratos[1].

La misma regla se aplica, en esta materia, al hijo que á la mujer casada. La autorización que da el padre al hijo para ejecutar actos que interesan al último se considera como un mandato que obliga directamente al padre. Esta disposición merece, por tanto, la misma crítica que hicimos al artículo 191. Cuando el padre por sí mismo obra por cuenta del hijo, lo representa : los efectos del acto se producen sólo en la persona del hijo, conforme á los principios generales; si el padre hace intervenir al hijo para que personalmente y con autorización ejecute los actos que le interesan, obliga de un modo directo al padre y él sólo se obliga subsidiariamente. Tal sistema parece injustificable; si la mera autorización que da el padre al hijo basta para obligar al padre, ¿no debería decirse que, con mayor razón, si el padre interviene por sí sólo se obliga personalmente?

El texto que el señor Bello cita como fuente de la disposición da á entender que él quiso reproducir la regla del derecho romano en virtud de la cual el padre de familia se obligaba por los actos que el hijo *in potestate* había ejecutado con voluntad del padre. Pero la acción que se daba en este caso contra el padre (*actio quod jussu*), acción creada por el Pretor y que constituía entonces un progreso sobre el anterior estado de cosas, no se justifica hoy. En derecho romano los actos del hijo de familia producían sus efectos *activamente* en la persona del padre y al estatuir que los produjesen también *pasivamente*, cuanto el padre había autorizado el acto, el Pretor satisfizo una necesidad práctica, aplicando la regla de armonía jurídica que exige que en los contratos onerosos la parte que adquiere un derecho sea quien cargue con la obligación correspondiente. Pero hoy que el hijo de familia tiene patrimonio propio y que adquiere

[1] Cód. ch., art. 254. — *Bello*, L. 1, C., *ne filius propatre* (4. 13); L. 2, t. 19, p. 4ª, v. *Empero decimos*. — El texto de las Partidas dice meramente que el padre no está obligado á pagar las deudas contraídas por el hijo *sin su mandato*, y la constitución del Código de Justiniano expresa la misma idea respecto del préstamo hecho por el hijo sin el *jussus* del padre.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

para sí mismo en virtud de sus actos jurídicos, declarar al padre principal obligado por el solo hecho de que dé al hijo menor la autorización necesaria para contratar, es ilógico y contrario á los principios modernos. Un ejemplo lo hará comprender así : en derecho romano si el hijo de familia compraba al fiado, el padre, antes de que se crearan las acciones *adjectitiæ qualitatis,* adquiría el objeto comprado, si se había efectuado la tradición, pero no se constituía deudor del precio. El Pretor, al establecer la acción *quod jussu,* hizo que la obligación correlativa del derecho se reuniese con él en la persona del padre. Ahora bien, si se supone que en la legislación colombiana actual un hijo de familia verifica una compra con autorización del padre, el hijo es quien se hace dueño de la cosa comprada y el padre queda como principal obligado al pago del precio. De este modo se restablece, en sentido inverso, la falta de armonía que corrigió el Pretor romano.

La disposición de que puede hacerse efectiva la responsabilidad del hijo, hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de los actos ó contratos que celebre, disposición que también se encuentra en el artículo **301** y que el Código repite en casos análogos, se funda en el conocido y equitativo principio de que nadie debe enriquecerse sin causa á expensa ajena : si el padre, como puede suceder, no tiene bienes, el hijo debe responder con los suyos propios, siquiera hasta concurrencia de lo que hubiere aprovechado en su patrimonio. Pero esto sería cierto aunque se tratara de una persona absolutamente incapaz, ó aunque el menor haya obrado sin autorización ninguna; de donde resulta que el hijo de familia menor de edad es, por lo menos, tan incapaz cuando obra con autorización como cuando obra sin ella. La autorización no modifica los efectos del acto ejecutado sino respecto del padre.

538. N. 2.º *Administración de los peculios profesional y adventicio extraordinario.* — Ya hemos visto que, según el artículo **294**, el hijo se mira como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional ó industrial.

En lo que hace á este peculio, el hijo puede, en consecuencia, y conforme al artículo **339**, ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años. Aunque el artículo **294** no distingue, parece que la regla contenida en él no puede aplicarse sino á los púberes, pues el inciso 1º del artículo **1504** declara absolutamente incapaces los impúberes, y no creemos que el primer texto tenga fuerza para relevarlos de tal incapacidad, lo que pugnaría con principios fundamentales de derecho. Opinamos, por tanto, que sobre los bienes adquiridos en su profesión por un impúber no tiene el padre en su calidad de tal y mientras el hijo no cumpla los catorce años, derecho de usufructo, pero sí el de administración.

539. En cuanto á lo que el Código llama peculio adventicio ó extraordinario, si el padre no tiene la administración, se aplicará el artículo **300**, según el cual

> Art. 300. No teniendo el padre la administración del todo ó parte del peculio adventicio ordinario ó extraordinario, se dará al hijo un curador para esta administración.
>
> Pero quitada al padre la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley le da el usufructo, no dejará por esto de tener derecho á los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración[1].

De acuerdo con esto, el hijo puede tener tres categorías de bienes sometidas á regímenes diversos : 1º bienes administrados por él personalmente (peculio profesional); 2º bienes administrados por el padre (peculio ordinario); 3º bienes administrados por un curador (por regla general peculio extraordinario).

No nos parece que sea éste el medio de obtener una buena administración.

Podía también el curador, según las reglas generales sobre curaduría, autorizar al hijo púber para ejecutar personalmente actos ó celebrar contratos relativos al peculio adventicio ordinario ó extraordinario, y, en tal caso, la autorización del curador no tendrá los efectos de un mandato, sino los que tiene la autorización por su naturaleza, es decir,

[1] Cód. ch., art. 252.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

habilitar al incapaz para que sus actos le obliguen personalmente como si fuera capaz.

La diferencia de efectos entre la autorización del curador y la del padre pone de manifiesto lo impropio de las reglas relativas á ésta.

Acerca del inciso 2º del artículo 300, conviene observar que, si bien sobre el padre pesa lo obligación de criar y educar al hijo, no parece justo que si se le ha privado de la administración de los bienes de aquél por dolo ó por grave negligencia habitual, conserve el derecho de usufructo sobre tales bienes. Entre los gastos de administración se contará naturalmente lo que deba pagarse al curador que se nombre al hijo para suplir al padre administrador.

540. Es posible que el hijo de familia, tenga ó no peculio adventicio extraordinario, ejecute actos sin autorización del padre, ó del curador en su caso. ¿Cuál será el valor de estos actos? Es preciso distinguir dos hipótesis : á la primera se refiere el inciso 1º del

ART. 301 [1]. Los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, ó por el curador adjunto, en el caso del artículo precedente, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional ó industrial.

Se aplica esta disposición á toda clase de contratos, puesto que el texto no distingue, y de ello se deduce que todo acto ó contrato que interese al hijo de familia debe celebrarse por el padre ó la madre que ejerce la patria potestad ó por el curador adjunto, en representación del hijo, ó por éste autorizado por tales personas, con la excepción contenida en la parte final del texto, según la cual los actos del hijo de familia que procede sin autorización le obligan en su peculio profesional ó industrial, aun cuando no se refieran á éste, y le obligan no simplemente en la medida en que los respectivos contratos le hubieren sido provechosos, sino en todo aquello á que se obligue.

541. La segunda hipótesis de que hemos hablado se refiere á un caso especial, el de que trata el inciso 2º del artículo 301, concebido así :

[1] Cód. ch., art. 253.

Pero no podrá tomar dinero á interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita del padre. Y si lo hiciere no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.

Según esto, si el hijo procede sin autorización del padre, y se trata de dinero á interés ó de compras al fiado, no se obliga ni aun en su peculio profesional ó industrial si no fuere para asuntos del giro ordinario de dicho peculio : sólo quedará obligado hasta concurrencia del beneficio que hubiere reportado del acto ó contrato. Para responder por la cuantía de este beneficio sí quedarán obligados todos los bienes del hijo, sean ó no del peculio profesional ó industrial.

La ley establece esta excepción para el caso de dinero á interés (reproduciendo la regla romana del Senado-Consulto Macedoniano) ó de compras al fiado, porque con actos de esa naturaleza es como, en materia de contratos, puede sufrir mayor perjuicio, perjuicio moral sobre todo, el hijo que procede sin la autorización paterna.

542. Finalmente, según el

ART. 309. El hijo de familia no necesita de la autorización paterna para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte [1].

Esta disposición se funda en motivos análogos á los que dejamos expuestos [2] acerca del testamento de la mujer casada, en el comentario del artículo 184. Conviene advertir que no se trata aquí sino del testamento de un menor púber, puesto que, conforme al numeral 1º del artículo 1061, los impúberes no pueden testar válidamente.

§ 4.º *Representación judicial del hijo de familia.*

543. Así como el padre representa al hijo en la administración de sus bienes, también lo representa en los juicios en que, activa ó pasivamente, tenga que intervenir.

[1] Cód. ch., art. 261.
[2] V. n. 377.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En esta materia tenemos que estudiar cuatro casos : 1º juicios en que el hijo figura como actor contra un tercero; 2º juicios civiles en que figura como demandado; 3º juicios criminales iniciados contra el hijo; 4º demandas del hijo contra el padre mismo.

1.º) Al tenor del inciso 1º del

ART. 306[1]. El hijo de familia no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado ó representado por el padre.

Sobre esta disposición observaremos que cuando se trate de un impúber, el hijo tiene que ser necesariamente representado por su padre ó madre ó tutor, y siendo púber es preciso distinguir : cuando es casado y mayor de diez y ocho años, ó ha sido habilitado de edad, puede comparecer libremente en juicio; cuando no concurre ninguna de estas dos circunstancias, todo mayor de catorce años pero menor de veintiuno tiene que ser representado por su padre ó madre ó por un curador. Así se desprende del texto que comentamos puesto en relación con los artículos 301, 302, 303 y 308 del Código Judicial que á esta materia se refieren[2]. Debiendo considerarse al hijo de familia como emancipado y habilitado de edad en cuanto á la administración y goce de su peculio profesional ó industrial, según lo dispone el artículo 294 del Código Civil, parece que, en lo relativo á dichos peculios, puede estar en juicio libremente ya como demandante, ya como demandado, pues así puede proceder el habilitado de edad conforme al artículo 308 del Código Judicial.

De acuerdo con el inciso 2º del mismo artículo 306 del Código Civil.

Si el padre de familia niega su consentimiento al hijo para la acción civil que el hijo quiere intentar contra un tercero, ó si está inhabilitado para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis.

Como se ve, es facultativo para el juez conceder ó no la autorización que le pida el hijo, y es deber suyo rehusarla si el hijo obra sin fundamento suficiente, con ligereza.

[1] Cód. ch., art. 258. — *Bello,* L. 11, t. 17, p. 4ª, v. *E otro si.*
[2] V. G. J. IV, 341, 2.ª

544. 2.º) Cuando alguien pretenda entablar acción civil contra el hijo de familia, deberá proceder como se indica en el inciso 1º del

ART. 307[1]. En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse al padre, para que autorice ó represente al hijo en la litis.

Esta disposición guarda armonía con la del inciso 1º del artículo 306 que dejamos explicado y es consecuencia del artículo 62 que declara al padre representante legal del hijo. Sobre el particular puede verse también el artículo 306 del Código Judicial.

545. Como es fácil que el padre no pueda ó no se allane á representar ó autorizar al hijo en las demandas entabladas contra él, la ley, en guarda de los intereses de terceros, dispone que

Si el padre no pudiere ó no quisiere prestar su autorización ó representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis.

Según esta disposición, el juez tiene facultad para conceder ó no al hijo de familia demandado la autorización de estar en juicio; claro es en efecto que si estuviera obligado á darla, la disposición sería inútil. Pero ¿puede el juez rehusando la autorización impedir que se haga justicia al demandante? No lo creemos : será este el caso para el demandante de invocar las disposiciones del Código Judicial sobre asentamiento y prueba en rebeldía. Véanse, sobre el nombramiento de curador *ad litem,* los artículos 304 y 307 del Código Judicial.

546. 3.º) La disposición del artículo 308 se funda en las mismas razones expuestas en el comentario del artículo 181 al hablar de los juicios criminales contra la mujer casada :

ART. 308. No será necesaria la intervención paterna para proceder criminalmente contra el hijo; pero el padre será obligado á suministrarle los auxilios que necesite para su defensa[2].

Aun cuando aquí no se habla sino de procedimientos *criminales,* lo mismo debe entenderse respecto de los de poli-

[1] Cód. ch., art. 259. — *Bello,* « L. 11, t. 17, p. 4ª, v. *Pero si el fijo algo ha a dar*, modifi. ».
[2] Cód. ch., art. 260. — *Bello*, Ll. 33, 34, D. *de noxal. act.* (9. 4).

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

cía, bien porque en aquella expresión genérica se comprendan estos últimos, bien porque existiendo los mismos motivos en uno y en otro caso, se impone la interpretación extensiva.

547. 4.°) Conforme al

ART. 305. Siempre que el hijo de familia tenga que litigar como actor contra su padre, le será necesario obtener la venia del juez, y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis[1].

Fuera de la incapacidad general del hijo de familia para litigar, esta disposición se funda en el respeto que el hijo debe á su padre. El juez apreciará en cada caso, según las circunstancias, si debe ó no conceder al hijo el permiso de comparecer en juicio contra su padre, pues es potestativo de él conceder ó negar la venia que para ello debe solicitársele.

§ 5.° *De la suspensión de la patria potestad.*

548. Conforme á lo que hemos visto, el padre ó la madre que ejercen la patria potestad tienen derecho de administrar los bienes del hijo y de representarlo judicial y extrajudicialmente. Puede suceder, sin embargo, que, por causas que la ley misma determina, el padre ó la madre no ejerciten ó no puedan ejercitar tales derechos, y entonces es natural que la patria potestad se suspenda. Á ello se refiere el

ART. 310. La patria potestad se suspende por la prolongada demencia del padre, por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, y por larga ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, á que el padre ausente no provee[2].

Tres son, pues, las causas por las cuales se suspende la patria potestad. Toca al juez calificar la demencia á que el artículo se refiere[3] así como la ausencia que es bastante para causar perjuicio, y perjuicio *grave,* al menor, pero debe tenerse en cuenta que la mera ausencia no basta para que la patria potestad se suspenda : es preciso que el padre ó la madre no provea á los intereses del hijo, y bien puede, aun-

[1] Cód. ch., art. 257. — *Bello*, L. 2, t. 2, p. 3ª; ll. 11 y 12, t. 17, p. 4.ª
[2] Cód. ch., art. 262.
[3] V. los artículos 1449 y siguientes del Código Judicial.

que ausente, proveer á ellos por medio de mandatario ó representante autorizado. Si el padre ó la madre se halla en entredicho de administar sus propios bienes, lo que requiere un decreto judicial[1] es obvio que tampoco podrá administrar los del hijo ni representarlo.

Conviene advertir que cuando la patria potestad la ejerce el padre, no pasa, en caso de suspensión, á la madre, porque el artículo 53 de la Ley 153 de 1887 no le confiere tal derecho sino en caso de muerte del padre. Habrá, pues, lugar á la tutela ó curaduría del menor.

Suspendida la patria potestad, no por ello pierde quien la ejerza el derecho de usufructo legal, según la disposición del inciso 2° del artículo 300 que ya hemos criticado en cuanto conserva el usufructo de los bienes del hijo aun al padre culpable de dolo en su administración; pero cuando no hay culpa de parte del padre ó madre, como en el caso de prolongada demencia, sí es muy justo que el padre ó madre conserven el beneficio del usufructo legal.

549. Conforme al

ART. 311. La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello los parientes del hijo y el defensor de menores[2].

Tratándose de una modificación del estado civil de las personas, nada más natural que exigir un juicio previo en el cual se examinen las causales en que puede fundarse la suspensión de la patria potestad. Pero es claro que este juicio especial no será necesario sino en el caso de prolongada demencia y en el de larga ausencia del padre, porque cuando el motivo de la suspensión de la potestad paterna es el decreto que pone al padre entredicho de administrar sus propios bienes, tal decreto lo priva *ipso jure* del ejercicio de la patria potestad.

Los parientes del menor á que el texto se refiere son los de que habla el artículo 61, y como en Colombia no hay ningún empleado que se conozca con el nombre especial de

[1] V. los artículos 545 y siguientes del Código Civil.
[2] Cód. ch., art. 263.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

« defensor de menores », creemos que en estos casos debe oirse al respectivo Agente del Ministerio público [1].

TÍTULO XV.°

De la emancipación.

550. Según el

ART. 312. La *emancipación* es un hecho que pone fin á la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal ó judicial [2].

Aun cuando este título no se refiere expresamente sino al padre, sus disposiciones deben extenderse también á la madre que tenga la patria potestad en virtud de la reforma introducida por el artículo 53 de la Ley 153 de 1887.

Siguiendo las indicaciones del Código mismo, trataremos la materia de la emancipación en cuatro parágrafos, así : 1° de la emancipación voluntaria; 2° de la emancipación legal; 3° de la emancipación judicial; 4° de los efectos de la emancipación.

§ 1.° *De la emancipación voluntaria.*

551. De acuerdo con el

ART. 313. La emancipación *voluntaria* se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello.

No valdrá la emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa [3].

Cuatro son, como se ve, los requisitos indispensables para la validez de la emancipación voluntaria : 1° que se haga por

[1] V. los artículos 1449 y siguientes del Código Judicial y el 323 de la Ley 105 de 1890.
[2] Cód. ch., art. 264.
[3] Cód. ch., art. 265.

instrumento público; 2° que se refiera á un adulto; 3° que el hijo consienta en la emancipación; 4° que el juez la autorice con conocimiento de causa.

1.°) Del hecho de que se exija un instrumento público, resulta que la emancipación es un acto solemne. Como la emancipación modifica el estado civil del hijo, es natural que aparezca de un modo fehaciente.

2.°) Agrega la ley que la emancipación voluntaria no puede recaer sino en un hijo *adulto,* ó sea que haya cumplido catorce años si fuere varón, ó doce si fuere mujer, porque los impúberes no pueden prestar consentimiento y éste es otro de los requisitos indispensables para la validez del acto. Pero aun así nos parece que no había necesidad de autorizar tan pronto la emancipación voluntaria, pues, como veremos luego, un menor no puede obtener habilitación de edad sino cuando ha cumplido diez y ocho años, y los simplemente emancipados pero no habilitados de edad quedan bajo curaduría, que en este caso será la del padre, á quien corresponderá el cuidado de la persona, la administración de los bienes del hijo y la representación judicial y extrajudicial de éste. Puede objetarse que aun en esta hipótesis la emancipación interesa al hijo porque, merced á ella, el padre pierde el usufructo legal; pero es evidente que el padre que no quiera aprovecharse de este derecho no ocurrirá á la emancipación. Sólo podría haber interés en realizar la emancipación en caso de que el padre, insolvente, quisiera sustraer de la acción de sus acreedores los frutos que tendría derecho á percibir.

3.°) La emancipación no puede efectuarse sin el consentimiento del hijo, porque, aun cuando en la mayor parte de los casos le aprovechará, como quiera que el padre pierde sus derechos y conserva todas sus obligaciones, puede sin embargo haber casos en que la emancipación le sea perjudicial al hijo, y así sucederá cuando éste no tenga sino peculio adventicio extraordinario administrado por el padre, quien, en ejercicio de la curaduría subsiguiente á la emancipación tendría derecho á derivar la décima parte de los frutos de los bienes constitutivos de dicho peculio.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

4.°) Finalmente, para que la emancipación sea válida, es preciso que el juez la autorice, con conocimiento de causa, es decir, previo un juicio especial en el que se hagan valer los motivos que sirven de base á la emancipación y se compruebe la conveniencia de ésta para el hijo.

De los trámites de este juicio hablan los artículos **1411** á **1415** del Código Judicial. Creemos que el inciso **2°** del artículo **313** del Código Civil faculta al juez para conceder ó negar la emancipación qne se solicite, según que la estime, en cada caso particular, conveniente ó no para los intereses del menor, pero la disposición del inciso **1°** del artículo **1414** del Código Judicial parece categórica en el sentido de que si el menor asistido de su curador *ad hoc* conviniere en su emancipación, el juez deberá necesariamente autorizarla : « Si el hijo asistido de su curador, dice el inciso mencionado, conviniere en su emancipación, el juez, sin más actuación, pronunciará un auto autorizándola, en el cual dispondrá que se pase lo actuado al notario que debe autorizar el instrumento público del caso ».

En este conflicto, la disposición sustantiva debe prevalecer; de otro modo sería inútil la intervención del juez, y habría bastado decir que podría emanciparse al hijo mediante la declaración del padre aceptada por aquél y hecha ante el notario respectivo.

552. La emancipación tiene que ser absolutamente voluntaria por parte del padre : es una renuncia á sus derechos que debe hacerse con entera libertad; respetando esta libertad del padre, el artículo **316** establece :

ART. 316. Cuando se hace al hijo una donación, ó se le deja una herencia ó legado bajo condición de obtener la emancipación, no tendrá el padre el usufructo de estos bienes y se entenderá cumplir así la condición.

Tampoco tendrá la emancipación de estos bienes, si así lo exige expresamente el donante ó testador [1].

Quizá es un tanto arbitraria esta interpretación de la voluntad del donante ó testador, aunque es verdad que, emancipado el hijo, el padre no tendría ni el usufructo legal ni la

[1] Cód. ch., art. 268.

administración de los bienes que constituyeran la liberalidad hecha en favor del hijo.

No debería exigirse una cláusula especial para privar en este caso al padre de la administración, por comprenderse naturalmente esto en la condición de que se emancipe al hijo. Además, la idea contenida en el inciso **2°** del artículo **316** se comprende de un modo general en el inciso **2°** del artículo **295**.

§ 2.° *De la emancipación legal.*

553. Esta emancipación se cumple por el solo efecto de la ley, sin ninguna formalidad. El Código reconoce los cuatro casos de que habla el artículo **314**.

1.°) Al primer caso se refiere el numeral **1°** de dicho artículo :

ART. 314 [1]. La emancipación legal se efectúa :
1.° Por la muerte natural del padre.

Tan obvio es este motivo de emancipación, que no requiere comentario de ninguna clase. Observaremos, sí, que debiendo entrar la madre en ejercicio de la patria potestad por muerte del padre, hoy debe modificarse el numeral **1°** del artículo **314** en el sentido de comprender ambos ascendientes [2]. Según lo hemos dicho atrás, como en Colombia no se reconoce la muerte civil, la palabra *natural* que se encuentra en el texto no tiene ya razón de ser.

554. **2.°**) La emancipación legal se efectúa también

2.° Por el matrimonio del hijo.

Debiendo ser jefe de familia el hijo que ha contraído matrimonio, no podría quedar sujeto á la potestad del padre. Si se trata de una mujer casada, entre la potestad marital á que se sujeta por el hecho del matrimonio y la autoridad del padre, es natural que aquélla prevalezca y acarree la desaparición de ésta.

Si el hijo es menor de diez y ocho años, no adquiere por

[1] Cód. ch., art. 266.
[2] V. G. J., VII, 165, 2.ª

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

el hecho de casarse capacidad completa, y necesita de un curador « para la administración de la sociedad conyugal » (art. 193).

Anulado el matrimonio, el cónyuge que por haberse casado haya salido de la patria potestad, no entrará nuevamente en ella, si se trata de matrimonio putativo, puesto que produce efectos civiles, en favor de quien lo haya contraído de buena fe, y porque, como lo veremos adelante (art. 317), toda emancipación una vez efectuada es irrevocable.

555. 3.°) Conforme al numeral 3° del artículo 314, la emancipación se efectúa asimismo

3.° Por haber cumplido el hijo la edad de veintiún años.

Este es el término normal de la patria potestad en las legislaciones modernas. El hijo se hace plenamente capaz; los derechos del padre tienen que desaparecer tanto sobre los bienes como sobre la persona del hijo. Y así sucede aunque el hijo, con motivo de alguna otra incapacidad de que adolezca, la demencia, por ejemplo, no pueda atender por sí mismo á lo suyo, sólo que en tal caso queda, no bajo la patria potestad, sino bajo una curaduría especial, según la naturaleza de la causa que origina la incapacidad.

556. 4.°) Por último, la patria potestad termina

4.° Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido.

Sabemos que en caso de presunción de muerte por desaparecimiento hay ó puede haber dos decretos que dan la posesión de los bienes del desaparecido : el uno la provisional, el otro la definitiva. ¿De cuál de estos decretos se trata aquí? Creemos que del primero, porque desde que se dicta, queda disuelta la sociedad conyugal; al hijo como heredero del desaparecido se le conferirá la posesión de los bienes que le correspondan, lo que implica la necesidad de organizar una tutela ó curaduría para que alguien se encargue, bajo su responsabilidad, del manejo de estos bienes.

De sentirse es que en este caso, de muerte presunta, la patria potestad no pase á la madre, como sucede en el de verdadera muerte.

§ 3.° *De la emancipación judicial.*

557. Como lo dice el inciso 1° del

ART. 315[1]. La emancipación *judicial* se efectúa por decreto de juez.

1.°) Las causas que pueden originar la emancipación judicial son también cuatro, enumeradas por el artículo 315 :

1.° Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida ó de causarle grave daño.

Conforme al artículo 254, este hecho autoriza para sacar los hijos del poder del padre por inhabilidad moral del último.

558. 2.°) El juez puede asimismo decretar la emancipación.

2.° Cuando el padre ha abandonado al hijo[2].

El artículo 266 declara al padre, en este caso, privado de la autoridad paterna.

559. 3.°) Se puede también hacer cesar la patria potestad,

3.° Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

La depravación del padre, que constituye una incapacidad moral, es igualmente causa que autoriza para sacar el hijo de su poder, según el artículo 254.

560. 4.°) El numeral 4° del artículo 315 dice que la emancipación judicial se efectúa,

4.° Cuando por una sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, se ha declarado al padre culpable de un delito á que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, ú otra de igual ó mayor gravedad.

Sin duda que este caso puede calificarse entre los de inhabilidad moral que, de acuerdo con el artículo 254 mencionado, bastan para suspender la autoridad paterna. El artículo 586 (numeral 11) consigna asimismo la circunstancia á que el texto se refiere como una de las causales de incapacidad para la tutela ó curaduría.

En los delitos de que habla la disposición que comentamos

[1] Cód. ch., art. 267.
[2] *Bello*, L. 4, t. 20, p. 4.ª

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

se comprenden tanto los comunes como los políticos, no sólo porque la expresión es genérica, sino porque el inciso 7° del artículo 315 trata de indulto de la pena en que se incurre por el delito cometido, y el indulto no puede concederse sino cuando los delitos que se persiguen son delitos políticos. Si bien es verdad que en muchos casos la comisión de uno de éstos puede no acusar en el padre una perversión moral que lo inhabilite para ejercer la patria potestad, es lo cierto que el hecho de estar condenado á sufrir cuatro años de reclusión no le permite atender á los intereses del hijo; pero en tal caso quizá no debería decretarse la pérdida de la patria potestad sino la suspensión mientras dure la pena.

561. Conforme al inciso 6° del artículo 315,

En los cuatro casos anteriores podrá el juez proceder á petición de cualquiera consanguíneo del hijo, y aun de oficio.

Este inciso está colocado en el correspondiente artículo del Código de Chile (el 267) después de los tres primeros numerales, á los que única y expresamente se refiere. Y así debe ser en nuestro concepto, pues en el caso de que trata el numeral 4° debería bastar, para que la emancipación se efectúe, la sentencia ejecutoriada que condena al padre á la pena de cuatro años de reclusión, sin necesidad de un decreto especial del juez, en juicio aparte. En rigor, este motivo de emancipación debería colocarse entre los de emancipación legal, como se ha hecho con el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido.

562. El inciso 7° del artículo 315 agrega :

La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena, á menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad[1].

Conforme al Código Penal (art. 101), « el *indulto* es una gracia concedida por el Congreso ó por el Gobierno[2] en virtud de la cual se perdona la pena que se merece por infracciones de la ley, relacionadas con el orden público. El indulto da por cierto que se merece la pena, pero la perdona ».

[1] El señor Bello, refiriéndose á la Constitución de Chile, dice á propósito de este inciso : « Esta restricción es necesaria en virtud del artículo 32, atribución 15 de la Constitución, que confiere al Presidente sin esta limitación el derecho de conceder indultos particulares (Particulares no quiere decir que sean parciales, sino que designen nominalmente, y no por clases, al indultado ó indultados). Sin esto, se hubiera omitido la restricción ».

[2] V. los artículos 76 (numeral 21) y 119 (numeral 6°) de la Constitución.

En el Código Civil de Chile el texto á que nos referimos es de imposible aplicación. En efecto, conforme al artículo 317 del colombiano, idéntico al 269 del chileno, toda emancipación una vez efectuada es irrevocable. Ahora bien, ó el decreto de indulto es anterior á la ejecutoria de la sentencia que condena al padre á cuatro años de reclusión, ó es posterior : si lo primero, no se dictará la sentencia y no habrá lugar á emancipación; si lo segundo, como desde que la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada la patria potestad se pierde *ipso jure,* la emancipación efectuada queda irrevocable : la palabra *conservación* implica que la patria potestad no se ha perdido en el caso previsto por el artículo : sólo se trata de evitar que se pierda.

No sucede lo propio en el Código colombiano, pues en virtud de haberse pospuesto la disposición contenida en el inciso 6°, la emancipación no se realiza con el solo hecho de que se haya ejecutoriado la sentencia condenatoria contra el padre, sino que es preciso un decreto judicial que, sobre la base de tal sentencia, prive al padre de la patria potestad. El indulto puede, por consiguiente, concederse después de la fecha de la sentencia fundamento de la demanda sobre emancipación, y antes del decreto judicial que la declare.

563. El inciso 1° del artículo 1416 del Código Judicial señala los trámites del juicio que se inicie para obtener la emancipación forzosa, y el 2° inciso del mismo artículo agrega : « en estos juicios se dará al hijo un curador *ad litem,* y, si lo pidiere, será separado del poder del padre y depositado durante el juicio », lo que se explica muy bien, sobre todo cuando las causales en que la demanda se funde sean las de que tratan los numerales 1° y 3° del artículo 315 del Código Civil.

§ 4.° *De los efectos de la emancipación.*

564. Como lo hemos visto, el objeto de la emancipación es poner fin á la patria potestad. ¿Pero qué es la patria po-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

testad? Al leer el artículo 288 pudiera creerse que ella comprende todos los derechos de los padres respecto del hijo; pero el legislador se ocupa en el título 12 de la potestad de los padres sobre la persona del hijo y en el 14 no trata sino del usufructo legal, de la administración de los bienes del hijo y de la representación judicial y extrajudicial del mismo. Ahora bien, como el artículo 310, que indica los casos en que la patria potestad se suspende, hace parte del título 14, parece claro que esta expresión jurídica se toma en dicho título en su sentido restringido, y de aquí el que no sea lógico tomarla en un sentido general ó amplio, que comprenda todos los derechos sobre los hijos, en el artículo 312, que define la emancipación.

Confirma este concepto el hecho de que en el título 12 se indica en qué casos concluye la autoridad paterna en sus diversas manifestaciones. Especialmente el artículo 263 indica que el derecho de corrección cesa cuando el hijo es habilitado de edad ó cuando cumple veintiún años y el 264 declara que cuando el hijo cumple esta edad concluye en el padre el derecho de elegir la profesión del hijo. Tales disposiciones y otras semejantes del mismo título serían inútiles si en la patria potestad, tal como se entiende en el título *De la emancipación* se incluyeran todos los derechos sobre la persona del hijo.

Sin embargo, se puede invocar en sentido contrario la frase incidental con que principia el artículo 251 : « aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente... ». Según esto, puede creerse que el legislador quiere significar que la autoridad paterna cesa con la emancipación. Pero este no es un texto legislativo formal, sino una afirmación incidental, que además es inexacta en varios casos aunque se admita que en la patria potestad se incluye la autoridad paterna. En efecto, en todas las hipótesis en que la causa de la emancipación proviene *a persona patris,* no por ella se hace independiente el hijo ; no hace sino cambiar de autoridad, como sucede en caso de desaparecimiento del padre ó madre que sobrevive, pues si el hijo es impúber no se puede decir que la emancipación le da el derecho de obrar independientemente.

¿Podriamos afirmar que la emancipación no pone término sino á los tres derechos de que trata el artículo 14? Así deberíamos consignarlo en virtud de lo expuesto anteriormente; pero una afirmación tan categórica no se compadece en su aplicación práctica con todos los casos de emancipación que el Código reconoce.

En efecto, exceptuando el de la emancipación voluntaria y el de la emancipación legal por el matrimonio del hijo, en todos los demás desaparece también de hecho la autoridad paterna ó puede el juez privar de ella al padre ó madre, y, por lo mismo, en estos casos no hay inconveniente en decir que la patria potestad no comprende sino los derechos de que se habla en el título 14.

Pero en el caso de emancipación voluntaria y en el que se origina por el matrimonio del hijo, la situación es otra.

Tomada la patria potestad en su significado restringido, el padre no pierde al emancipar al hijo sino los derechos de usufructo, administración y representación, pero conserva los de educarlo, elegirle profesión ó estado y el más grave de todos, el de corregirlo. Esta solución es absolutamente contraria al carácter tradicional de la emancipación, y con ella la emancipación voluntaria perdería gran parte de su utilidad y sería casi nulo su objeto cuando el hijo no tenga bienes y no se efectúe como preliminar de la habilitación de edad.

Más enojoso aún es el resultado á que se llega en el caso de la emancipación por el matrimonio del hijo. Si no se toma aquí la emancipación en un sentido lato, habrá que admitir que sobre el hijo casado menor de veintiún años, pero jefe de familia, conserva el padre la autoridad paterna y con ella el derecho de corregirlo, pudiendo imponerle la pena de detención hasta por un mes cuando no tenga diez y seis años. Situación es ésta incompatible con la independencia necesaria, en cuanto á su persona, de que debe disfrutar un casado, pues mal podría el hombre ejercer la autoridad marital estando él bajo la autoridad del padre.

De aquí el que opinemos que la emancipación, en los dos casos de que acabamos de hablar, extingue asimismo no

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

sólo los derechos de la patria potestad propiamente dicha, sino también los de la autoridad paterna, lo cual no resulta del tenor literal de los textos legales, más bien favorables á la solución contraria, sino de la interpretación *ab absurdo* y de la intención indudable del legislador.

Débese esta falta de congruencia y de precisión en lo que significan la patria potestad y la emancipación que le pone término, á la falta de método y de lógica que en el Código se observa cuando separa los derechos de la autoridad paterna y los de usufructo, administración y representación constitutivos de la patria potestad. Las dificultades sobre el particular se obviarían, en nuestro concepto, tratando de esos derechos en un solo título é indicando cómo se pierden ó se suspenden todos y cada uno de ellos.

565. Conforme al

ART. 317. Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, aun por causa de ingratitud[1].

Este artículo, al cual nos hemos referido ya repetidas veces en el estudio del presente título, no está de acuerdo con el derecho antiguo ni con lo establecido en varias de las legislaciones modernas que permiten, por causas determinadas, especialmente por la de ingratitud, revocar la emancipación. Fúndase, sin embargo, en el principio de que importa á la sociedad que el estado civil de las personas no esté sujeto á frecuentes fluctuaciones[2]. Además, en las legislaciones modernas á que nos referimos la emancipación tiene un carácter distinto y guarda más analogía con la habilitación de edad.

En Colombia estas instituciones no deben confundirse. La habilitación de edad, que pone al menor en capacidad de ejecutar, por regla general, todos los actos y de contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, no puede obtenerse sino por los mayores de diez y ocho previamente emancipados. De aquí que, en la

[1] Cód. ch., art. 269.

[2] V. no obstante, lo resuelto por la Corte respecto de la patria potestad ejercida por la madre sobre hijos emancipados por muerte del padre antes de la vigencia de la Ley 153 de 1887 (Nº 519, en nota).

práctica, la emancipación voluntaria no se efectúe sino como medio preparatorio de la habilitación judicial.

566. Por último, el menor simplemente emancipado queda sometido á la curaduría de que trata el título 26 del Código, según el cual (art. 528), « el menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo de familia, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de una profesión ó industria ». Á los demás actos que interesen al emancipado se aplicará lo prescrito en el artículo 301 (art. 528, inc. 2º) y en el título 24 *De la administración de los tutores y curadores relativamente á los bienes.*

TÍTULO XVI.º

De los hijos naturales.

567. En los títulos que preceden hemos estudiado las diversas relaciones jurídicas concernientes á la familia, formada por el matrimonio, del cual se desprenden los derechos y las obligaciones entre los cónyuges y entre los padres y los hijos legítimos. Debemos ahora estudiar la condición jurídica de los hijos habidos fuera de matrimonio y no legitimados por el que posteriormente celebren sus padres.

Estos hijos, como dice el artículo 52, son naturales ó de dañado y punible ayuntamiento ó simplemente ilegítimos. De los primeros trata el título 16 del Código en los artículos 318 á 332[1], título que fué derogado por el artículo 65

[1] Art. 318. Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres ó por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de *hijos naturales,* respecto del padre ó madre que los haya reconocido. Este reconocimiento deberá hacerse por instrumento público entre vivos, ó por acto testamentario.

Art. 319. El hijo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, podrá pedir que su padre ó madre le reconozca.

Art. 320. Podrá entablar la demanda á nombre de un impúber, cualquiera persona que probare haber cuidado de su crianza.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

de la Ley 153 de 1887 y reemplazado con los §§ 4° y 6° (*de las personas*) de dicha ley, la cual derogó asimismo el artículo 21 de la Ley 57 de aquel año[1].

Explicaremos en dos secciones el § 4° relativo á los hijos

Las menores de veintiún años serán asistidos en esta demanda por su tutor ó curador general, ó por su curador especial.

Art. 321. Por parte del hijo habrá derecho á que el supuesto padre sea citado ante el juez á declarar, bajo juramento, si cree serlo; expresándose en la citación el objeto de ella.

Art. 322. Si el demandado no compareciere pudiendo, y se hubiere repetido una vez la citación, expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad.

Art. 323. Son comunes á la comprobación de maternidad las disposiciones de los artículos 321 y 322.

Art. 324. Si la demandada negare ser suyo el hijo: será admitido el demandante á probarlo con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo.

La partida de nacimiento no servirá de prueba para establecer la maternidad.

Art. 325. Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado á expresar la persona en quien ó de quien hubo el hijo.

Art. 326. El reconocimiento del hijo natural, hecho espontáneamente por su padre, madre ó ambos, ó sin necesidad de demanda del hijo ó de otra persona de las que puedan hacerlo en su nombre, debe ser notificado y aceptado ó repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, según el Capítulo *De los legitimados por matrimonio posterior á la concepción*.

Art. 327. El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello.

En la impugnación deberá probarse alguna de las causas por que puede impugnarse la legitimación, según los incisos 1° y 2° del artículo 248.

Art. 328. Los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste, á menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción estuvo imposibilitado para tener acceso á la mujer.

Art. 329. Para los efectos del artículo anterior no se tendrá como concubina de un hombre sino la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros ó viudos.

Art. 330. Si por cualesquiera medios fehacientes se probare rapto, y hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor, se tendrá á éste como padre del hijo.

En este caso el raptor será obligado, además, á suministrar á la madre los alimentos que competan á su rango social.

El hecho de seducir á una menor, haciéndole dejar la casa de la persona á cuyo cuidado está, es rapto, aunque no se emplee la fuerza.

La acción que por este artículo se concede, expira en diez años contados desde la fecha en que pudo intentarse.

Art. 331. No es admisible la indagación ó presunción de paternidad por otros medios que los expresados en los artículos precedentes.

Art. 332. Los hijos reconocidos á virtud de demanda judicial, en conformidad á lo dispuesto en este título, y los que prueben hallarse en alguno de los casos de los artículos 328 á 330, adquieren la calidad legal de hijos naturales, como los reconocidos por instrumento público ó por acto testamentario.

[1] Art. 21. El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, podrá pedir que su padre ó madre lo reconozca para el solo objeto de exigir alimentos.

naturales y el § 6° relativo á los simplemente ilegítimos, que comprende también á los de dañado ayuntamiento. Conviene advertir que las disposiciones de la Ley 153 de que vamos á hablar no son otra cosa que reproducción de los títulos XII y XIV del Código de Chile[1] sustituídos en el de Colombia por el 16 que se derogó en 1887 y que había favorecido la condición de los hijos ilegítimos.

Sección I. — Hijos naturales.

568. El artículo 54 de la Ley 153 de 1887 dice :

Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres ó por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales respecto del padre ó de la madre que los haya reconocido (art. 54)[2].

De esta disposición se desprende, en primer lugar, que no pueden tener la calidad de hijos naturales los ilegítimos que sean de dañado ayuntamiento, lo que excluye los incestuosos y los adulterinos; pero en caso de incesto el hijo puede se reconocido por uno solo de sus padres, porque en tal caso no consta legalmente el incesto; asimismo en caso de adulterio si uno solo de los padres es casado, el que no lo sea puede válidamente reconocer al hijo si lo reconoce solo, pero en ambos casos creemos que es necesario que no se indique quien es el otro de los padres. Además, en estos casos podría haber lugar á que se impugnara el reconocimiento en los términos del artículo 58 de la Ley 153.

Se habla de los hijos *nacidos* y no de los *concebidos* fuera de matrimonio, porque, como ya hemos dicho en otra parte,

[1] Sobre los títulos XII y XIV del Código de Chile, observa el señor Bello : « Lo concerniente á los hijos naturales en este Código, es casi todo nuevo, respecto de nuestra legislación. Se han tenido á la vista las disposiciones de varios Códigos extranjeros ».

[2] Cód. ch., art. 270. — El inciso 1° del artículo 7° de la Ley 57 de 1887, que puede considerarse como derogado por el presente, expresaba la misma idea en los términos siguientes : « Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio, de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre, madre ó ambos, otorgado por escritura pública, ó por acto testamentario, ó de conformidad con el artículo 368 del mismo Código ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

si los últimos nacen dentro del matrimonio posterior de sus padres, se legitiman *ipso jure* y su condición no puede confundirse con la de los hijos naturales, y aunque en los términos del artículo caben también los hijos póstumos, es decir, los concebidos en el matrimonio y nacidos fuera de él, evidentemente la disposición legal no se refiere á ellos.

569. Para que un hijo ilegítimo adquiera los privilegios que la ley concede á los hijos naturales, es preciso que sea reconocido como tal. Sin embargo, hay una excepción á este principio, y es la establecida en el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 57 de 1887, concebido así : « No obstante lo dispuesto en la parte que precede, se reputarán hijos naturales, respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción ».

Pero se podía sostener que este artículo había sido tácitamente derogado por el 21 de la misma ley, según el cual « el hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, podrá pedir que su padre *ó madre* lo reconozca para el solo objeto de exigir alimentos ».

Según esto, el hijo ilegítimo reconocido por su madre forzadamente, ante la justicia, no tenía otro derecho que el de alimentos; no era, pues, hijo natural en la significación jurídica del término.

Vino luego el artículo 66 de la Ley 153 de 1887 que es aún más formal y que no deja lugar á duda :

> El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, no podrá pedir que su padre ó madre le reconozca, sino con el solo objeto de exigir alimentos (art. 66) [1].

Notó después el legislador que virtualmente quedaba derogado el principio establecido en el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 57, lo que sin duda no era su propósito, y por eso trató nuevamente de la materia, y en el artículo 7º de la Ley 95 de 1890 dijo :

> No obstante lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 56 de la Ley 153 de 1887, se presume el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera ó viuda; en consecuencia, tales hijos tendrán el carácter de naturales con relación á su madre, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público (art. 7.º)

[1] Cód. ch., art. 280.

Sobre esta disposición observaremos : 1º que, en vez del artículo 56 debió citarse el 55 ó el 66; 2º que, como hemos indicado en otro lugar, no se comprende jurídicamente una presunción de voluntad *de derecho,* tal como la establecida en el texto; 3º que para aplicar éste se requiere que conste la filiación del hijo, lo cual, en el silencio del legislador, creemos que puede hacerse como lo veremos al tratar de los hijos simplemente ilegítimos, á saber, por confesión judicial de la madre y por testigos.

En suma, los hijos ilegítimos que no sean de dañado ayuntamiento, se consideran hijos naturales respecto de la madre; para que lo sean con relación al padre, es preciso que éste los haya reconocido voluntaria y solemnemente.

570. Según el artículo 55 de la Ley 153 de 1887,

> El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre ó de la madre que reconoce (art. 55) [1].

Esta disposición ha quedado modificada en cuanto á la madre se refiere.

El legislador, después de decir en el artículo 54 que será potestativo del padre reconocer al hijo como natural, repite en el 55 que el reconocimiento « es un acto libre y voluntario » porque esto es lo que constituye la esencia del acto que confiere la calidad de hijo natural y que coloca á éste en situación privilegiada sobre la del hijo simplemente ilegítimo : el hijo natural tiene derecho de sucesión abintestato y puede ser representado en ella por sus descendientes legítimos (art. 1043 y s.); figura entre los legitimarios (art. 1240), etc.

Estos privilegios no se conceden sino mediante un reconocimiento voluntario y expreso : de aquí el que no deba confundirse tal reconocimiento que da al hijo la calidad de natural con el reconocimiento forzoso que lo coloca apenas en la condición de hijo ilegítimo.

[1] Cód. ch., art. 271.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

571. ¿Cómo se hace el reconocimiento voluntario? Nos lo dice el inciso 1º del artículo 56 :

> El reconocimiento deberá hacerse por instrumento público entre vivos, ó por acto testamentario (art. 56) [1].

Por cualquiera de los dos medios indicados que se haga el reconocimiento, es preciso que sea expreso, pues, aunque en las legislaciones modernas se han abolido las fórmulas sacramentales, se requiere que la voluntad del padre reconocedor aparezca de manifiesto.

El instrumento público entre vivos de que habla el inciso que comentamos puede ser ó una escritura ante notario, y entonces se observará lo establecido en el artículo 369, ó el acta de nacimiento, y entonces, de acuerdo con el artículo 368, « bastará que el padre firme el acta de registro respectivo, en prueba de reconocimiento ».

572. Cuando el hijo es reconocido por acto testamentario, se presentan varias cuestiones que importa resolver :

1.ª ¿Anulado el testamento subsistirá el reconocimiento?

Este punto debe resolverse mediante una distinción : de una manera general, habrá de aplicarse la regla de que « *quod nullum est, nullum producit effectum* ». Pero tratándose de un testamento solemne abierto, en cuanto al reconocimiento se refiera, debe considerarse no como testamento, sino como escritura pública destinada á producir efectos aun durante la vida del otorgante. En este caso bastará, pues, que valga el instrumento como escritura pública, aunque no tenga los requisitos exigidos para que valga como testamento.

Si, por el contrario, se trata de un testamento solemne cerrado, no tiene de ningún modo el carácter de instrumento público entre vivos, y, anulado, no puede producir ningún efecto.

573. 2.ª) ¿Es revocable el reconocimiento?

Esta cuestión debe examinarse desde dos puntos de vista :

1.º ¿Es revocable el reconocimiento una vez aceptado por el hijo?

[1] Cód. ch., art. 271.

La solución no es dudosa : la calidad de natural adquirida por el hijo constituye para él un derecho que ya es independiente de la voluntad del padre; el reconocimiento aceptado tiene que ser irrevocable porque el estado civil de las personas no puede depender del capricho de los interesados. Y esta solución se impone aunque el reconocimiento se haya hecho en un testamento, acto esencialmente revocable. Para que haya habido aceptación del hijo debe suponerse que el testamento era un testamento abierto, y, en este caso, como lo dijimos anteriormente, el instrumento tiene, en cuanto al reconocimiento, todos los caracteres y, por consiguiente, el valor de los instrumentos públicos entre vivos.

2.º ¿Es revocable el reconocimiento hecho por el padre y no aceptado todavía? Tampoco creemos que pueda ser revocado con tal de que conste en instrumento entre vivos, de carácter definitivo. Si el reconocimiento se ha hecho en testamento cerrado, la revocación del testamento, siempre posible, tiene como consecuencia la de dejar sin valor alguno todas las cláusulas que contenía, aun el reconocimiento de hijo natural. Pero no puede decirse en tal caso que haya propiamente revocación del reconocimiento; lo que se ha revocado es el instrumento que entonces no ha podido producir efecto.

Por el contrario, si el reconocimiento se ha hecho en instrumento público entre vivos, en lo cual comprendemos aun el testamento abierto por lo que al reconocimiento se refiere, debe considerarse el acto, no como una oferta que necesita para producir efecto la aceptación del hijo sino como un acto unilateral de carácter definitivo. En realidad, si la declaración del padre fuera una oferta, y el reconocimiento un contrato, habría que decidir que muerto el padre antes de la aceptación del hijo, el reconocimiento no podría efectuarse, puesto que un contrato no puede perfeccionarse después de la muerte de una de las partes : la oferta fenece por la muerte del policitante. Claro es que el legislador no quiso dar tal carácter al reconocimiento, puesto que admite que se haga por testamento, lo que implica posibilidad de

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

aceptar después de la muerte del padre. La aceptación del hijo es análoga á la del heredero : el hijo puede rehusar el reconocimiento como el heredero la sucesión, pero su consentimiento no constituye un elemento esencial para la existencia del acto jurídico : es más bien una renuncia al derecho de rehusar el beneficio del reconocimiento.

Todo reconocimiento voluntario hecho en una forma distinta de la ya mencionada, no vale [1], y tal circunstancia figura, aunque no era necesario mencionarla, entre las causales de impugnación de que habla el numeral 5° del artículo 58.

574. Conforme al inciso 2° del artículo 56,

> Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado á expresar la persona en quien ó de quien hubo el hijo natural.

Siendo el reconocimiento un acto voluntario del padre ó madre que reconoce, no habría sido justo imponerle la obligación de mencionar la persona de quien hubo el hijo, puesto que se quiere evitar escándalos, y especialmente que se designe á una persona que no sea el padre ó la madre. Pero en el supuesto de que de un modo voluntario se haga aquella declaración, ningún valor jurídico tiene para comprobar la paternidad ó maternidad respecto de la persona mencionada.

575. Es posible que una persona para tener los derechos de padre ó madre natural quiera reconocer á otra que en realidad no sea hijo suyo; en este caso se comprende que se admita á todo interesado á probar que el que quiere reconocer no es el padre ó la madre. Sobre el particular establece el artículo 58 de la Ley 153 :

> El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe tener interés actual en ello.
>
> En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan :
>
> 1.ª y 2.ª La primera y segunda de las que se señalan para impugnar la legitimación en el artículo 248 del Código Civil.
>
> 3.ª Haber sido concebido, según el artículo 92 del mismo Código, cuando estaba casado el padre ó la madre.

[1] V. G. J. V, 163, 2.ª

> 4.ª Haber sido concebido en dañado ayuntamiento calificado de tál por sentencia ejecutoriada.
>
> 5.ª No haberse otorgado reconocimiento en la forma prescrita en el artículo 56 de esta Ley (art. 58) [1].

Del texto resulta que si los padres no podían casarse al tiempo de la concepción del hijo legítimo, ya por ser casado uno de ellos, supuesto en que el hijo es adulterino, ya por ser parientes en grado en que se prohibe el matrimonio, caso en que el hijo es incestuoso, el reconocimiento no es posible (art. 54, Ley 153) : el hijo en ambas hipótesis es de dañado ayuntamiento (inc. 3°, art. 52 del Código). Si en cualquiera de estos casos se reconoce al hijo, toda persona puede impugnar el reconocimiento y hacer que se declare nulo, con tal de que le sea posible probar el incesto ó el adulterio sin violar la regla que prohibe la indagación de la paternidad.

Es de observar que hablándose en el numeral 4° de hijos de dañado ayuntamiento, lo que comprende el caso de adulterio, el numeral 3° es inútil, salvo en cuanto indica que para calcular la época de la concepción debe tenerse en cuenta el artículo 92, lo que quizá se habría podido también omitir por ser evidente. Sin embargo, cuando la impugnación se funda en la 4ª causal, se exige que el dañado ayuntamiento se califique por sentencia ejecutoriada; cuando se funda en la 3ª, la prueba puede establecerse de cualquier modo.

576. Como quiera que sea, los terceros, fuera de los casos mencionados, tienen que aceptar las consecuencias del reconocimiento. En cuanto al hijo mismo, goza de una libertad mucho más amplia, pues el artículo 57 establece que

> El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado ó repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, según el título 11 del Código Civil (art. 57) [2].

El hijo tiene, pues, libertad completa de aceptar ó no la calidad jurídica de natural que quiera imponérsele, sin tener que suministrar ninguna prueba. De manera que no sola-

[1] Cód. ch., art. 275.
[2] Cód. ch., art. 273.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

mente el padre puede reconocer ó no á su hijo, sino que también el hijo puede reconocer ó no á su padre.

Este sistema es contrario al principio fundamental de que el estado civil de las personas no puede depender de la expresión arbitraria de su voluntad. La paternidad, así como la maternidad, son hechos naturales, realidades contra cuya existencia la voluntad humana es impotente. Toda persona tiene el padre ó la madre que le dió la naturaleza; no puede escogerlo.

Por esto creemos que el legislador no tuvo razón al establecer en el artículo 45 el principio de la absoluta libertad para los padres de reconocer ó no á sus hijos como naturales. Por el solo hecho de la concepción, el padre, para no hablar sino de él, contrae el deber moral de reconocer al hijo y de someterse así á las obligaciones que se derivan de la paternidad.

Además ¿cuál es el carácter del reconocimiento? El de prueba y nada más. La filiación es un hecho natural preexistente; el reconocimiento no hace más que establecer legalmente el hecho. La ley considera que la declaración del padre ó de la madre es la mejor prueba de la filiación. La maternidad puede probarse directamente, como habremos de verlo después. En cuanto á la paternidad, la prueba directa no es posible; pero cuando un hombre tiene la convicción de que él es padre de un hijo ilegítimo, natural es que su testimonio tenga un valor casi absoluto. Pero siempre hay en esto una cuestión de prueba; la declaración no crea la filiación; es un modo de hacerla constar.

Decir como un comentador chileno[1] que « el reconocimiento de un hijo natural es un verdadero contrato consensual, que *crea* las relaciones de paternidad y de filiación natural », es ponerse en contradicción con la realidad de las cosas. La filiación existe con anterioridad á todo reconocimiento que el padre y el hijo quieran efectuar ó no; pero no consta legalmente. Para hacerla constar se pueden idear varios modos, y entre ellos el reconocimiento : éste no es otra cosa que la confesión de un hecho.

[1] Chacón, *op. cit.*, t. 1, p. 269.

En cuanto al hijo, se comprende que no esté obligado á admitir el reconocimiento de cualquier persona que se diga su padre ó su madre para obtener las ventajas de esta calidad. Pero basta concederle el derecho de impugnar el reconocimiento. Acerca de la madre, puede dársele la facultad de abrir el debate sobre el hecho de la maternidad, prueba que es posible y relativamente fácil; pero probada la maternidad, ¿cómo permitir al hijo que niegue á su madre? Á la manera de lo que autoriza el Código de Chile. Respecto del padre, la cuestión es más delicada; naturalmente el hijo tendría el derecho de probar que no pudo, el que quiere reconocerlo, ser su padre : podría también dársele la facultad de exigir que el padre suministre la prueba de que tuvo relaciones con su madre en la época de la concepción. Además, el juez tendría en este caso plena libertad de apreciación para decidir si el reconocimiento es ó no fundado.

De todos modos, es preciso reconocer que, en cuanto á la paternidad, es más sostenible el sistema de la ley : la madre tiene certidumbre de su maternidad; el hombre puede engañarse sobre la paternidad.

Sección II. — Hijos naturales no reconocidos solemnemente.

577. El reconocimiento voluntario de los padres procura al hijo ilegítimo la calidad de hijo natural, con los derechos concedidos por la ley á tales hijos, especialmente los enumerados en el parágrafo 5º de la Ley 153 de 1887, y derechos recíprocos de sucesión.

¿Cuál es la base de estos derechos? Evidentemente la filiación, ¿por qué debe el padre criar y educar al hijo natural? Porque es el autor de su existencia. Sin embargo, como vamos á verlo ahora, la ley admite ciertos modos de hacer constar la filiación que producen efectos muy distintos.

578. Según el artículo 66 de la Ley 153, anteriormente transcrito[1], « El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, no podrá pedir

[1] V. n. 569.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

que su padre ó madre le reconozca, sino con el solo objeto de exigir alimentos ».

Como se ve, la filiación puede establecerse por otro modo que el reconocimiento voluntario. Pero en tal caso la calidad de hijo no da derecho sino á alimentos.

La teoría de la legislación colombiana es, pues, la siguiente: fuera del matrimonio, la calidad de hijo no da derecho sino á alimentos; para que produzca mayores efectos, es preciso que haya reconocimiento voluntario por parte del padre y aceptación de tal reconocimiento por el hijo.

De lo que hemos dicho anteriormente se induce que tal sistema nos parece por lo menos discutible. Creemos que toca al legislador señalar los efectos que produce la filiación fuera de matrimonio; que le corresponde también indicar cómo se establece tal filiación, de qué modo puede hacerse constar la paternidad ó la maternidad ilegítima. Pero una vez que consta la filiación, creemos que necesariamente tiene que producir los efectos indicados, cualquiera que sea el medio de prueba que se haya admitido. No alcanzamos á comprender por qué, hay hijos ilegítimos que no son hijos sino para exigir alimentos, é hijos ilegítimos que tienen mayores derechos (salvo, por supuesto, los de dañado ayuntamiento); y para no hablar sino del padre, puesto que se cambió la teoría en cuanto á la madre, no vemos por qué cuando conste la filiación respecto de él, cuando se ha establecido por confesión ante la justicia, se le deja la facultad de sustraerse á las obligaciones que le impone la naturaleza; no vemos por qué se trata de peor modo al hijo cuando su padre no tuvo el valor de reconocerlo voluntariamente sino ante el juez. En la paternidad no hay más ni menos; una persona es padre ó no lo es; si consta que lo es, según las reglas al efecto señaladas, debe tener todas las obligaciones anexas á tal carácter, cualquiera que sea el modo como se haya comprobado la filiación. Sólo se comprende que sean de peor condición los hijos habidos en adulterio ó aquellos que son frutos del incesto.

El principio repugnaba más en cuanto á la maternidad; con razón se ha derogado en este particular.

Se comprende que no sea lícito indagar la maternidad, y sobre todo, la paternidad, sino de cierta manera. Pero si se permite, una vez que se establece la filiación, debería producir efectos idénticos á los del reconocimiento voluntario.

Tal no es el sistema colombiano en cuanto á la paternidad. Refiriéndonos al parágrafo 6º de la Ley 153, examinaremos: 1º por quién se puede introducir la acción de investigación de paternidad ó maternidad; 2º las reglas relativas á la investigación de paternidad; 3º las reglas relativas á la indagación de maternidad; 4º el procedimiento y los efectos del reconocimiento forzoso.

§ 1.º *Por quién puede introducirse la acción de investigación de paternidad ó maternidad.*

579. Si el hijo es impúber, el inciso 1º del artículo 67 nos dice que

> Podrá entablar la demanda á nombre de un impúber, cualquiera persona que probare haber cuidado de su crianza (art. 67)[1].

Si es púber y menor de veintiún años, se aplicará la regla del inciso 2º del mismo artículo:

> Los menores de veintiún años, no habilitados de edad, serán asistidos en esta demanda por su tutor ó curador general ó por un curador especial.

Si el hijo es mayor de veintiún años, no puede reclamar alimentos sino mientras esté imposibilitado para subsistir de su trabajo, pues así lo establece el artículo 72:

> Ningún varón ilegítimo que hubiere cumplido veintiún años, y no tuviere imposibilidad física para dedicarse á un trabajo de que pueda subsistir, será admitido á pedir que su padre ó madre le reconozca ó le alimente; pero revivirá la acción si el hijo se imposibilitare posteriormente para subsistir de su trabajo (art. 72)[2].

Como la acción de que hablamos tiene por objeto que el hijo obtenga alimentos, es claro que no podrá intentar la

[1] Cód. ch., art. 281.
[2] Cód. ch., art. 286.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

acción de reconocimiento contra el padre que de un modo voluntario lo alimenta.

§ 2.° *Indagación de paternidad.*

580. Contra el padre la prueba de la filiación no puede resultar sino de la declaración hecha por él ante el juez, bajo juramento y á petición del que legalmente tenga derecho á ello :

Por parte del hijo ilegítimo habrá derecho á que el supuesto padre sea citado personalmente ante el juez á declarar bajo juramento si cree serlo, expresándose en la citación el objeto de ella (art. 68) [1].

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 69,

Si el demandado no compareciere, pudiendo, y se hubiere repetido una vez la citación, expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad (art. 69) [2].

¿Qué sucede si el demandado comparece pero rehusa jurar? En tal caso hay mayor razón para mirar como reconocida la paternidad. Parece que ésta es la sanción, y quizá pueda asimilarse tal caso al de absolución de posiciones, en las cuales, según las leyes de procedimiento, si el absolvente rehusa contestar se le declara confeso.

581. Quiere esto decir que la indagación de paternidad no es permitida por medio de testigos, escritos del presunto padre, etc., y con mucha razón, pues con tales pruebas podría establecerse que el demandado tuvo relaciones con la madre, pero no que es el padre; para esto sería preciso probar además que ningún otro hombre tuvo relaciones con la madre durante la época legal de la concepción, prueba imposible, salvo casos extraordinarios. De aquí el artículo 70 :

No es admisible la indagación ó presunción de paternidad por otros medios que los expresados en los artículos antecedentes (art. 70) [3].

582. Esta regla sufre una excepción, la del artículo 73, cuyo inciso 1° dice :

[1] Cód. ch., art. 282.
[2] Cód. ch., art. 283.
[3] Cód. ch., art. 284.

Si por cualesquiera medios fehacientes se probare rapto y hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor, será condenado éste á suministrar al hijo, no solamente los alimentos necesarios para su precisa subsistencia, sino en cuanto fuere posible, los que competan al rango social de la madre (art. 73) [1].

El texto modifica de dos modos la regla general : 1° la filiación consta de la prueba del rapto y de la posibilidad de la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor, sin que sea necesaria la confesión del padre; 2° en los casos ordinarios el padre no debe al hijo sino los alimentos indispensables para su precisa subsistencia (art. 71) y cuando ha habido rapto, los alimentos serán « los que competan al rango social de la madre ». Estas palabras parecen indicar que la madre es quien pide alimentos á nombre del hijo. Debe también tenerse en cuenta la fortuna del padre, y es esto, sin duda lo que se quiere indicar con las palabras « en cuanto fuere posible ».

El inciso 2° se refiere á un caso especial de rapto [2] :

El hecho de seducir á una menor, haciéndola dejar la casa de la persona á cuyo cuidado está, es rapto, aunque no se emplee la fuerza.

583. El inciso 3° indica el plazo dentro del cual prescribe la acción concedida para el caso de rapto :

La acción que por este artículo se concede expira en diez años, contados desde la fecha en que pudo intentarse.

Nos parece que el plazo debe comenzar á contarse desde el nacimiento del hijo, puesto que desde esa fecha es necesario que alguien haya cuidado de su crianza, y el que tuvo tal cuidado puede ejercer la acción, puesto que no se establecen otras reglas que las del artículo 67 acerca de las personas que puedan intentar la demanda.

Además, la acción que prescribe en diez años es la especial relativa al rapto; pero el hijo ó los que cuiden de su crianza conservan el derecho de intentar la acción general reconocida en el artículo 66, acción que no desaparece sino

[1] Cód. ch., art. 287.
[2] Véase también el articulo 692 del Código Penal.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

con la muerte del hijo, porque hasta entonces puede necesitar alimentos.

§ 3.° *Indagación de maternidad.*

584. Respecto de la madre hemos visto que el hijo ilegítimo se considera como natural, y tiene los derechos de tal, si la mujer era viuda ó soltera en la época de la concepción. Bastará en dicho caso que el hijo ó la persona que haya cuidado de su crianza haga constar legalmente la maternidad, lo que puede hacerse de dos modos : por la confesión judicial de la madre ó por los medios indicados en el inciso 1° del artículo 75 :

Si la demandada negare ser suyo el hijo, será admitido el demandante á probarlo con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo (art. 75) [1].

Á diferencia de la paternidad, que no puede probarse de una manera directa, la maternidad es un hecho visible que puede hacerse constar por testimonios. Se comprende, pues, que la indagación de la maternidad sea admitida mientras que la de la paternidad, por regla general, no lo es.

585. El inciso 2° del mismo artículo agrega :

La partida ó acta de nacimiento no servirá de prueba para establecer la maternidad.

Es natural que la partida ó acta de nacimiento no constituya plena prueba de la maternidad, porque puede haber declaración falsa á este respecto ; pero sería excesivo decidir que el acta de nacimiento no tendrá en ningún caso valor probatorio. Si se supone que la madre misma fué quien hizo la declaración, creemos que por interpretación extensiva de lo que dice el artículo 368 respecto del padre, eso constituirá prueba suficiente, con tal de que se trate de declaración ante notario. Si la declaración se ha hecho ante el párroco, como éste no tiene el carácter de funcionario público, la partida de bautismo no hará plena fe, pero sí servirá á lo

[1] Cód. ch., art. 289.

menos de principio de prueba por escrito, si lleva la firma de la madre.

§ 4.° *Procedimiento y efectos del reconocimiento.*

586. 1.° *Procedimiento.* — Según el inciso 1° del artículo 78,

Los procedimientos judiciales á que diere lugar la demanda del hijo ilegítimo, serán verbales, y si el juez lo estimare conveniente, secretos (art. 78) [1]

Tiene esto por objeto evitar el escándalo de la discusión de hechos contrarios á las buenas costumbres. Disposiciones análogas se encuentran en las leyes de procedimiento para todos los juicios en que se tratan asuntos que afectan la moralidad pública.

El inciso 2° del artículo 78 agrega :

En el caso del artículo 73 de esta Ley el procedimiento será por escrito en vía ordinaria.

Lo cual se justifica, pues tratándose de una materia tan grave como el rapto, es necesario que los hechos se comprueben en un debate por escrito, previa la tramitación común.

Creemos, sí, que este artículo que encierra una disposición enteramente adjetiva, quedaría mejor colocado en el Código Judicial.

587. 2.° *Efectos.* — Como se deja expuesto, el único objeto con que el hijo puede pedir que se le reconozca judicialmente, es el de pedir alimentos.

Á este propósito, y refiriéndose al padre, dice el artículo 71 :

Si el demandado confesare que se cree padre, ó, según lo dispuesto en el artículo 70 de esta Ley, se mirare como reconocida la paternidad, será obligado á suministrar alimentos al hijo, pero sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia.

No se dará lugar á esta restricción en el caso del artículo 73 de esta Ley (art. 71) [2].

[1] Cód. ch., art. 292.

[2] Cód. ch., art. 285. — *Bello :* « ¿Por qué, se dirá, condenar á la prestación de alimentos por el solo hecho de haber tenido el demandado trato ilícito con

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En el primer caso, el hijo no tiene derecho sino á los alimentos llamados *necesarios*, de que trata el artículo **413** del Código, que adelante veremos, y según el cual, dichos alimentos « comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión ú oficio ».

En el segundo caso, que lo es el de rapto, los alimentos pueden ser aun congruos, si así lo exigiere la posición social de la madre, pues es natural que, tratándose de reparar un daño voluntariamente causado mediante un hecho delictuoso, la obligación del padre raptor sea mayor que en los casos en que su paternidad no va acompañada de esta circunstancia agravante.

588. Respecto de la madre, dice el inciso 1° del artículo **74**:

El hijo ilegítimo tendrá derecho á que su madre le asista con los alimentos necesarios si no pudiere obtenerlos del padre (art. 74)[1].

Puesto en relación este inciso con el artículo que acabamos de explicar, deducimos: 1° si el padre alimenta al hijo, éste no tiene derecho de reclamar alimentos de su madre, porque la obligación pesa en primer término sobre el padre y sólo subsidiariamente sobre la madre; 2° aun cuando la madre esté suministrándolos, el hijo puede pedirlos del padre, quien puede ser demandado con tal objeto á nombre del hijo, de acuerdo con el artículo 65, y por la madre que ha cuidado de su crianza.

589. Pero ¿cómo puede comprenderse que el hijo se dirija á su madre sólo para pedirle los alimentos necesarios, siendo

una mujer en el tiempo en que pudo efectuarse la concepción, aunque aparezca que la mujer tenia trato ilícito con otros hombres en el mismo tiempo? Se responde, que si no obstante la intimación de la ley se ha expuesto al peligro de tener que alimentar un hijo ajeno, no tiene de que quejarse. La prestación de alimentos puede también mirarse como un castigo, que se hace servir á la sustentación de criaturas inocentes que deben su degradada existencia á la inmoralidad y al libertinaje.

« ¿Por qué no se admite la prueba testimonial en este caso? Por el notorio abuso que se hace de ella en todos los países en que es admitida ».

Las anteriores observaciones del señor Bello no nos parecen del todo aceptables: para que se condene al demandado á suministrar alimentos al hijo, no basta que confiese el haber tenido trato ilícito con la mujer; el texto exige que confiese que *se cree padre*.

[1] Cód. ch., art. 288.

así que tiene, en la legislación actual, la calidad de natural, que le confiere mayores derechos? En el Código de Chile, de donde se ha tomado la disposición, el reconocimiento judicial no da al hijo sino derecho á alimentos, con la calidad de ilegítimo respecto de la madre. Pero aun en Colombia podrá tener aplicación la regla en los casos en que el hijo no pueda invocar la disposición del artículo 7° de la Ley 95 de 1890, y es á saber, cuando la madre estaba casada en la época de la concepción, suponiendo además que hubo desconocimiento por el marido conforme á las reglas anteriormente expuestas. Cierto es que al tenor del inciso 2°,

No podrá intentarse esta acción contra ninguna mujer casada.

De donde resulta que la acción no podrá establecerse contra la madre mientras dure el matrimonio, lo que es excesivo si se supone que hubo divorcio, que será lo más frecuente. Pero disuelto el matrimonio, en toda hipótesis, se hace posible la acción contra la madre conforme al inciso 1° del artículo 74. Esta solución, que no parece discutible, demuestra que las disposiciones de los artículos 66 á 78 de la Ley 153 son aplicables á los hijos ilegítimos aun de dañado ayuntamiento.

590. Al tenor del artículo 76,

Los alimentos suministrados por el padre ó la madre correrán desde la primera demanda; y no se podrán pedir los correspondientes al tiempo anterior, salvo que la demanda se dirija contra el padre y se interponga durante el año subsiguiente al parto.

En este caso se concederán los alimentos correspondientes á todo ese año, incluyendo las expensas del parto, reguladas, si necesario fuere, por el juez (art. 76)[1].

Como los alimentos no se deben sino cuando el alimentario carezca de ellos, es natural que no se paguen sino desde que se han pedido ó demandado, pues sólo desde entonces podrá decirse que al hijo le han faltado; pero habría podido sostenerse que la persona que los ha suministrado tendría recurso contra el padre ó madre por ser deuda que debía na-

[1] Cód. ch, art. 290.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

turalmente recaer sobre ellos. Con mucha razón no se ha admitido esta solución que se encuentra formulada en el artículo 268 respecto de los hijos legítimos, porque en cuanto á los ilegítimos, la obligación jurídica de alimentar no empieza á correr, en principio, sino desde que consta la filiación.

Observaremos que la redacción del artículo es poco correcta en cuanto habla de « alimentos suministrados que *correrán...* »

591. Finalmente, si el hijo ilegítimo tiene derecho á pedir alimentos, la recíproca no se admite respecto del padre, al tenor del inciso 1° del artículo 77 :

> No será oído el padre ilegítimo que demande alimentos con este carácter (art. 77)[1].

Esta solución es justa : si el padre no cumplió con el deber moral que tenía de reconocer al hijo, si se sustrajo á las obligaciones que la paternidad impone, ¿cómo permitirle que la invoque para reclamar los derechos que de ella se derivan? Además, tal solución era forzosa : en virtud del principio que domina la materia, la acción del padre implica un reconocimiento voluntario, que el hijo puede rehusar.

592. El inciso 2° del artículo 77 favorece á la madre cuando dice :

> Pero será oída la madre que pida alimentos al hijo ilegítimo, á menos que éste haya sido abandonado por ella en la infancia.

Esta regla, en la legislación actual, no puede referirse sino al hijo que no tiene la calidad de natural respecto de su madre, es decir, al hijo adulterino. En los otros casos la madre podrá reclamar los derechos que se le confieren por la ley respecto del hijo natural conforme á lo dispuesto en el título siguiente.

[1] Cód. ch., art. 291.

TÍTULO XVII.°

De las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales.

593. El título 17 del Código Civil que comprendía los artículos 333 y 334[1] fué expresamente derogado por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887 y reemplazado por el parágrafo 5° (*de las personas*) de la parte segunda de dicha ley, al cual nos vamos á referir en el siguiente comentario.

El inciso 1° del artículo 59 establece el principio siguiente :

> Los hijos naturales no tienen, respecto del padre ó de la madre que los ha reconocido con las solemnidades legales, otros derechos que los que expresamente les conceden las leyes (art. 59).

No se puede, pues, extender, de una manera absoluta, á los hijos naturales las reglas relativas á los hijos legítimos.

El inciso 2° del artículo citado expresa una vez más la idea de que, en principio, no son hijos naturales sino los reconocidos solemnemente, lo que, como sabemos, no es ya exacto tratándose de la madre :

> Con respecto al padre ó á la madre que no los ha reconocido de este modo, se considerarán simplemente como ilegítimos.

[1] Art. 333. Los hijos naturales tienen para con sus padres las mismas obligaciones que para con los suyos tienen los legítimos, conforme á los artículos 250 y 251, y los padres naturales están obligados á cuidar personalmente de sus hijos, en los mismos términos que lo estarían los legítimos según el artículo 253.

Pero la persona casada no podrá tener á un hijo natural en su casa, sin el consentimiento de su mujer ó marido.

Art. 334. Incumben á los padres naturales los gastos de crianza y educación de sus hijos.

Se incluirán en ésta, por lo menos, la enseñanza primaria, y el aprendizaje de una profesión ú oficio.

En caso necesario, el juez reglará lo que cada uno de los padres, según sus facultades y circunstancias, deba contribuir para la crianza y educación del hijo.

El inciso 2° del artículo 257 es aplicable á los bienes de los hijos naturales.

Son igualmente aplicables á los padres é hijos naturales las disposiciones de los artículos 258, 259, y 261 á 267.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

594. El principio general que obliga á los hijos á obedecer, respetar y cuidar á sus padres, se aplica tanto á los hijos naturales como á los legítimos :

Las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres, expresadas en los artículos 250 y 251 del Código, se extienden al hijo natural con respecto al padre ó á la madre que le haya reconocido con las formalidades legales, y si ambos le han reconocido de este modo, estará especialmente sometido al padre (art. 60)[1].

Esta última disposición, según la cual el hijo que tiene la calidad de natural respecto de ambos padres estará especialmente sometido al padre, no tiene aquí razón de ser. La regla es necesaria cuando se trata de un hijo legítimo, porque vive con sus padres, en la familia, cuyo jefe es el padre. Pero el hijo natural no puede vivir sino con uno de sus padres, quienes legalmente no pueden hacer vida común de casados sin serlo. Además, el legislador olvida aquella regla y la destruye en los artículos 63 y 64, que determinan á quién toca el cuidado del hijo natural, es decir, á quién está sometido especialmente.

595. Según el artículo 61,

Es obligado á cuidar personalmente de los hijos naturales el padre ó la madre que los haya reconocido, en los mismos términos que lo sería el padre ó la madre legítimos según el artículo 253 del Código.

Pero la persona casada no podrá tener á un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer ó marido (art. 61)[2].

La disposición del inciso 2º tiene por objeto conservar la paz del hogar.

596. De acuerdo con el artículo 62,

Incumbe al padre ó á la madre que ha reconocido al hijo natural, los gastos de su crianza y educación.

Se incluirán en ésta, por lo menos, la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión ú oficio.

Si ambos padres le han reconocido, reglará el juez en caso necesario, lo que cada uno de ellos, según sus facultades y circunstancias, deba contribuir para la crianza y educación del hijo.

[1] Cód. ch., art. 276.
[2] Cód ch., art. 277.

El inciso 2º del artículo 257 del Código es aplicable á los bienes de los hijos naturales.

Son igualmente aplicables á los padres ó hijos naturales las disposiciones de los artículos 258, 259 y 261 á 268, inclusive, del Código (art. 62)[1].

Acerca del inciso 4º, observaremos que contiene un error manifiesto : el legislador quiso referirse al inciso 3º del artículo 257, como resulta de la correspondiente disposición del Código de Chile[2] : si el hijo natural tiene bienes propios, los gastos de su educación y establecimiento podrán sacarse, en caso de necesidad, de tales bienes.

Aquel de los padres á quien toca el cuidado personal del hijo tiene sobre él la autoridad paterna, puesto que el inciso 5º del artículo 62 declara aplicables al hijo natural los artículos 261 y 268 del Código; tiene especialmente sobre el hijo el derecho de corrección y el de elegirle profesión ó estado.

Entre las disposiciones aplicables á los padres naturales figura la del artículo 266 que los priva de la autoridad paterna respecto de los hijos llevados por ellos á la Casa de Expósitos, regla excesiva si se considera que, en muchos casos, el reconocimiento recaerá precisamente sobre hijos ilegítimos abandonados al Hospicio, y de este modo pone obstáculo á los reconocimientos, que interesa favorecer.

597. De acuerdo con lo establecido en los artículos 63 y 64, si los hijos naturales han sido reconocidos por ambos padres,

Toca á la madre el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad ó sexo cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan.

En este caso, ó en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos al padre que los haya reconocido en la forma legal (art. 63).

Toca al padre el cuidado personal de los hijos varones mayores de cinco años que haya reconocido conforme á la ley, salvo que por la depravación de aquél, ó por otras causas de inhabilidad, prefiera el juez confiarlos á la madre (art. 64).

[1] Cód. ch., art. 279.
[2] Véanse el inciso 4º del artículo 279 y el artículo 228 de este Código.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Sobre esto únicamente observaremos que las disposiciones transcritas están tomadas de los artículos **223** y **224**, respectivamente, del Código de Chile, que figuran en el título 9º *De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos*, artículos que tienen por objeto reglamentar el cuidado de los hijos en caso de divorcio de los padres.

TÍTULO XVIII.º

De la maternidad disputada.

598. Más adelante (título **20**) veremos que el estado civil de las personas se prueba, en general, por los respectivos registros, y á falta de ellos por otros documentos, por testigos y por la posesión notoria de dicho estado.

Creemos que el presente título, relativo á un caso especial sobre prueba de la maternidad, podría suprimirse sin que por ello perdiera nada el Código, que antes ganaría en sencillez y claridad, ó por lo menos, si se quiere conservar algunas de las reglas que contiene, estarían sin duda, mejor colocadas en el título **20**.

El legislador supone que un individuo que pasa por hijo de una determinada mujer no lo es en realidad. Si el Código no hubiera dicho nada acerca de tal hipótesis, cualquier interesado, en toda época, habría sido admitido á probar que el pretendido hijo no es tal. Y decimos en toda época, porque el estado de las personas no puede modificarse por el solo transcurso del tiempo; no da lugar á prescripción. Nos parece que el derecho común bastaría en aquel supuesto.

El Código, sin embargo, establece, como hemos dicho, reglas especiales para tal caso. Las examinaremos en dos parágrafos, así : 1º ¿quiénes tienen derecho á impugnar la maternidad?; 2º ¿dentro de qué plazos puede impugnarse?

§ 1.º *¿Quiénes tienen derecho á impugnar la maternidad?*

599. Según el inciso 1º del

ART. 335[1]. La *maternidad*, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, ó suplantación del pretendido hijo al verdadero.

No poco habría que criticar en esta especie de definición de la maternidad. Observaremos solamente que los hechos no se impugnan. Como quiera que sea, se trata de saber quién tiene derecho á reclamar en caso de parto supuesto ó de suplantación de hijo, circunstancias que constituyen las causales con que puede impugnarse la maternidad.

600. El artículo 335 agrega :

Tienen el derecho de impugnarla :
1.º El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta para desconocer la legitimidad del hijo ;
2.º Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle á él, ó á sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya ;
3.º La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.

1.º) ¿En el numeral 1º se comprende al marido de la supuesta madre aun que lo sea de otras nupcias? Juzgamos que no : sólo se trata de impugnar la maternidad para desconocer la legitimidad; esto no se aplica sino al marido á quien habría de considerarse como padre del pretendido hijo en virtud de la presunción *pater is est*...

En cuanto al padre, conviene además tener en cuenta lo establecido en los artículos **228** y **229**, relativos á los casos de divorcio y nulidad del matrimonio. Es claro que, aun cuando se impugne la maternidad en este caso, ó sea « para desconocer la legitimidad del hijo supuesto », ello no impide el que el hijo desconocido tenga la calidad de legítimo respecto de otras personas, los verdaderos padre y madre, lo que está en armonía con lo establecido en el numeral 2º del mismo artículo **335**.

[1] Cód. ch., art. 293.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

601. 2.°) Este numeral se refiere precisamente á un caso contrario al del numeral 1°, es decir, á la impugnación intentada por los verdaderos padre ó madre legítimos con el objeto de incorporar en su familia al hijo de ellos que pasa por hijo de otro.

« Para conferirle á él ó á sus descendientes legítimos los derechos de familia », dice el texto. De aquí deducimos que, aun después de haber fallecido el hijo, puede impugnarse la maternidad, con tal, eso sí, de que haya dejado descendencia legítima, á la cual pueda aprovecharle el juicio, por los derechos de familia que adquiere al entrar en la de los verdaderos padre y madre del difunto.

Por igual motivo creemos que, aun cuando el numeral 1° no lo diga, los supuestos padre y madre tienen derecho de impugnar la maternidad del que pasó por hijo de ellos, á fin de que la descendencia de éste no adquiera ó no conserve, con ese título, los correspondientes derechos de familia.

602. 3.°) El numeral 3° se refiere á la madre ilegítima, como se deduce de todo el artículo y como expresamente lo dice el inciso 4° del artículo 293 del Código de Chile.

603. Además, pueden impugnar la maternidad las personas de que habla el inciso 1° del

ART. 337 [1]. Se concederá también esta acción á toda otra persona á quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria ó abintestato, de los supuestos padre ó madre.

Como se ve, el único interés que, según el legislador, justifica la acción por parte de terceros, es el interés que se deriva de su derecho sobre la sucesión de los supuestos padres. En casos análogos, como en los de los artículos 248 del Código y 58 de la Ley 153 de 1887, se dejó el derecho de intentar las acciones que en los mismos se reconocen exigiendo sólo interés actual en ello por parte del actor en el juicio. La restricción establecida por el artículo 337 puede en la práctica sancionar injusticias. Así, tratándose, por ejemplo, de un censo, de una capellanía ó de otro derecho

[1] Cód. ch., art. 295.

semejante que, sin pertenecer á la sucesión testamentaria ó abintestato de los supuestos padre ó madre, deba pasar por voluntad del constituyente á un tercero á falta de hijo legítimo de dichos padre ó madre supuestos, resultará que el favorecido con tal derecho no podrá impedir que se radique en cabeza del pretendido hijo, porque, no habiendo sido impugnada la maternidad por los supuestos padres y no tratándose de derecho sobre la sucesión de éstos, á nadie le será ya lícito impugnarla. Parece, pues, que en vez de referirse á los derechos de sucesión únicamente, el texto debería comprender, en general, todos los derechos subordinados á la condición de muerte de los supuestos padre ó madre [1].

Entre las personas que pueden reclamar contra la suposición de maternidad no se enumera al hijo mismo, á quien por lo tanto no se reconoce la acción especial de que trata el título 18; conforme á éste no puede reclamar contra la maternidad que falsamente se le ha impuesto; pero conserva el derecho de reclamar su verdadera filiación, lo que implica el de rechazar la otra, puesto que nadie puede tener dos madres [2].

604. De acuerdo con lo establecido en el

ART. 338. Á ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto ó de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, ó para exigirle alimentos, ó para suceder en sus bienes por causa de muerte [3].

La sanción establecida en este artículo no tiene otro alcance,

[1] Tales habrian sido las consecuencias de los artículos 330 y 332 del Proyecto del Código de Chile, al primero de los cuales se refiere, por via de ejemplo, la siguiente nota de *Bello* : « Verbigracia el marido de la madre supuesta (véase el caso de la ley 3, § 7, *De carboniano edicto*, D. 37. 10), el verdadero padre ó madre, los que son ó pueden ser llamados á una herencia ó fideicomiso, en que les obste la maternidad putativa, etc. ».

Dicho artículo 330 fué redactado por el señor Bello asi : « La *maternidad*, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podia ser impugnada *por todo el que tenga interés actual ó eventual en ello, y ofreciere probar falso parto, ó suplantación del pretendido hijo al verdadero* ».

La primera parte de la nota que el autor del Proyecto puso á este artículo, vino á ser el texto de los numerales 1° y 2° del artículo 293 del Código de Chile, ó sea del 335 del Código colombiano.

[2] V., sin embargo, el comentario del artículo 306.

[3] Cód. ch., art. 296.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

en nuestro concepto, que el de extinguir en los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto ó de suplantación, los derechos que la ley reconoce en favor de los padres y demás parientes del hijo, de modo que, tratándose de esos derechos, quedan en la condición de extraños respecto del hijo objeto del fraude; en consecuencia, el padre perderá su condición de legitimario en la sucesión de aquél; pero no va más allá el texto : en él no se declara incapaz al padre de recibir los alimentos, donaciones, herencias ó legados con que el hijo voluntariamente quiera favorecerle, como podría hacerlo con un extraño. En otros términos, si en el padre cómplice del fraude se acaban los derechos que concede la ley sobre las personas y sobre los bienes del hijo, éste no pierde la facultad de favorecerlo, ya conservando las disposiciones hechas en favor del padre antes de que se descubriera el fraude, ya por medio de otras posteriores á tal descubrimiento[1].

§ 2.° *¿Dentro de qué plazos puede impugnarse la materniaad?*

605. En esta materia tenemos que distinguir según que se trata de los supuestos ó verdaderos padres, por una parte, ó de terceros interesados, por otra.

1.°) Al tenor del

ART. 336. Las personas designadas en el artículo precedente no podrán impugnar la maternidad, después de trascurridos diez años, contados desde la fecha del parto.

Con todo, en el caso de salir inopinadamente á luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir ó revivir la acción anterior por un bienio contado desde la revelación justificada del hecho[2].

Según esto, la acción de los padres supuestos ó verdaderos prescribe, por regla general, en diez años, al cabo de los cuales un padre no podría reclamar á su hijo atribuído falsamente á otros. Pero creemos que sobre esta disposición

[1] V. los artículos 737 y 738 del Código Penal.
[2] Cód. ch., art. 294.

prevalece la del artículo 406 cuyos términos son categóricos y enérgicos, aparte de que sancionan el principio según el cual el estado de las personas no se cambia por el transcurso del tiempo. Dicho artículo 406 está concebido así : « Ni prescripción, ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse á quien se presente como verdadero padre ó madre del que pasa por hijo de otros, ó como verdadero hijo del padre ó madre que le desconoce ».

Mas como esta disposición no se refiere á los supuestos padre ó madre que quieran excluír de su familia á una persona que indebidamente pasa por hijo de ellos, ó sea al caso del numeral 1° del artículo 335, tendremos que respecto de tales personas la acción prescribe en diez años contados desde la fecha del parto, con la salvedad contenida en el inciso 2° del artículo 336. En cuanto á los verdaderos padre ó madre que quieran reclamar al hijo, y en cuanto al hijo mismo que desee pedir el reconocimiento, pueden hacerlo en cualquier tiempo.

606. 2.°) Acerca de la acción de los terceros que pueden reclamar porque la maternidad putativa los perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria ó abintestato de los supuestos padre ó madre, dice el artículo 337 en sus incisos 2° y 3° :

Esta acción expirará á los sesenta días contados desde aquel en que el actor haya sabido el fallecimiento de dichos padre ó madre.

Trascurridos dos años no podrá alegarse ignorancia del fallecimiento.

Nos parece que este plazo es demasiado corto, y que de ello puede originarse el desconocimiento de legítimos derechos; basta suponer que los interesados no conozcan la suposición de parto sino después de transcurridos los sesenta días contados desde que supieron el fallecimiento del supuesto padre ó madre.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

TÍTULO XIX.°

De la habilitación de edad[1].

607. El artículo **339** define la habilitación de edad en los términos siguientes :

ART. 339. La *habilitación de edad* es un privilegio concedido á un menor para que pueda ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, excepto aquellos actos ú obligaciones de que una ley expresa le declare incapaz[2].

La habilitación de edad pone al menor que la obtiene en una situación excepcional respecto del estado de incapacidad en que normalmente se encuentra. El Código la llama *privilegio* porque, efectivamente, es una gracia que, derogando el derecho común, se otorga á los menores que tienen las condiciones especiales requeridas por la ley.

Sobre la incapacidad del menor hemos hablado ya en el comentario del artículo **301**, que se refiere á los actos ejecutados por un hijo de familia sin autorización de su padre y hemos dicho que el artículo **1504** declara absolutamente incapaces á los impúberes, y también incapaces, pero no de una manera absoluta, á los menores adultos. Cuando expliquemos esta última disposición determinaremos hasta dónde se extiende, en el estado normal de las cosas, la dicha incapacidad del menor.

Concuerda con el artículo **339** lo dicho en el inciso **2°** del artículo **34**, según el cual : « Las expresiones *mayor de edad* ó *mayor*, empleadas en las leyes comprenden á los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente á éstos ».

En obsequio de la claridad trataremos la materia del

[1] Sobre este título dice el señor *Bello :* « La habilitación de edad y sus efectos se han sometido á reglas que tienen mucho de nuevo ».

[2] Cód. ch., art. 297.

título 19 en tres parágrafos : 1° de las diferentes clases de habilitación de edad; 2° por quiénes y cómo puede obtenerse habilitación judicial; 3° de los efectos de la habilitación de edad.

§ 1.° *De las diferentes clases de habilitación de edad.*

608. El Código reconoce dos clases de habilitación de edad : una concedida de pleno derecho por la ley, ó sea la habilitación legal, y otra otorgada por el magistrado competente, ó sea la habilitación judicial. De ambas tratan los incisos 1° y 2°, respectivamente, del

ART. 340. Los varones casados que han cumplido diez y ocho años, obtienen habilitación de edad por el ministerio de la ley.

En los demás casos la habilitación de edad es otorgada por el competente magistrado, á petición del menor[1].

1.°) Se refiere el inciso 1° á los *varones* únicamente, porque las mujeres que se casan caen bajo la potestad del marido, que es quien les administra sus bienes. Ha creído, por otra parte, el legislador que si el varón ha de atender á los deberes que como jefe de familia tiene en virtud del matrimonio, necesita obtener la capacidad civil de ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de edad y de que, por ley especial, no se le declare inhábil. En toda habilitación de edad es indispensable que quien la obtenga haya salido de la patria potestad (art. **341**). Por el matrimonio, como ya sabemos (art. **314**, numeral **2°**) se efectúa la emancipación legal, y, en consecuencia, el casado mayor de diez y ocho años obtiene por este solo hecho, simultáneamente, el beneficio de la emancipación y el privilegio de la habilitación de edad.

609. 2.°) Fuera de este caso especial, en todos los demás no puede otorgarse sino por el juez y á petición del interesado, porque, tratándose de un beneficio personal, ningún otro sino él puede solicitarlo. Hemos visto, sin embargo,

[1] Cód. ch., art. 298.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

que, de acuerdo con el artículo 294, el hijo de familia se considera como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional ó industrial. Lo propio y para la misma clase de bienes se aplica, según el artículo 528, al menor que está bajo curaduría.

§ 2.° *¿Por quiénes y cómo puede obtenèrse habilitación judicial?*

610. 1.°) La primera de estas cuestiones la resuelve el

ART. 341. No pueden obtener habilitación de edad por el magistrado las mujeres que viven bajo potestad marital, aunque estén separadas de bienes; ni los hijos de familia; ni los menores de diez y ocho años, aunque hayan sido emancipados [1].

Las mujeres que están bajo potestad marital no pueden obtener habilitación de edad, y en el caso de simple separación de bienes, la mujer menor de edad no podrá nunca administrar sus bienes. La mujer, sin embargo, queda también emancipada por el matrimonio; en el artículo 314-2°, la expresión hijo comprende ambos sexos. Que el matrimonio no confiera *ipso jure* habilitación á la mujer, se explica muy bien, puesto que en el régimen normal de la sociedad conyugal, el marido administra los bienes de su esposa; pero si hay separación de bienes, total ó parcial, ya no aparece tan de manifiesto el motivo que justifique la situación desfavorable en que se coloca á la mujer; será preciso darle curador conforme al inciso 1° del artículo 208[2], y la intervención de un tercero, en materia de intereses, nos parece que tiene más inconvenientes que la habilitación de edad de la mujer.

Como en virtud del divorcio la mujer sale de la potestad marital, una vez decretado aquél, la mujer divorciada podrá ser habilitada de edad como puede serlo una soltera emancipada, puesto que ya no queda comprendida entre las personas á quienes la ley no permite conceder tal beneficio.

[1] Cód. ch., art. 299.
[2] V. también, el artículo 439, inc. 3.°

No pueden tampoco obtener habilitación de edad los hijos de familia, porque los derechos que tiene el padre sobre los bienes del hijo son incompatibles con los derechos que sobre los mismos bienes adquiere el menor merced á la habilitación.

Los menores de diez y ocho años, aunque hayan salido de la patria potestad por algunos de los varios medios de emancipación que la ley reconoce, no pueden solicitar del juez que los habilite, porque se supone que no han alcanzado todavía el discernimiento necesario para el acertado manejo de sus negocios.

611. 2.°) Acerca del procedimiento que debe seguirse, es preciso tener en cuenta lo establecido en el artículo 342 del Código Civil y en los artículos 1417 á 1422 del Código Judicial, relativos á la habilitación de edad. Según el citado

ART. 342. No podrá el magistrado conceder la habilitación de edad, sin haber oído sobre ello á los parientes del menor que la solicita, á su curador y al defensor de menores [1].

Por su parte el Código Judicial dice que el juez competente para conocer de estos juicios es del circuito de la residencia del menor, y que éste debe acompañar á su solicitud: 1° la partida de su nacimiento ó la prueba suficiente de su edad; 2° la prueba de que es apto para manejar con provecho y por sí mismo sus intereses, y de la necesidad ó conveniencia de la habilitación; y 3° un informe sobre estas dos últimas circunstancias dado por el Consejo municipal del lugar del domicilio del menor. Además, el juez deberá oír á dos de los parientes más cercanos del menor que sean aptos para comparecer en juicio, á su curador, si el menor tuviere parientes [2] y curador, y al respectivo Agente del Ministerio público. Si se concediere la habilitación, deberá publicarse en el periódico oficial del lugar por tres veces consecutivas la resolución del juez, especialmente por lo que pueda con-

[1] Cód. ch., art. 300.
[2] V. acerca de los parientes, lo dicho en el artículo 61 del Código Civil.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

venir á terceros, no menos que al menor mismo á quien se ha otorgado dicho privilegio[1].

§ 3.º *De los efectos de la habilitación de edad.*

612. Ya sabemos que, por regla general, el habilitado de edad puede ejecutar válidamente todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años. Las excepciones á esta regla las enumera el

ART. 345. El menor habilitado de edad no podrá enajenar ó hipotecar sus bienes raíces, ni aprobar las cuentas de su tutor ó curador, sin autorización judicial; ni se concederá esta autorización sin conocimiento de causa.

La enajenación de dichos bienes raíces, autorizada por el juez, se hará en pública subasta[2].

El legislador considera los bienes raíces como el elemento más importante y más estable del patrimonio; cuando quiere proteger á las personas de capacidad relativa, ya se trate de los menores bajo patria potestad ó bajo tutela ó curaduría, ya de las mujeres casadas, impide la libre disposición de los inmuebles. Animado de este mismo espíritu, aplica la restricción aun al habilitado de edad porque, siendo la habilitación una excepción justificada sólo por motivos de necesidad ó de conveniencia en casos especiales, ha parecido conveniente no dejar al menor habilitado sin protección contra el abuso que podía hacer de la capacidad que se le concede. Si en algún caso extremo fuere absolutamente necesario disponer de los bienes raíces, ello podrá hacerse como el mismo Código lo indica, ó sea con permiso del juez dado con conocimiento de causa y siempre que la enajenación se haga en pública subasta, á fin de provocar, con la concurrencia de posturas, una venta en los mejores términos posibles. La hipoteca, como lo veremos en el título respectivo del Libro IV, es, en cierto modo, un principio de enajenación, y, en todo caso, compromete muy seriamente el dominio de los in-

[1] V. los artículos 1417 á 1422 del Código Judicial citados. La Ley chilena de 13 de Agosto de 1859 determina el procedimiento que en dicho país se sigue para obtener la habilitación judicial.

[2] Cód. ch., art. 303.

muebles hipotecados; de aquí la restricción impuesta sobre el particular al menor habilitado de edad. Téngase en cuenta, eso sí, que para la legítima constitución de la hipoteca en estos casos basta el permiso judicial dado con conocimiento de causa, pues, por la naturaleza misma de aquel gravamen, la subasta no es posible.

En cuanto á la prohibición de aprobar sin permiso del juez las cuentas de su tutor ó curador, el legislador ha considerado al hacerla, el ascendiente que el guardador puede conservar sobre el pupilo, y la circunstancia de que el curador ha tenido que intervenir en el juicio sobre habilitación, lo cual menoscaba la libertad moral del menor respecto de aquél. Además, si el menor habilitado de edad tuviera capacidad suficiente para aprobar las cuentas de su curador, sería de temer que curadores poco escrupulosos hicieran pedir la habilitación de edad por sus pupilos precisamente con el objeto de obtener con más facilidad aprobación de sus cuentas. Se habla aquí del *tutor,* porque, si bien es cierto que no puede obtener habilitación de edad sino el menor adulto mayor de diez y ocho años, es posible que se haya retardado la rendición de las cuentas de quien desempeñó la tutela. Por lo demás, la doctrina del artículo 345 concuerda con la del 511, según el cual la cuenta que de su administración rinda el tutor ó curador, no quedará cerrada, si la administración se transfiere al mismo pupilo habilitado de edad, sino con aprobación judicial, oído el respectivo defensor.

Á las anteriores incapacidades del menor habilitado deben agregarse las establecidas por los artículos 588 y 1329, según los cuales no pueden ser tutores, curadores ni albaceas.

613. No es exacta la fórmula de que los habilitados de edad pueden ejecutar actos de administración pero no de dominio[1]. Los únicos actos de esta última clase que les están prohibidos son los de que habla el artículo 365 : enajenar é hipotecar bienes raíces[2]. Pero pueden disponer libremente de

[1] Chacón, t. 1, p. 284.

[2] Conforme al artículo 15 del Código de Comercio : « Los menores y los hijos de familia pueden ejercer el comercio en todos los casos en que, conforme al Código Civil, salen de la curatela ó son emancipados, y obtienen la libre ad-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

sus bienes muebles, de cualquier clase y valor, aun para donarlos, arrendar los bienes raíces por cualquier tiempo, ser fiador, etc., actos todos que no son de mera administración. Por otra parte, la aprobación de cuentas es un acto de administración, y hemos visto que el menor habilitado de edad no puede aprobar las de su tutor ó curador.

El menor habilitado de edad puede libremente comparecer en juicio[1].

614. Según el

ART. 343. La habilitación de edad pone fin á la curaduría del menor[2].

Esto es evidente, porque lo que se desea obtener con la habilitación es la capacidad civil para el menor de administrar, sin el ministerio de un tercero, sus propios bienes. La disposición de este artículo está de acuerdo con la del 525 perteneciente al título 26 del Libro I : « Al menor que ha obtenido habilitación de edad no puede darse curador. Ninguna de las disposiciones de este título lo comprende ».

615. Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el

ART. 344. Esta habilitación no se extiende á los derechos políticos[3].

Tal disposición es aquí innecesaria, porque el Código Civil no se ocupa sino de los *derechos civiles;* y puede llegar á no ser exacta, por que el legislador al reglamentar otros ramos bien puede conferir á la habilitación de edad efectos en el orden político.

ministración de sus bienes. Asimismo pueden, en el ejercicio del comercio, *gravar de cualquier modo* sus bienes propios, y los de su mujer no separada. »

[1] V. Código Judicial, art. 308.
[2] Cód. ch., art. 301.
[3] Cód. ch., art. 302.

TÍTULO XX.º

De las pruebas del estado civil.

CAPÍTULO I.º

DISPOSICIONES PRELIMINARES.

616. Los artículos 346 y 392 á 406 de este Código reproducen el título XVII del Código de Chile[1]. Las demás disposiciones, ó sean los artículos 347 á 391 y 407 á 410, son obra del legislador colombiano. La Ley 57 de 1887 (art. 22), la 153 del mismo año (art. 79), la 35 de 1888 (art. 17 y 18), la 95 de 1890 (art. 2º) y la 34 de 1892 (art. 22 y 23) han adicionado, del modo que adelante veremos, las disposiciones del Código sobre las pruebas del estado civil[2].

El *estado civil* de una persona es la posición que ocupa en la familia y en la sociedad y de la cual se derivan para ella derechos y obligaciones civiles. En dicha situación entran varios elementos : la existencia física, que da la personalidad, el sexo, la condición de nacional ó de extranjero, el estado de casado ó de soltero, de padre ó de hijo, etc.

El Código define el estado civil así :

ART. 346. El *estado civil* es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles[3].

Esta definición es, como varias otras ya criticadas, inútil en un Código, que no es obra didáctica y en el cual no se deben dar sino las definiciones necesarias para la inteligencia de las disposiciones imperativas del legislador. Además, la del artículo 346 es defectuosa, pues, fuera de que no es clara,

[1] No se reprodujo el artículo 305, pero en el fondo equivale al 347 del Código colombiano.
[2] Véase en el número 67 de esta obra lo dicho acerca del efecto retroactivo de las leyes sobre el estado civil.
[3] Cód. ch., art. 304.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

parece significar que el estado civil es una sola calidad, y en rigor es más bien un conjunto de calidades.

617. Según el

ART. 347. Dicha calidad deberá constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado[1].

Á pesar de la generalidad de esta expresión, no todos los hechos que interesan al estado civil constan en los respectivos registros. Así la nacionalidad y los hechos que pueden modificarla, no constan en aquéllos, por lo menos en Colombia.

Por otra parte, esta disposición, como vamos á verlo, ha sido virtualmente modificada por leyes posteriores que admiten como pruebas del estado civil las certificaciones de los curas párrocos.

Los hechos que más interesan al estado civil son el nacimiento, con el cual comienza la personalidad del hombre y que determina además su filiación, su situación en la familia; el matrimonio, que crea una nueva situación jurídica con derechos y obligaciones especiales, y la muerte, que pone fin á la personalidad.

Tan importante es la determinación de la época y de las circunstancias en que suceden estos hechos, que no se puede abandonar á los particulares el cuidado de asegurar su prueba. Por eso se han establecido registros especiales confiados á funcionarios públicos.

618. ¿Quiénes son en Colombia los que tienen este encargo? Á tal pregunta responde el

ART. 348. Los notarios públicos en los Estados y en los Territorios, ó los funcionarios llamados á sustituírlos, son los encargados de llevar el estado civil de las personas.

Lo que en este título se dice de los notarios, es aplicable á los que deben llenar sus funciones en los territorios.

Evidentemente hubo una omisión en el primer inciso de este artículo, como quiera que debió escribirse « encargados de llevar el registro del estado civil de las personas », y no

[1] V. Cód. ch., art. 305.

como en el texto aparece. Por lo demás, dicha disposición concuerda con la del artículo 2275, según el cual, « corresponde también al notario llevar y custodiar el registro del estado civil de las personas en los términos prevenidos en el título 20, libro I de este Código ».

619. Sin embargo, como antes de establecerse el registro del estado civil las anotaciones respectivas se llevaban por los curas párrocos, el Código dispuso en el artículo 409 lo siguiente :

ART. 409. Cuando para comprobar hechos referentes al estado civil de las personas, anteriores al 1° de Septiembre de 1853, se necesitare copia de las partidas de nacimiento ó bautismo, de defunción ó matrimonio inscritos en los libros que llevaban al efecto los ministros del culto católico, antes de aquella fecha, los prefectos[1] pueden disponer, á solicitud de parte, que se exhiban tales libros para compulsar el testimonio ó copia que se solicita, valiéndose, con este fin, de los apremios legales.

620. Reconocida en 1887 la validez, para los efectos civiles, del matrimonio católico, el artículo 22 de la Ley 57 de aquel año dijo :

Se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, ó matrimonios, ó defunciones de personas bautizadas, ó casadas, ó muertas en el seno de la Iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas ó partidas existentes en los libros parroquiales. Tales pruebas quedan sujetas á ser rechazadas ó redargüidas y suplidas en los mismos casos y términos que aquellas á que se contrae este título, á las cuales se las asimila. La ley señala á los referidos párrocos, por derecho de las certificaciones que expidieren conforme á este artículo, ochenta centavos por cada certificación, sin incluír el valor del papel sellado, que será de cargo de los interesados.

Los libros parroquiales no podrán ser examinados por orden de la autoridad civil sino á virtud de mandamiento judicial, para verificar determinado punto sometido á controversia, en los mismos casos en que las leyes facultan á los jueces para decretar la inspección parcial de los libros de las notarías públicas[2].

[1] Lo que se dice en el Código respecto del prefecto á corregidor debe entenderse hoy del juez.

[2] Esta disposición se encuentra en algunos de los Códigos de los antiguos Estados de la Unión colombiana. V. el Código Civil del Estado Soberano de Antioquia, art. 434.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

621. Esta disposición fué confirmada, en lo que se refiere á la prueba del matrimonio, por el artículo 79 de la ley 157 de 1887, concebido así :

Respecto de matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo y que deban surtir efectos civiles conforme á la presente Ley y á la 57 de 1887, se tendrán como pruebas principales las de origen eclesiástico, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 22 de la misma Ley 57.

Los dos últimos artículos transcritos dicen que « se tendrán y admitirán como pruebas *principales* » las certificaciones que con las formalidades legales expidan los sacerdotes párrocos, insertando las actas ó partidas existentes en los libros parroquiales. Creemos que al emplear la expresión *principales*, no se quiso relegar á la condición de supletoria la prueba que resulta de los registros civiles, sino dar á ambas igual valor probatorio, por lo menos cuando una de ellas se presente aisladamente[1]. ¿Pero qué debe decidirse si hay desacuerdo entre uno y otro registro? Esta cuestión se resuelve, á nuestro modo de ver, por una distinción. En lo que se refiere al matrimonio, el certificado parroquial prevalece, ya porque el matrimonio católico prefiere sobre el civil, ya porque cuando sólo se ha efectuado el primero, á la autoridad eclesiástica es á la que toca autorizarlo, y, en consecuencia, hacerlo constar con todas sus circunstancias. Por el contrario, cuando se trate de nacimiento ó defunción, deberá darse la preferencia al registro civil, cuyo objeto directo es consignar estos acontecimientos y las circunstancias de ellos que se relacionan con el derecho.

El artículo 17 del Concordato (Ley 35 de 1888) dijo : « ... El acto de la celebración (del matrimonio católico) será presenciado por el funcionario que la Ley determine, con el solo objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, á no ser que se trate de matrimonio *in articulo mortis*, caso en el cual podrá prescindirse de esta formalidad si no fuere fácil llenarla y reemplazarse por pruebas supletorias. Es de cargo de los contrayentes practicar las diligencias relativas á la intervención del funcionario civil

[1] V. G. J. V. 163, 1 y 2; IV, 164-1.

para el registro, limitándose la acción del párroco á hacerles oportunamente presente la obligación que la Ley civil les impone ».

Por otra parte, el artículo 18 de la misma Ley 35 de 1888 dispuso que « Respecto de matrimonios celebrados *en cualquier tiempo* de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento y que deban surtir efectos civiles, se admiten *de preferencia* como pruebas *supletorias* las de origen eclesiástico ».

Es obvio que tratándose de matrimonio religioso debe ocurrirse á las actas que lleve la autoridad eclesiástica, y aun en caso de conflicto ó divergencia entre el acta del registro parroquial y la que debería extender el funcionario civil conforme al artículo 17 precitado, natural es dar la preferencia al registro parroquial, salvo que se pruebe el error. Parece, pues, que está demás la expresión del texto anterior. Por otra parte, hemos visto que el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 admite las certificaciones de los curas párrocos como pruebas *principales* del estado civil. En el espíritu de los redactores del Concordato no estuvo ciertamente el disminuír el valor probatorio de las actas eclesiásticas. Concluímos, en consecuencia, que para probar un matrimonio católico la certificación del párroco prefiere no sólo sobre las pruebas supletorias del registro civil, sino también sobre el registro mismo, suponiendo que se haya cumplido con la formalidad del artículo 17 del Concordato, lo que, en la práctica, no se hace.

622. El artículo 2º de la Ley 95 de 1890 determinó los funcionarios que deben presenciar la celebración del matrimonio católico con el objeto de inscribirlo en el registro civil :

Para el efecto del artículo 17 del convenio con la Santa Sede aprobado por la Ley 35 de 1888, señálase el notario público, en los lugares en que lo hubiere, y en los demás el secretario del consejo municipal, como el empleado que debe verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil de que allí se trata.

El Gobierno acordará con la autoridad eclesiástica la manera de llevar á efecto esta disposición.

623. Por último, la convención adicional al Concordato

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

(Ley 34 de 1892) estableció, en sus artículos 22 y 23, lo siguiente :

Para mejor proveer á ciertas necesidades especiales en lo civil, los párrocos y demás eclesiásticos encargados de llevar ó custodiar los libros en que se registran los actos relativos á los nacimientos, matrimonios y defunciones, pasarán cada seis meses á la autoridad ó empleados que designe el Gobierno de Colombia, copia auténtica de dichos asientos; pero estas copias no servirán de pruebas, sino en caso de pérdida ó de adulteración de los libros parroquiales. En la copia no se incluirán los actos ó partidas que, conforme á las disposiciones de la Iglesia, deben ser reservados (art. 22).

El Gobierno suministrará á los párrocos los modelos ó *esqueletos*, para tener mayor facilidad y uniformidad en el trabajo (art. 23).

Fuera del importante papel que en estas materias corresponde á la Iglesia en todo país católico[1], se ha tenido sin duda en cuenta que en un territorio tan vasto y tan poco poblado como el de Colombia, es difícil establecer en todas partes la redacción regular de registro del estado civil, y se comprende muy bien que en muchas poblaciones pequeñas el cura sea la persona más hábil para llevar tales libros. Además no es fácil obligar á los interesados á rendir al funcionario del estado civil las declaraciones necesarias, las cuales hacen al contrario, por lo general, de buen grado al cura, para cumplir con sus deberes religiosos. Con razón, pues, se ha dado singular importancia á los registros parroquiales que, en virtud del carácter del párroco, ofrecen garantías especiales.

624. Creemos, sin embargo, que en esta materia queda mucho por hacer, al menos para que se obtengan resultados *prácticos* satisfactorios. Toca al Poder Ejecutivo, por medio de circulares y de decretos reglamentarios, procurar que se lleven ordenada y uniformemente los registros del estado civil. Quizá lo mejor sería crear para esto oficiales ó empleados que, como se ha hecho en Chile (Ley de 17 de Julio de

[1] Al clero se debe, en rigor, la institución de las actas del estado civil, llevadas en Europa desde la Edad media por los párrocos con el objeto de comprobar los bautismos, matrimonios y sepulturas eclesiásticos. Más tarde, las autoridades civiles dictaron ordenanzas y leyes para obligar á los ciudadanos á que hiciesen ante funcionarios públicos especiales las declaraciones relativas á nacimientos, matrimonios y defunciones.

1884), no tuviesen otras funciones, en los grandes centros que las de llevar estos registros y de verificar las investigaciones correspondientes. No menos necesario es hacer efectiva la sanción legal respecto de las personas que están obligadas á dar las correspondientes declaraciones.

625. El artículo 349 enumera las distintas clases de inscripciones que deben hacerse en el registro :

ART. 349. En dicho registro se asentarán :
1.º Los nacimientos;
2.º Las defunciones;
3.º Los matrimonios;
4.º El reconocimiento de hijos naturales; y
5.º Las adopciones[1].

Aun cuando el reconocimiento de los hijos naturales y las adopciones no tienen la importancia de los hechos de que tratan los tres primeros numerales del artículo 349, también interesan al estado civil : del propio modo que el nacimiento sirven para determinar la filiación.

También deberían inscribirse en el registro del estado civil las sentencias ejecutoriadas en que se declara la nulidad del matrimonio ó se decreta el divorcio de los cónyuges, y las sentencias sobre declaración de muerte por desaparecimiento, como quiera que todo ello modifica el estado de las personas. Quizá convendría hacer lo propio, en cuanto interesa á terceros, con algunos actos relativos más bien á la capacidad que al estado civil, tales como las escrituras de emancipación y las sentencias sobre interdicción judicial.

Para estudiar la materia de este título seguiremos el orden del Código, bien que no nos parece el más adecuado. Creemos que habría sido preferible consignar en primer lugar las reglas generales de los registros, y después las especiales de cada clase de ellos. Lógico hubiera sido exponer las reglas generales y después las excepciones. Además, en el capítulo 7º, que contiene las disposiciones generales, hay ciertas reglas que estarían mejor colocadas en los capítulos relativos á cada clase de registros.

[1] Como se desprende de los artículos 366 y 408, debe llevarse un sexto registro, el de legitimaciones.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

CAPÍTULO II.º

REGISTRO DE NACIMIENTOS.

626. Cuando nace un individuo, importa que quede constancia de la fecha del nacimiento, el sexo del recién nacido, quiénes son sus padres y el nombre que se le da y que servirá para determinar su identidad.

Tales son, en efecto, las circunstancias que el padre de familia en cuya casa se verifique un nacimiento, ó más generalmente el declarante cualquiera que sea, debe indicar al notario, según lo prescrito en el

ART. 351. Debe indicar al notario, en presencia de dos testigos : 1º qué día tuvo lugar el nacimiento; 2º el sexo y nombre del recién nacido; 3º quién es la madre y su estado, si la madre puede aparecer; 4º quién es el padre, si fuere conocido ó pudiere aparecer, y lo mismo quiénes son los abuelos, así paternos como maternos.

Sobre esta disposición conviene observar : 1º que debería indicarse también la hora en que tuvo lugar el nacimiento; pues en algunos casos esta circunstancia podrá ser muy importante; 2º que aun cuando en el texto se dice que deberá indicarse quién es el padre *si fuere conocido,* lo que parece comprender el caso de ilegitimidad, creemos que con las palabras « ó pudiere aparecer » se ha querido respetar el principio que prohibe la indagación de la paternidad; en virtud de tal principio la designación por el tercero declarante carece de valor : no debe indicarse el nombre del padre ilegítimo sino cuando éste consienta en ello y por declaración de él mismo, lo que equivale al reconocimiento. Acerca de la madre ilegítima nos parece también que la ley no impone la obligación de indicar quién sea, lo que, tratándose de un hijo adulterino ó incestuoso, y aun de un simple hijo natural en ciertos casos, podría ser de graves consecuencias por el escándalo que ello originase.

De observar es también que no se impone al notario el deber de reconocer personalmente la criatura ó de hacer otro género de averiguaciones para verificar la exactitud de lo

que se le declare, y de aquí el que los fraudes sean muy fáciles bien que no muy frecuentes.

Otras legislaciones disponen que en caso de inscripción del nacimiento de gemelos se indique, en lo posible, cuál ha nacido primero y que se extiendan sendas actas. Á falta de disposición especial, creemos que en Colombia podría adoptarse una práctica semejante.

627. ¿Quiénes están obligados á hacer la declaración?

1.º) El padre de familia en cuya casa se verificó el nacimiento, ya se trate de un hijo suyo, ya del hijo de otra persona. De esto habla el

ART. 350. En los territorios todo padre de familia, en cuya casa se verifique un nacimiento, está obligado á hacerlo presente al notario ó corregidor respectivo, á más tardar á los ocho días siguientes al del nacimiento de la persona.

2.º) Conforme al

ART. 352. La persona en cuya casa se exponga un recién nacido, está obligada á cumplir, en cuanto pueda, lo prescrito en los artículos anteriores.

Esto comprende así al jefe de un establecimiento público, un hospicio, por ejemplo, como al dueño de toda casa particular que recoja un recién nacido abandonado.

3.º) En tercer lugar, las personas de que trata el

ART. 385. Además de las personas indicadas en los artículos 350, 352, 356, 358, 359, 360 y 361, están también obligados á dar el aviso que en ellos se dispone, los parientes inmediatos del recién nacido ó del difunto en su caso, las comadronas, los ministros del culto, sacristanes, sepultureros, y demás personas que, por razón de su oficio ó profesión, hayan tenido conocimiento del nacimiento ó defunción de un individuo.

4.º) Y por último, al tenor del

ART. 386. Los agentes de policía que por cualquier motivo tengan noticia de que haya nacido ó muerto una persona en el distrito ó sección en que ellos ejercen su empleo, tienen el deber de dar por sí, ó hacer que se dé por quien corresponda, el aviso indicado al notario respectivo, ó al prefecto ó corregidor.

628. El artículo 387 prevé un caso especial :

ART. 387. Cuando se halle ausente de la cabecera de la prefectura ó corregimiento el notario, en ejercicio de las funciones de su empleo, se dará al

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

prefecto ó corregidor el aviso de que tratan los dos artículos que preceden; quien hará dar la sepultura, si se tratare de una defunción, y tomará los apuntamientos del caso, y los pasará al notario á su regreso, para que éste asiente la correspondiente partida en el registro respectivo.

629. Las obligaciones impuestas á las personas de que se ha hablado tienen su sanción en lo establecido por el

ART. 388. El prefecto ó corregidor vigilará en que se lleven fiel y cumplidamente los registros de nacimientos y defunciones, pudiendo con tal fin compeler á los individuos ó empleados públicos obligados á dar los avisos de que se trata en los precedentes artículos, con multas de uno á diez pesos, ó arrestos hasta por tres días para que cumplan con el deber que queda establecido.

630. La declaración deberá hacerse á más tardar á los ocho días siguientes al nacimiento de la persona, en el caso del artículo 350. No señala plazo la ley en los demás casos, lo que es de sentirse porque se hace poco menos que nugatoria la sanción correspondiente.

631. Recibida por el notario la declaración respectiva, en los casos normales, procederá como se prescribe en el

ART. 353. El notario extenderá el acta de nacimiento, la leerá á los interesados y testigos, y la firmarán todos. De dicha acta el notario dará gratis un certificado, si se le pidiere.

Firmarán los que saben, naturalmente; no se exige que los testigos sepan hacerlo.

632. Cuando el nacimiento se verifique en un viaje, se observará lo dispuesto en el

ART. 355. Si el nacimiento tiene lugar en un viaje ó en un lugar en donde la madre no tiene su domicilio, extendida el acta de nacimiento, deberá el notario ante quien se extienda, pasar una copia al prefecto ó corregidor respectivo, para que por su conducto se dirija al notario del domicilio de la madre, á fin de que se copie en el registro de nacimiento y se archive el acta remitida.

633. El artículo 89 del Código de Comercio marítimo enumera entre las atribuciones del Capitán de naves colombianas la de « levantar actas de nacimiento y de muerte en alta mar, é inscribirlas á continuación del rol de la tripulación », y según el numeral 8° del artículo 99 del mismo Código :

« Concluído el viaje, el Capitán está obligado á poner en manos del Capitán del puerto á que llegue copias autorizadas de las actas de nacimiento ó muerte, para que las pase al funcionario encargado del registro respectivo.

« En los puertos de arribada ó escala entregará las copias indicadas al Cónsul colombiano, para que éste las remita á la secretaría (hoy ministerio) de guerra y marina, con el objeto mencionado en el precedente inciso. »

634. Es obvia la siguiente disposición del

ART. 354. La muerte del recién nacido antes de hacerse la manifestación del nacimiento, no exime de la obligación de hacer poner las actas correspondientes en los registros de nacimiento y de defunción.

Natural es que así se establezca, porque desde que el niño nace vivo es una persona que goza de derechos civiles, para la transmisión de los cuales importa que se registre tanto el nacimiento como la defunción.

CAPÍTULO III.°

REGISTRO DE DEFUNCIONES.

635. Con la muerte de una persona se abre su sucesión y se defiere á los herederos que en ese momento tenía. Además, los derechos vitalicios de que gozaba desaparecen con ella desde el momento de la muerte. Por esto, importa dejar constancia, con precisión, de las defunciones, lo que también interesa desde el punto de vista de la estadística.

636. La ley exige que los notarios dejen constancia en el registro del estado civil de las circunstancias enumeradas por el

ART. 357. El notario extenderá en el respectivo registro y en presencia de dos testigos, un acta en que se expresará : 1° El nombre y apellido del muerto; 2° El día y la hora en que hubiere acaecido la muerte, y si ésta ha sido natural ó violenta; 3° La edad, el domicilio y el estado del muerto, expresándose el nombre del cónyuge, si hubiere sido casado; 4° El nombre y

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

apellido del padre y de la madre del muerto, si fueren conocidos; 5º Si testó ó nó, cómo y ante quién.

Los parientes ó vecinos, ó las personas que conciernan al finado, servirán de testigos con preferencia.

637. ¿Quiénes están en el deber de dar á la autoridad noticia de las muertes que ocurran?

1.º) El padre de familia en cuya casa muera alguna persona. Así lo prescribe el

ART. 356. En los territorios el padre de familia en cuya casa muera alguna persona, lo participará al notario dentro de treinta días.

Insuficiente es la prescripción de éste artículo, en el supuesto de que la casa esté habitada sólo por mujeres ó esté ausente el padre. Claro es que la obligación debe imponerse á todos los habitantes de la misma casa, y en su defecto á los vecinos.

2.º) Los individuos de que trata el

ART. 358. Cualquiera persona que encuentre un cadáver fuera de habitación, ó en una casa que no tenga habitantes ni vecinos, tiene la obligación de dar el aviso de que trata el artículo 356, ya sea al notario, juez-notario, ó á cualquier agente de policía, para que éste lo haga al notario respectivo.

3.º) Las personas enumeradas en el

ART. 359. En el caso de muerte de alguna persona, en una comunidad, hospital, cuartel, cárcel ú otro establecimiento semejante, dará cuenta de ella al notario, para que se extienda el acta de la defunción, el jefe, director ó administrador del establecimiento.

4.º) Si la muerte ocurre á bordo de un buque que navegue en aguas colombianas, se tendrá en cuenta el

ART. 360. En caso de muerte á bordo de un buque que navegue en aguas que corresponden á la Unión, será obligación del que mande el buque, dar aviso á la autoridad política del primer punto de la Unión á donde el buque llegue, á fin de que por dicha autoridad política se prevenga al registrador existente en el lugar en que la misma autoridad resida, que proceda á extender el acta de defunción en el correspondiente registro.

Ya se ha visto (n. **633**) que el Código de Comercio marítimo impone á los capitanes de buques colombianos el deber de levantar actas de las defunciones que ocurran á bordo

y en alta mar y así como la obligación de entregar copias autorizadas de dichas actas al Capitán del puerto ó al Cónsul colombiano, á fin de que lleguen al funcionario del registro civil.

5.º) En caso de que la muerte ocurra en campaña ó en algún combate, deberá procederse como se indica en el

ART. 361. Respecto de los que murieren en campaña ó en algún combate ó encuentro, es obligación del general, jefe ú oficial que mande en jefe, ó de cualquiera que tenga el mando de la tropa, si el jefe, comandante ú oficial estuviere al servicio de la Unión, dar noticia al notario respectivo de las muertes ocurridas en las fuerzas que mande alguno de ellos, para que este funcionario pueda asentar las actas correspondientes en el registro de defunciones.

El artículo 1140 del Código Militar dice que, tanto por el interés de las familias como por la regularidad del estado civil, los beligerantes deben comunicarse las listas de los muertos caídos en su poder, y que, en consecuencia, no debe, ni aun en el campo de batalla, procederse á la inhumación de un enemigo muerto, sin conservar su libreto ó sus papeles, y sin recoger, en defecto de esto, el número ó nombre de su batallón y de su compañía, así como los otros indicios que puedan establecer su identidad.

6.º) Además, según los artículos **385** y **386**, arriba transcritos, tienen asimismo obligación de dar á la autoridad respectiva oportuno aviso de las muertes que ocurran, los parientes inmediatos del difunto, los ministros del culto, sacristanes, sepultureros y demás personas que, por razón de su ministerio ó de su profesión, hayan tenido noticia del fallecimiento de un individuo; y lo propio se dice respecto de los agentes de policía que hayan adquirido igual conocimiento. En cuanto á los ministros del culto católico, ya que se admiten como pruebas del estado civil los registros parroquiales que, en copia auténtica, deben pasar cada seis meses á la autoridad civil, ha quedado insubsistente la obligación á que se refiere el artículo **385**.

638. Los avisos de que se ha hablado deberán darse dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento de la persona, en el caso del artículo **356**. En los demás casos, la ley

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

en esto, como en materia de nacimientos, no señala ningún plazo.

639. Hemos visto (art. 388) que la autoridad puede castigar á los empleados públicos y á los individuos obligados á dar el aviso de una defunción con multas de uno á diez pesos, ó arresto hasta por tres días, por la omisión de tal deber. En los artículos **362** y **363** se establece además :

ART. 362. Los notarios y prefectos ó corregidores-notarios, darán á los interesados una boleta en que conste que se ha hecho la inscripción de la partida de defunción de que se trata, para que aquéllos la presenten al director ó portero del cementerio donde deba hacerse la inhumación del cadáver.

ART. 363. En ningún cementerio, sea público ó privado, se dará sepultura á ningún cadáver sin que se haya presentado al portero ó sepulturero la boleta de que habla el artículo anterior.

Los que contravengan á esta disposición serán penados por el corregidor ó prefecto respectivo con multas de uno á diez pesos, ó arresto de uno á tres días.

640. En las ordenanzas ó códigos de policía existen en cada departamento disposiciones precautelativas contra las inhumaciones precipitadas ó tardías, según el clima del lugar en donde ocurre la muerte y la enfermedad ó causa de aquélla.

CAPÍTULO IV.º

REGISTRO DE MATRIMONIOS.

641. Como se ha dicho (art. **137**), el juez ante quien se celebre un matrimonio civil debe extender un acta de la celebración y enviarla inmediatamente al notario respectivo para que la protocolice y compulse una copia á los interesados. El notario procede entonces como se indica en el

ART. 364. El corregidor en los territorios ante quien se celebre un matrimonio, tiene obligación de pasar al notario respectivo el expediente creado para celebrar el contrato, y el notario, antes de protocolizarlo, como se previene en el artículo 137 de este Código, extenderá en el registro de matrimonios el acta correspondiente, en la cual se expresará :

1.º La fecha del contrato;

2.º El nombre del funcionario que lo autorizó;

3.º El de los contrayentes, su vecindad, edad; y [1]

4.º El nombre de los testigos que presenciaron el contrato. Esta acta será firmada solamente por el notario.

Si el mismo corregidor hiciere las veces de notario, allí mismo, en su oficina, se registrará el acta del matrimonio y se protocolizará el expediente.

Cuando se trate de un matrimonio católico, el notario debe, conforme al artículo 17 de la Ley 35 de 1888 presenciar el acto con el fin de hacer la correspondiente anotación en el registro del estado civil.

642. Según el

ART. 365. Las actas de matrimonios celebrados por colombianos en alguno de los Estados de la Unión, ó en país extranjero, se copiarán íntegramente en el registro, y se autorizarán con la firma del notario, las de los contrayentes y dos testigos.

Sobre esta disposición cabe observar que rara vez podrá llevarse á efecto la parte final, ó sea el que las actas copiadas se autoricen por los contrayentes, que en muchos casos permanecerán en el país extranjero. Además, tal exigencia es inútil, pues bastará insertar en el registro la copia auténtica que envie el funcionario que autorizó el matrimonio.

643. Finalmente, de acuerdo con el

ART. 367. Cuando de un juicio civil ó criminal resulte la celebración legal de un matrimonio que no se hallare inserto en el registro, ó lo hubiere sido con inexactitud, se pondrá en él copia de la ejecutoria que servirá de prueba del matrimonio.

Suponemos que se quiso decir « copia de *la sentencia* ejecutoriada » en que se reconoce la celebración legal del matrimonio. Lo dispuesto en este artículo constituye una excepción á la regla general del **381**, que indica el procedimiento para insertar en el registro las actas del estado civil que se hayan omitido.

[1] V. G. J. IV, 294, 1.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

CAPÍTULO V.º

REGISTRO DE RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES.

644. El reconocimiento de un hijo natural puede efectuarse ya en el acta del nacimiento, ya en una escritura pública, ya en un acto testamentario, y también en virtud de acción judicial entablada por el hijo ó por quien legalmente tenga derecho á ello[1]. De cualquier modo que se verifique, el reconocimiento debería constar en el registro del estado civil; y en este capítulo se dice lo que debe hacerse en cada uno de los casos mencionados, menos cuando el reconocimiento se hace por acto testamentario.

645. 1.º) Según el

ART. 368. Cuando el padre reconozca un hijo natural en el acto del nacimiento, bastará que firme el acta de registro respectiva, en prueba del reconocimiento.

Observaremos que el texto habla de reconocimiento « en el *acto* del nacimiento », siendo así que debió decirse « en el *acta* de nacimiento ».

646. 2.º) Al reconocimiento por escritura pública se refiere el

ART. 369. El notario ó corregidor ante quien se otorgue una escritura de reconocimiento de un hijo natural, extenderá y firmará una acta en el registro, en que se exprese : la fecha de la escritura, el nombre de los otorgantes, el del hijo reconocido, su edad, el lugar donde nació y el nombre de los testigos instrumentales de la escritura.

Á la margen de la partida de nacimiento del hijo reconocido se pondrá una nota, citando la escritura de reconocimiento.

Si el nacimiento fué inscrito en otra notaría ó corregimiento diferente, el notario que autoriza el reconocimiento dará aviso á aquel en donde está registrado el nacimiento, para que se anote tal partida en los términos del inciso anterior.

647. 3.º) Finalmente, al tenor del

ART. 370. Cuando el reconocimiento fuere hecho á virtud de demanda judicial, el prefecto que conozca en el asunto lo avisará al notario respectivo para que extienda el acta en el registro.

[1] V. n. 571 y 578.

CAPÍTULO VI.º

REGISTRO DE ADOPCIONES.

648. De acuerdo con el

ART. 371. El notario ante quien se otorgue una escritura de adopción, extenderá y firmará una acta en el registro, en los mismos términos establecidos, para el caso de reconocimiento, en el artículo 369.

Aun cuando, según observamos al tratar de la adopción, esta no se practica, por lo cual el registro respectivo no existe, creemos que el legislador debió señalar entre las circunstancias que han de consignarse en el acta á que se refiere el artículo 371 los nombres y apellidos de los padres naturales del adoptado.

Apéndice. — Registro de legitimaciones.

649. Además de los cinco registros de que se ha hablado, los notarios deben llevar, para cumplir con lo dispuesto en los artículos 366 y 408, un registro de *legitimaciones*.

1.º) Según lo establecido en los artículos 238 y 239, el matrimonio de los padres legitima á los hijos que uno y otro hayan reconocido antes como hijos naturales de ambos y también á aquellos á quienes confieran este beneficio designándolos en el acta de matrimonio. En armonía con estas disposiciones dice el

ART. 366. Luégo que se celebre el matrimonio de personas que antes ó al tiempo de casarse hubiesen reconocido un hijo, se pondrá nota marginal de la legitimación de éste en el acta de su nacimiento, pero no podrá oponerse á su calidad de legitimado la falta de dicho requisito.

Y así deberá hacerse (art. 239, *in fine*) no sólo cuando el legitimado sea un hijo vivo, sino también con los que hayan muerto.

Dice el texto que á la calidad de legitimado del hijo no podrá oponerse la falta de la anotación prescrita en el mismo artículo 366, porque, en efecto, lo esencial en la legitima-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ción es el reconocimiento del hijo como natural, y el matrimonio posterior de los padres : comprobados estos hechos, la calidad de legitimado queda establecida indefectiblemente en favor del hijo.

650. 2.°) La legitimación puede hacerse también por medio de escritura pública en que los padres confieran ese beneficio á uno ó más hijos, determinándolos expresamente (art. 239). Cuando así suceda, se procederá, en cuanto al registro del estado civil, como se ordena en el

Art. 408. El notario ante quien se otorgue una escritura de legitimación de un hijo, conforme al Código Civil, extenderá y firmará una acta en el registro de legitimaciones, en que se exprese : la fecha de la escritura, nombre de los otorgantes, nombre del hijo legitimado, su edad y lugar donde nació, y nombre de los testigos instrumentales de la escritura.

Á la margen de la partida de nacimiento del legitimado se pondrá una nota citando la escritura de legitimación.

Si el nacimiento del legitimado fué inscrito en otra notaría diferente de la en que se otorga la legitimación, el notario que autoriza ésta dará aviso á aquel donde está registrado el nacimiento, para que se anote tal partida en los términos del inciso anterior.

CAPÍTULO VII.°

DISPOSICIONES GENERALES.

651. Este capítulo es el más importante de todos los del título 20, pero su redacción es confusa por falta de divisiones y de orden. Trataremos de exponer la materia con alguna mayor claridad, dividiéndola en siete secciones, así : 1ª de las reglas generales sobre los registros y redacción de las actas del estado civil; 2ª de la publicidad de los registros; 3ª de la fuerza probatoria de los registros; 4ª de los casos en que pueden emplearse otras pruebas distintas de los registros; 5ª de las actas del estado civil extendidas en país extranjero; 6ª de las omisiones y de las rectificaciones de los registros, y 7ª del efecto de los juicios sobre legitimidad y filiación.

Sección I. — Reglas generales sobre los registros y la redacción de las actas del estado civil.

652. Los registros del estado civil se llevan en un solo ejemplar, puesto que ninguna disposición prescribe que se lleven dos ó más. Sería sin embargo muy conveniente que fuesen por duplicado como se acostumbra en Francia é Italia y aun por triplicado, como se hace en Chile : uno de los ejemplares queda en poder del oficial del estado civil y el otro ó los otros se remiten á distintas oficinas, lo cual no sólo asegura la conservación de los registros, sino que permite, llegado el caso, verificar, por cotejo, la exactitud de cualquiera de ellos, dificultándo así las falsificaciones ó adulteraciones.

653. *A*. Examinaremos brevemente las disposiciones relativas á la forma de los *libros*.

Según el

Art. 383. Todos los registros del estado civil de las personas se conservarán en las oficinas de los notarios, á cuyo efecto los prefectos ó corregidores remitirán en el mes de Enero los que hayan formado y tengan á su cargo del año anterior.

Los notarios, jueces ó corregidores son responsables de toda alteración en los indicados registros.

654. De acuerdo con la parte final del texto anterior, se dispone en el artículo 384 lo siguiente :

Art. 384. Toda alteración ó falsificación de las actas del estado civil, todo asiento de éstas hecho en pliego suelto, ó de otro modo que no sea en los registros destinados á este fin, da derecho á los interesados para pedir la indemnización de los daños y perjuicios que sufran, sin perjuicio de la pena que contra el falsario se establece en el Código Penal[1].

655. Á fin de impedir toda sustitución, adición ó supresión de hojas, el artículo 389 dice :

Art. 389. Los registros del estado civil de las personas deben estar foliados y rubricados en cada foja por el prefecto, quien además pondrá al principio de ellos una nota que exprese el número de fojas que contiene cada uno, y la autorizará con su firma.

[1] V. los artículos 356 y siguientes del Código Penal.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

656. Con el objeto de hacer más fácilmente consultable el registro, se ordena en el

ART. 376. Al fin de cada libro se apartarán las fojas que se consideren suficientes para formar un índice alfabético de los nombres de las personas á que se refieren las partidas de cada registro con referencia á la página en que se encuentre inscrita. Este índice se llevará á la vez con el registro.

657. La disposición del artículo 378 tiende asimismo á evitar las interpolaciones en los registros :

ART. 378. Al fin de cada mes se pondrá una nota en los respectivos registros, expresiva del número de actas registradas. Esta nota será suscrita por el prefecto y notario respectivos.

658. Los artículos 390 y 391 no interesan sino á la estadística; así como algunas de las anteriores, son disposiciones más bien reglamentarias que legislativas :

ART. 390. En los primeros seis días de cada mes remitirán los notarios y jueces-notarios al prefecto un cuadro en que se exprese el número de nacidos, muertos, casados y legitimados que se hayan inscrito en los registros del estado civil, en el mes inmediatamente anterior, con expresión de *tantos* varones, *tantas* mujeres.

ART. 391. En todo el mes de Enero de cada año formarán los prefectos ó corregidores, y remitirán á la secretaría de lo interior y relaciones exteriores, para su publicación en el *Diario Oficial,* un cuadro que manifieste el movimiento de población que haya habido en cada uno de los territorios en el año inmediatamente anterior, conforme á los datos que han debido recibir, según lo establecido en el artículo anterior.

659. *B*. Veamos ahora las disposiciones que prescriben la manera como deben asentarse en los libros las actas del estado civil.

Al tenor del

ART. 372. Las actas de registro del estado civil se extenderán el mismo día en que se dé el aviso ó se tenga noticia del acontecimiento; se pondrán seguidas, sin dejar blancos entre ellas, sin abreviaturas ni números, y sin insertar nada que les sea extraño.

Esta regla, así como las de los artículos 389 y 378, tiene por objeto impedir toda alteración en las actas después de hechas las inscripciones respectivas.

660. Según el

ART. 373. Al frente de cada partida inscrita en los registros se pondrá, en caracteres notables, el nombre y apellido del recién nacido, muerto, contrayente ó legitimado, según el caso.

Disposición es esta más bien reglamentaria que legislativa y con la cual se ha querido facilitar la consulta de los registros.

661. En los términos del

ART. 374. Extendida el acta en el registro, se leerá por el notario á los interesados ó á sus representantes y á los testigos; se salvarán al pie del acta los errores, si los hubiére, y en seguida firmarán todos.

La parte final de la disposición parece significar que tanto los interesados como sus representantes y los testigos deben saber firmar; pero claro es que no puede observarse en tal sentido por ser indebida la exigencia respecto del declarante y en algunos casos respecto de los testigos. Debe entenderse, pues, que firmarán el acta todos los que sepan hacerlo.

Respecto de los testigos, conviene observar que la ley no exige para los que autorizan un acta del estado civil las condiciones especiales que deben reunir los testigos instrumentales en general; y como por otra parte no hay en el título 20, disposiciones sobre el particular, pueden en la práctica ocurrir dificultades.

Al notario se le impone la obligación de leer el acta antes de que la autoricen quienes deben hacerlo, pero no se le manda que haga constar en ella esta circunstancia, lo que sería una buena precaución.

De observar es también que ha podido suprimirse el artículo 353, que contiene, acerca de las actas de nacimiento, igual disposición á la que ahora comentamos.

662. Ninguna dificultad ofrecen los artículos 375 y 379, que basta reproducir :

ART. 375. Cuando se extienda una nueva acta que tenga relación con otra, se hará en el día de la fecha de la nueva acta, y no á la margen de la anterior.

ART. 379. Los poderes y demás documentos que deben estar unidos á las actas, se firmarán por el notario y los testigos, y se archivarán junto con los registros.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

663. Por último, el artículo 410 dice :

ART. 410. El registro del estado civil se llevará con arreglo á los modelos insertos á continuación de este Código.

Efectivamente, en las dos ediciones oficiales que se han publicado del Código Civil figuran los modelos á que el artículo 410 se refiere, pero únicamente para los registros de nacimientos, defunciones, matrimonios y legitimaciones. No se ha dado cumplimiento al artículo 22 de la convención adicional al Concordato (Ley 34 de 1892), según el cual el gobierno suministrará á los párrocos los modelos á *esqueletos* de los registros que, en copia auténtica, deben pasar cada seis meses á la respectiva autoridad civil.

664. Para uniformar los libros y las actas de registro, convendría, como se hace en Chile[1], que el ministerio de gobierno repartiese anualmente en la República libros adecuados á este objeto. En Francia se acostumbran desde 1875, además de los registros que llevan los funcionarios respectivos, las llamadas « libretas de familia », que se entregan gratuitamente á los esposos después de la celebración del matrimonio, y que guarda cada familia. En dichas libretas el oficial del estado civil inscribe, á medida que van ocurriendo, los diferentes hechos relativos al estado civil de los cónyuges ó de los hijos.

Sección II. — Publicidad de los registros.

665. Importa que los hombres en sus relaciones recíprocas puedan informarse con exactitud del estado civil de cada cual. El que desea celebrar un contrato con un adulto, tiene interés en saber si es ó no mayor de edad : de esto depende su capacidad. Asimismo, á quien contrate con una mujer le conviene saber si está casada ó no : en el primer caso necesitará la autorización del marido. Los registros en que consta el estado civil de las personas no deben, en consecuencia, ser secretos; es preciso que todo individuo pueda

[1] V. los artículos 1º y 2º del *Reglamento para la ejecución de las leyes de registro y de matrimonio civil* (24 de Octubre de 1884).

conocer el contenido de dichos registros no sólo en lo que interesa á su propio estado civil, sino también en lo que dicen relación al de cualquiera otro. Por eso dispone el

ART. 380. Cualquiera persona puede pedir certificaciones de dichas actas á los notarios, pagando veinte centavos por todo derecho.

El artículo 353 aplica esta regla á las actas de nacimiento con la diferencia de que el certificado se expide gratis.

Observaremos también que no se habla sino de una *certificación*, lo que implica que no se trata necesariamente de la copia literal del registro. El notario queda con facultad de redactar á su juicio tal certificación, y esto es ocasionado á errores y aun á fraudes.

Sección III. — De la fuerza probatoria de las actas del estado civil.

666. Las actas del estado civil son instrumentos auténticos, lo cual resulta de la definición que el artículo 1758 del Código Civil da del instrumento auténtico, y además, por argumentación *a fortiori*, del artículo 678 del Código Judicial, que confiere tal carácter á las certificaciones expedidas sobre el contenido de dichas actas[1].

667. El artículo 392 del Código Civil, refiriéndose á los registros de que se trata en el título 20, se expresa así :

ART. 392. Se presumirán la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, estando en la forma debida[2].

La autenticidad de un instrumento público se refiere al hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tal documento se exprese (art. 24, inc. 2º). Por *pureza* de un acta creemos que debe entenderse que no ha sido adulterada de ningún modo, ó sea con adiciones, sustituciones ó supresiones posteriores. El legislador *presume* que los registros del estado civil reunen estas dos condiciones cuando aquellos se encuentran en la *forma debida*, es decir, de acuerdo con las prescripciones

[1] V. este artículo en la nota del n. 109.
[2] Cód. ch., art. 306.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

del Código acerca de la teneduría de los libros, y de la redacción de las actas respectivas. Dicha presunción puede desvirtuarse (art. 66, inc. 2° y 3°) por prueba en contrario[1].

668. Según el

ART. 394. Los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres ú otras personas en los respectivos casos; pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes.

Podrán, pues, impugnarse, haciendo constar que fué falsa la declaración en el punto de que se trata[2].

Esta regla está de acuerdo con los principios generales en materia de instrumentos auténticos. Efectivamente, como el notario no verifica nada por sí mismo para cerciorarse de que son exactos los hechos de que dan cuenta los declarantes, ora se trate de un nacimiento, ora de una defunción, es claro que las actas respectivas no pueden atestiguar auténticamente sino la comparecencia de los declarantes, pero no la exactitud de sus dichos é informes. ¿Podrá atacarse el acta, considerada como instrumento auténtico demostrando la falsedad de su fecha, por ejemplo, y acusando al notario de complicidad con los interesados? Cuestión muy delicada es ésta que estudiaremos en su lugar debido, ó sea al tratar de la fuerza probatoria de los instrumentos públicos en general[3].

Observaremos, sí, que, cuando de matrimonio se trate, como lo que constituye el contrato es la declaración de ambos esposos en el sentido de que recíprocamente se aceptan como tales, la declaración hecha ante el juez hace plena fe para comprobar el matrimonio y ya se sabe que el notario no hace otra cosa que reproducir el acta sentada por el juez ante quien se celebró el contrato.

[1] V. la siguiente nota en lo tocante á lo dicho por el señor *Bello* sobre la disposición que comentamos.

[2] Cód. ch., art. 308. — *Bello :* « En una partida de bautismo se dice, por ejemplo, que tal niño es hijo de fulana. El redactor de la partida no puede hacer otra cosa que atenerse á la declaración de los padrinos, ó tal vez de alguien que se presentó como padre.

« Se puede atacar este documento, según el artículo 306 (392 del Código colombiano), alegando que ha sido introducido fraudulentamente en el libro ó registro correspondiente, ó que ha sido enmendado, interpolado, alterado en el libro ó registro.

« Se puede atacar según el artículo 307 (393 del Código colombiano), alegando que la persona cuyo bautismo se atestigua en la partida no es la misma que se presenta como tal.

« Y en fin, se puede atacar, según el artículo 308 (394), alegando que la declaración hecha por los padrinos ú otra persona fué falsa en cuanto á la verdadera filiación del bautismo. »

[3] Artículos 1759 y s. — V. G. J. IV, 294, 1.

669. Cualquiera que sea la fuerza probatoria que se reconozca á los registros del estado civil, es evidente que no prueban sino el estado de la persona á que se refieren. Por lo mismo, consideramos inútil el

ART. 393. Podrán rechazarse los antedichos documentos, aun cuando conste su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona á que el documento se refiere y la persona á quien se pretende aplicar[1].

Sección IV. — De los casos en que pueden emplearse pruebas distintas de los registros.

670. Los registros son la prueba normal para establecer la edad, el estado de casado, la paternidad y la filiación legítimas, la filiación ilegítima en caso de reconocimiento, la adopción y la muerte.

Cuando falten los registros, ¿cómo pueden probarse tales hechos? Esto nos lo dice el

ART. 395. La falta de los referidos documentos podrá suplirse en caso necesario por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil[2].

De este artículo parece deducirse que los medios de prueba indicados se admiten cualesquiera que sean las razones por las cuales falten los registros, y así se desprende también de la parte final del artículo 399 que se verá luego; pero creemos que debería exigirse á los interesados que demostrasen la imposibilidad en que se encuentran de presentar

[1] Cód. ch., art. 307. — V. la nota del artículo 394.

[2] Cód. ch., art. 309. — *Bello :* « Se echa de menos la partida de bautismo de A; pero se presenta un testamento en que B, casado con C, nombra á dicho A entre sus hijos legítimos, ó se hace constar por documentos que A fué reconocido como tal hijo en la partición de los bienes, y se le puso en posesión de ellos sin oposición ni contradicción. »

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

otros documentos, ya porque debido á un incendio hayan desaparecido los registros, ya porque con motivo de una guerra ú otra causa suficiente no se hayan puesto las partidas respectivas.

Examinemos las pruebas supletorias á que el texto se refiere :

671. 1.ª) *Otros documentos auténticos.* — ¿Cuáles serán estos documentos? Como no se extienden instrumentos auténticos á fin de establecer hechos para probar los cuales se han creado precisamente los registros del estado civil, aquéllos no pueden ser otros que los que, perteneciendo á la clase de los *auténticos*[1], mencionen incidentalmente el hecho que se trata de probar. Así, en un acto de compraventa que se hace constar por escritura pública se mencionan dos personas como casadas entre sí. Pero este es un medio poco seguro : los documentos auténticos no constituyen plena prueba sino en cuanto á los hechos que tienen por objeto atestiguar (la venta en el ejemplo citado) pero no en cuanto á las meras enunciaciones en ellos contenidas[2]. Tal prueba no tendría valor absoluto sino concurriendo las circunstancias siguientes : 1ª que en la escritura otorgada por dos personas que se pretenden marido y mujer constase que presentaron al notario un certificado de matrimonio, certificado que perdieron luego, y 2ª que los registros respectivos hayan sido destruídos más tarde. Sin duda que en tal caso la escritura de venta sería plena prueba del matrimonio, pero esta hipótesis no se realizará sino muy rara vez, por lo cual el legislador no ha limitado la prueba de que se trata á este caso únicamente. El ejemplo que el autor del proyecto del Código (y que hemos copiado en la nota del art. 393) puso á fin de fijar el alcance de esta disposición, explica con claridad á que clase de documentos quiso referirse.

Tratándose de pruebas supletorias, un documento privado, que el Código no admite, puede tener tanto valor como un documento auténtico : tal sucede con los registros y papeles domésticos de los ascendientes difuntos que, con mucha razón, admite el Código francés á falta de los registros del estado civil. De observar es, en efecto, que el legislador colombiano admite en esta materia la prueba por testigos y la por posesión de estado, mucho más inciertas que la prueba por escritura privada, en el caso de que se trata.

[1] V. los artículos 677 y 678 del Código Judicial.
[2] V. el artículo 1755 del Código Civil.

672. 2.ª) *Prueba por testigos.* — El Código exige que los declarantes hayan *presenciado* los hechos del estado civil que se quiere probar, y por consiguiente, los testigos de referencia no servirían para establecer la prueba legal requerida.

673. 3.ª) *Notoria posesión de un determinado estado civil.* — Para apreciar este medio de prueba, hay que distinguir los diferentes casos :

A. En lo tocante á la *adopción* y al *reconocimiento de hijos naturales* deben constar, para que puedan alegarse, en la forma debida : la posesión notoria de estado no puede suplir los documentos. La adopción y el reconocimiento no son meros hechos como el nacimiento y la muerte : son actos solemnes que no pueden existir jurídicamente sin el instrumento respectivo. Acerca de la primera, el artículo 280 dice expresamente que se debería hacer constar ante el respectivo notario otorgando la correspondiente escritura, « sin la cual no tendrá efecto la adopción ». Respecto de los hijos reconocidos como naturales, debe observarse que el Código no habla sino de posesión notoria del estado de hijo legítimo (art. 397). Por lo demás, el § 6º de la ley 153, sobre hijos legítimos no reconocidos solemnemente, no trata de posesión de estado.

Concluímos, en consecuencia, afirmando que la posesión de estado es inadmisible para probar la calidad de hijo adoptivo ó la de hijo ilegítimo, pero que sí lo es la prueba por testigos. Destruído por caso fortuito el registro de adopciones y el protocolo en que se encontraba la escritura de adopción, los interesados podrán sin duda invocar los testimonios de las personas que han autorizado dichos registro ó escritura.

B. En cuanto á las *defunciones,* tampoco puede hablarse de posesión de estado; no se comprende cuales serían los caracteres de la posesión del estado de difunto. Nos quedan, pues, el nacimiento y el matrimonio.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

674. *C.* 1.º) Respecto del *matrimonio* leemos en el

ART. 396. La posesión notoria del estado de matrimonio consiste, principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales; y en haber sido la mujer recibida en este carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio, en general[1].

En lugar de « relaciones domésticas sociales », debe leerse « domésticas *y* sociales », como dice el correspondiente artículo (**310**) del Código de Chile. Muchos códigos, y en particular el francés, han rechazado ó limitado á casos muy excepcionales esta prueba del matrimonio. En efecto, ella queda como constituída enteramente por los interesados. Dos extranjeros ó dos individuos de provincia vienen á radicarse en la capital : se presentan como marido y mujer, sin serlo; si observan buena conducta y si incidentalmente no se conoce su verdadero estado, todos los considerarán como si en realidad fuesen legítimos esposos : tendrán la posesión de estado de tales, y sus hijos podrán reclamar la de hijos legítimos. Cierto es que la circunstancia de que la mujer haya sido recibida en ese carácter por los deudos del marido asegura más, en la generalidad de los casos, la efectividad del supuesto estado de matrimonio, pero, ni siempre dará garantía absoluta, ni todos tendrán en el lugar en que fijen su residencia deudos que reconozcan á la mujer como esposa.

675. 2.º) *Nacimiento*. En materia de nacimiento, el registro sirve principalmente para determinar la edad y la filiación legítima.

La edad no es una circunstancia que pueda probarse por la posesión de estado. De aquí el

ART. 400. Cuando fuere necesario calificar la edad de un individuo, para la ejecución de actos ó ejercicio de cargos que requieran cierta edad, y no fuere posible hacerlo por documentos ó declaraciones que fijen la época de su nacimiento, se le atribuirá una edad media entre la mayor y la menor que parecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físico del individuo.

El prefecto ó corregidor, para establecer la edad, oirá el dictamen de facultativos ó de otras personas idóneas[2].

[1] Cód. ch., art. 310.

[2] Cód. ch., art. 314. — *Bello* : « ¿Se trata, por ejemplo, de saber si un individuo que ha sido nombrado tutor, ha cumplido ó no 25 años? El aspecto del individuo es como de 24 á 28 años. Se le presume de 26 y se le concede la tutela » (No se olvide que en Chile la mayor edad se fijó en los veinticinco años).

« Un individuo parece de edad como de 21 á 24 años. Á la edad de 25 años tiene derecho á un fideicomiso que no se le debe sino los cumple. Se le atribuye la edad de 23 años. Por consiguiente, no puede todavía reclamarlo; y si muere antes de cumplir los dos años que se presume le faltan, lo pierde. Esa regla no carece de inconvenientes, pero ¿cuál otra se le podrá sustituir? »

El legislador aplica expresamente el anterior artículo en el caso del 589, para determinar si una persona, por razón de su edad, puede ó no ser tutor ó curador.

676. Para establecer la filiación legítima hay que probar el matrimonio de los padres y la filiación. Suponiendo probado el primero, la filiación podrá demostrarse, á falta de la partida de nacimiento, por la posesión de estado, según el

ART. 397. La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tál, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese carácter á sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres[1].

Entre los romanos la posesión de estado se consideraba como constituída por tres elementos : *nomen, fama, tractatus*. Una persona tenía la posesión del estado de hijo cuando llevaba el apellido de su padre, cuando pasaba como tal en la familia y en la sociedad, cuando era tratado como hijo. El Código no habla sino del *tractatus* y de la *fama,* pero implícitamente comprende también el *apellido,* que es un elemento de importancia.

677. Las reglas de los artículos 398 y 399 son generales para toda prueba consistente en la notoria posesión del estado civil :

ART. 398. Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos, por lo menos[2].

Esta regla, dados sus términos tan absolutos, no nos parece justificable : de ella resulta que si los padres mueren cuando el hijo tiene sólo nueve años, éste no podrá probar su calidad de hijo legítimo por medio de la posesión de estado, á fin

[1] Cód. ch., art. 311.

[2] Cód. ch., art. 312.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

de reclamar su herencia. En tal materia, y ya que el artículo 399 es riguroso acerca de la clase de testimonios admisibles, debería dejarse al juez completa libertad de apreciación.

678. En efecto, el artículo 399 dice :

ART. 399. La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, ó la pérdida ó extravío del libro ó registro en que debiera encontrarse [1].

La prueba por posesión de estado es subsidiaria ó supletoria, y por lo mismo debe revestirse de las mayores garantías posibles. De aquí el que el legislador exija *un conjunto* de testimonios; que ellos sean *fidedignos*, atentida naturalmente la idoneidad y honorabilidad de las personas que declaren, y que establezcan la prueba de un modo *irrefragable*, en concepto del juez.

Sería, por tanto, inadmisible la prueba que quisiera presentarse invocando meramente la voz pública, la común fama.

678 *bis*. La confesión judicial es insuficiente para probar el estado civil, porque la ley no la admite y porque dicho estado no puede ser objeto de transacción, como terminantemente lo dice el artículo **2473** [2].

Sección V. — De las actas del estado civil extendidas en país extranjero.

679. Según hemos visto (ns. 106 s.), el artículo **21** consagra el principio de derecho internacional privado de que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados : *locus regit actum*. Por aplicación de este principio, el artículo **382** dispone :

ART. 382. Las actas de registro del estado civil, extendidas en otro de los Estados de la unión, ó en país extranjero, son válidas si se han llenado las formalidades requeridas en el Estado ó país donde se extendieren, ó si se han

[1] Cód. ch., art. 313.
[2] V. G. J. VIII, 115, 1, y 116, 2.

extendido observando las disposiciones del Código Civil, ante un agente diplomático ó consular de la unión.

1.°) En lugar de la expresión *son válidas,* que ordinariamente se contrapone á lo que es nulo, habría sido preferible decir que se admiten en Colombia, como pruebas del estado civil, las actas extendidas en país extranjero conforme á la ley local. Estas actas pueden aducirse como prueba no sólo respecto de colombianos, sino también de extranjeros.

Si se trata de un país en donde no existan los registros del estado civil, la disposición no puede aplicarse literalmente; pero el principio general, aunque formulado de una manera insuficiente, basta para decidir que podrán probarse los hechos ó los actos constitutivos del estado civil conforme á la ley del país extranjero en donde se han realizado.

680. Si los registros parroquiales de la Iglesia católica no se admiten como prueba en el país de que se trata, ¿podrán aducirse en Colombia respecto de los hechos que hayan sucedido en dicho país? Creemos que sí : el artículo **22** de la Ley 57 lo mismo que las disposiciones del Concordato sobre el particular, han reconocido fuerza de pruebas principales del estado civil á las certificaciones de los párrocos, y como la Iglesia católica es universal, los registros de la autoridad eclesiástica, debidamente autenticados, cualesquiera que sea el país en donde se lleven, se admitirán en Colombia como prueba del estado civil.

681. Interesa á todos los estados conocer los hechos que, cumplidos fuera de su territorio, conciernen á la persona y á la condición jurídica de sus nacionales. De aquí que el Código haya dispuesto en el artículo **365** que las actas de matrimonios celebrados por colombianos en país extranjero se copien íntegramente en el registro del estado civil, autorizadas en debida forma. Pero como no son menos interesantes las relativas á nacimientos y defunciones, debería disponerse otro tanto acerca de ellas.

¿Cómo podrá llevarse á cabo esta disposición cuando las actas respectivas se han extendido ante un funcionario extranjero? Ningún Estado tiene, mientras no se obligue por un pacto expreso, el deber de remitir á las autoridades de otro

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

copias de las actas del estado civil extendidas en él y relativas á nacionales de un soberano extranjero. Por esto en varios países de Europa se han celebrado en los últimos años convenios especiales para el canje internacional de las actas del estado civil. De esperarse es que la República celebrará también pactos de esta naturaleza.

682. 2.°) Como la regla *locus regit actum* es meramente facultativa, los colombianos residentes en país extranjero pueden dirigirse, prefiriéndolos á las autoridades locales, á los respectivos agentes diplomáticos ó consulares de Colombia, y en tal caso, como lo previene la parte final del artículo 382, se requiere para la validez de las actas que se hayan extendido observando las disposiciones del Código civil[1]. Pero para que pueda ocurrirse á los agentes diplomáticos ó consulares, es preciso que se trate de hechos ó de actos que interesen exclusivamente á colombianos : nacimiento de un hijo de padres colombianos, defunción de un colombiano, matrimonio entre colombianos. Si se trata de un acto que interese al propio tiempo á colombianos y á extranjeros, como un matrimonio entre colombiano y extranjera, el agente diplomático ó consular no será ya competente.

Sección VI. — De las omisiones y de las rectificaciones de los registros del estado civil.

683. Según el

ART. 381. En el caso de haberse omitido alguna partida en los registros, se admitirán las pruebas que sobre ello se dieren, y declaradas bastantes por el juez, se procederá á reparar la omisión, poniendo el acta en el lugar correspondiente á la fecha en que se extiende, y anotando su referencia á la margen del lugar en que fué omitida.

¿Qué debe entenderse en este artículo por *omisión?* ¿Cuándo podrá decirse que se ha omitido alguna partida en los registros? Lógicamente debería decidirse que hay omisión cuando la correspondiente partida no se ha inscrito á su debido tiempo. En caso de matrimonio, el artículo **137** dice que el

[1] V. los artículos 8°, numeral 8°, y 36, numeral 10 de la Ley 23 de 1866, orgánica del servicio diplomático y consular.

juez enviará inmediatamente el acta al notario, pero no se señala plazo. La cuestión de saber si ha habido omisión, será cuestión de hecho; en todo caso, nos parece que deberá ocurrirse al procedimiento del artículo **381** si se ha registrado ya otro matrimonio, de tal suerte que aparezca en el libro inscrito un matrimonio después de otro de fecha posterior.

En caso de reconocimiento de hijos naturales, cuando se hace ante notario, éste debe extender el acta el mismo día (arts. **369** y **372**). Cuando se verifica en virtud de demanda judicial, el juez tiene que avisar al notario, pero para esto no señala plazo la ley (art. **370**). Por tanto, la solución será la misma que hemos indicado para el registro de matrimonio. Finalmente, si el reconocimiento se hace en un testamento, el Código no exige que se extienda acta en el libro de que habla el capítulo 5°, omisión injustificable.

Nos queda por examinar lo relativo á los nacimientos y á las defunciones.

684. Las declaraciones sobre nacimiento tienen que hacerse por el padre de familia en cuya casa se verifique éste, dentro de los ocho días siguientes (art. **350**), y el acta debe extenderse el mismo día (art. **372**). La declaración acerca de una defunción debe hacerse antes de treinta días, contados desde la fecha de la muerte, cuando ocurre en una casa de familia. En estos casos, únicos para los cuales ha señalado términos la ley, habría sido lógico decidir que una vez transcurridos, hay omisión, y que es necesario ocurrir al juez para que pueda asentar la partida en el registro. Tal sería la solución si no tropezáramos con el

ART. 377. Cuando se pretenda el registro de un nacimiento ó de una muerte que se han verificado un año antes, es preciso que los interesados comprueben el hecho con dos testigos, que lo afirmen ante el notario, bajo juramento, y que den noticia exacta de la fecha, ó por lo menos del mes y año en que aconteció.

De esta disposición resulta que pueden inscribirse nacimientos y defunciones durante un año después de que hayan ocurrido, sin otras formalidades que las ordinarias; y expirado ese término, no es preciso ocurrir al juez : basta que dos testigos declaren bajo juramento ante el mismo notario.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Como el artículo 381 es general, y el 377 especial, este último deberá aplicarse de preferencia. Como quiera que sea, existe oposición entre el artículo 377 y los que señalan plazos para las declaraciones de nacimientos y muertes : bastaba el artículo 381 que indica el modo de reparar las omisiones.

685. El mismo sistema se sigue cuando es necesario rectificar el registro con motivo de errores ó equivocaciones en las actas. De acuerdo con el

ART. 407. Cuando en una acta se haya cometido alguna equivocación ó algún error que no se salvó en los términos del artículo 374, se ocurrirá al juez, para que con audiencia de los interesados se corrija la equivocación ó se subsane el error. Si recayere un fallo favorable, se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo á la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo además ponerse nota á la margen del acta reformada. La certificación sólo perjudicará á las partes que hubieren sido oídas en el juicio.

¿Qué cosa es *error?* ¿Qué debe entenderse por *equivocación?* Creemos que por errores se entienden aquí los *lapsus cálami,* los errores materiales ó caligráficos (art. 374), y por equivocaciones todas las demás clases de errores que miren al fondo de las cosas.

Pero, ¿cómo podrá probarse el error ó la equivocación? Será preciso tener en cuenta la naturaleza de la enunciación en que se hayan cometido uno ú otra; según que se trate de una afirmación de las partes ó de los declarantes, ó de lo que emane del mismo notario acerca de lo que haya presenciado, será más ó menos difícil aducir la prueba. En tal caso, como lo dice la parte final del artículo, el fallo[1] sólo perjudicará á las partes que hubieren sido oídas en el juicio. Aplicación es esta del principio según el cual una sentencia no produce efectos sino entre los litigantes que la han obtenido : *res inter alios judicata aliis nec nocere nec prodesse potest.*

Sin embargo, á este principio se hace excepción en los fallos sobre legitimidad y filiación, como vamos á verlo, en la siguiente sección.

[1] El texto emplea el término impropio de *certificación.*

Sección VII. — Del efecto de los juicios sobre legitimidad y filiación.

686. La regla según la cual las sentencias no producen efecto sino entre las personas que hayan sido partes en la litis, tiene inconvenientes cuando se trata de juicios sobre el estado civil y especialmente sobre legitimidad. De su aplicación puede resultar, en efecto, que un individuo tenga un estado respecto de ciertas personas y diverso respecto de otras. Así, supongamos que un hijo reclame la calidad de legítimo para con su padre, y que un fallo lo declare tal; si sus hermanos no intervinieron en el juicio, tendrían el derecho de negarle su legitimidad, y se necesitaría otro juicio igualmente favorable para que adquiriese la calidad de legítimo con relación á dichos hermanos. Como no sería imposible que el juez resolviese en opuesto sentido, el hijo no tendría entonces la calidad de hermano legítimo respecto de los demás hijos legítimos de su legítimo padre.

Estos inconvenientes determinaron al legislador á establecer la regla consignada en el

ART. 401. El fallo judicial que declara verdadera ó falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente á los efectos que dicha legitimidad acarrea.

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera ó falsa una maternidad que se impugna[1].

Sobre la anterior disposición conviene observar que no es este el lugar que le corresponde : no se refiere directamente á los registros del estado civil. Posible es que haya motivo para rectificar los registros, que sirvan de prueba inatacable ó que admitan prueba contra su contenido : poco importa, la acción se refiere directamente á una cuestión de ilegitimidad, y en consecuencia debería tratarse en el título 10 ó presentarse la regla como excepción á la general sobre efecto de las sentencias[2].

[1] Cód. ch., art. 315. — *Bello :* « L. 20, §° *Otro si decimos que si alguno se razona por fijo,* tit. 22, p. 3ª; l. 1, §° fin. et l. 2, *de agnoscendis liberis* (D. 25. 3), etc.

[2] Con la regla del inciso 1° del artículo 401, armoniza lo prescrito en el 854

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

687. En cuanto al alcance de la disposición, conviene advertir que no se aplica á todo juicio sobre el estado civil, sino á los juicios sobre legitimidad y sobre filiación ilegítima. Por consiguiente, siendo así que la interpretación restrictiva se impone en materia excepcional, dedúcese que la regla general se aplica en los demás fallos sobre el estado civil.

El inciso 2º que se aplicará sobre todo en cuanto á la maternidad ilegítima, no habla de la paternidad porque no se permite la averiguación de ella.

688. Por lo que hace á la regla principal misma, hemos visto las razones que la justifican, pero no está exenta de inconvenientes : la justicia humana es falible ; puede el juez haber incurrido en error, y aun cuando á una persona que no figure en el juicio le sea posible demostrar dicho error, estará obligada á aceptar el fallo dictado sin audiencia suya.

689. Á este propósito se ha establecido la regla excepcional del

ART. 406. Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse á quien se presente como verdadero padre ó madre del que pasa por hijo de otros, ó como verdadero hijo del padre ó madre que le desconoce[1].

Según este artículo, si una sentencia ha declarado que Juan es hijo legítimo de determinadas personas, tal fallo no será obstáculo para que otros individuos lo reclamen como hijo de ellos. Si logran una decisión favorable, resultará que el hijo tendrá legalmente dos padres y dos madres, puesto que una sentencia no puede destruír otra con relación á personas que no han intervenido en el juicio; la segunda sentencia no puede oponerse á los que han obtenido en su favor la primera. La ley acepta en este caso las consecuencias de la regla á pesar de que repugna menos todavía que el hijo pudiese tener el carácter de legítimo respecto de determinados parientes y de ilegítimo acerca de otros.

Sin embargo, conforme al espíritu de la ley, podrá evi-

del Código Judicial, que dice : « La sentencia pronunciada en juicio de filiación entre padre é hijo, aprovechará ó perjudicará á los parientes, aunque no hayan tomado parte en el juicio ».

[1] Cód. ch., art. 320, inc. 1.º

tarse el inconviente señalado citando para que se apersonen en el segundo juicio á los individuos en cuyo favor se ha sentenciado en el primero. Una vez admitido que la cosa juzgada no puede oponerse á los que reclaman como suyo un hijo declarado judicialmente de otros, preciso es concluír que la segunda sentencia podrá, respecto de estos últimos, infirmar la primera, con tal de que pueda oponérseles por haber figurado como partes en el juicio.

Parece deducirse de la parte final del artículo que, á pesar de que en la sentencia se haya declarado la filiación legítima de un hijo respecto de ciertas personas, él mismo podrá intentar acción para que se le declare hijo de otras, y, en semejante ocurrencia, si no se cita á los que, por un fallo anterior, han sido declarados padres, también, si el segundo fallo es favorable, tendrá el hijo legalmente la calidad de legítimo con relación á dos padres ó á dos madres.

En este último caso tendríamos una excepción en opuesto sentido á la regla general. El hijo habría figurado en el juicio en que le han atribuído determinados padres : hay cosa juzgada respecto de él.

Sin embargo, en tal evento, y en virtud de la restricción hecha en el texto con la frase « entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado », se desprende que si el hijo fué parte en el primer juicio, no podrá intentar nueva acción. Pero como no se concibe que se atribuya una filiación á una persona sin que haya intervenido en el juicio, resulta que respecto del hijo que se presenta como hijo del padre ó madre que le desconoce[1], el texto se reduce á la cuestión de prescripción.

El correspondiente artículo del Código de Chile (**320**) tiene un segundo inciso concebido así : « Lo cual se entenderá sin perjuicio de los artículos **284** y **288**, inc. **2.º** » (artículos **70** y **74**, inc. **2º** de la Ley **153** de **1887**), disposiciones que, como sabemos, consagran el principio de que la paternidad ilegítima sólo puede indagarse por la confesión del padre, y presumirse por su silencio después de repetida la citación para

[1] Lo propio creemos que debe decirse aunque los padres que reclama el hijo no lo desconozcan.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

que comparezca á declarar si pudiendo, no comparece; y de que no se permite á un hijo ilegítimo intentar acción por alimentos, contra su madre si ésta fuere mujer casada.

690. Además, para que los fallos sobre legitimidad y filiación de que se trata en el artículo 401 produzcan los efectos de que en él se habla es necesario que concurran las circunstancias enumeradas en el

ART. 402. Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario :

1.° Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada ;

2.° Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor;

3.° Que no haya habido colusión en el juicio [1].

1.°) Una sentencia produce excepción de cosa juzgada cuando contra ella no hay lugar á recurso de apelación ni de casación, ni que deba ser consultada, y aquella que, aunque apelable, no haya sido apelada dentro del término legal [2].

691. 2.°) En realidad, á nuestro modo de ver, ordinariamente cualquiera interesado es legítimo contradictor. Pero, para el caso á que nos estamos refiriendo, el inciso 1° del artículo 403 indica qué debe entenderse por tal :

ART. 403 [3]. Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, ó el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, ó la madre contra el hijo.

692. El inciso 2° agrega :

Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.

Creemos que se trata del que tenga la posesión del estado de padre; es posible, efectivamente, que el padre no sea quien pasa por tal, y no se conozca; ¿cómo exigir entonces que

[1] Cód. ch., art. 316. — Al numeral 2° de este artículo le puso el señor *Bello* la siguiente nota : « Vinn. Partit. lib. 4, C. 47. » Y al numeral 3° esta : « Ley 20, tit. 22, p. 3ª, v. *Fueras ende si aquellos,* Ll. 2, 3, *de collusione detegenda* (D. 46 16). »

[2] V. el artículo 827 del Código Judicial.

[3] Cód. ch., art. 317.

intervenga? Si esta intervención fuera posible siempre, el artículo 406 no tendría aplicación en cuanto al padre.

693. Si ambos padres ó uno de ellos falleciere antes de la sentencia, en tal caso se aplicará lo que se dispone en la parte final del

ART. 404. Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia ; y el fallo pronunciado á favor ó en contra de cualquiera de ellos, aprovecha ó perjudica á los coherederos que, citados, no comparecieron [1].

694. 3.°) Se llama *colusión* el acuerdo fraudulento entre las partes que figuran en un litigio, con el fin de obtener un fallo injusto y falso. Así, en el caso de que tratamos, habría colusión si dos individuos se entendieran para hacerse declarar padre é hijo respectivamente, sin serlo.

La sentencia no valdría, pero á los interesados toca probar la colusión, lo que muchas veces será imposible.

695. Según el

ART. 405. La prueba de colusión en el juicio no es admisible sino dentro de los cinco años subsiguientes á la sentencia [2].

No nos explicamos por qué se ha señalado un término de prescripción tan corto, en un caso en que aquellos á quienes trata de combatirse no son acreedores á ningún favor, puesto que han cometido fraude. Posible es que los parientes del supuesto hijo no conozcan la sentencia y que su interés en atacarla no principie sino después de los cinco años : en consecuencia, perderán su derecho sin haber podido ejercitarlo.

[1] Cód. ch., art. 318.

[2] Cód. ch., art. 319. — *Bello*, L. 2, *de collus.* (D. 46. 16).

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

TÍTULO XXI.°

De los alimentos que se deben por ley á ciertas personas.

696. Los individuos de una misma familia tienen el deber moral de ayudarse y socorrerse en sus necesidades. Cuando un miembro de familia no tiene medios de subsistencia, sobre los demás pesa la obligación de darle lo necesario para que pueda atender á la conservación de la vida. La ley ha sancionado esta obligación moral, convirtiéndola así en obligación jurídica, entre cónyuges y entre próximos parientes.

Trataremos en cinco secciones la materia del título 21, así : 1° ¿á quiénes se deben alimentos; 2° qué orden de preferencia se ha de seguir cuando varias personas deben alimentos á otra; 3° cómo se determina la cuantía y la forma de los alimentos; 4° consecuencias del carácter de la deuda alimenticia; 5° cuándo cesa la obligación de dar alimentos?

Sección I. — ¿Á quiénes se deben alimentos?

697. Conforme al

ART. 411. Se deben alimentos ;
1.° Al cónyuge;
2.° Á los descendientes legítimos;
3.° Á los ascendientes legítimos;
4.° Á la mujer divorciada sin culpa suya;
5.° Á los hijos naturales y á su posteridad legítima;
6.° Á los padres naturales;
7.° Á los hijos adoptivos;
8.° Á los padres adoptantes;
9.° Á los hermanos legítimos ;
10.° Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida ó revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos á las personas aquí designadas, en los casos en que una ley se los niegue [1].

[1] Cód. ch., art. 321. — Nótese la diferencia de redacción.

Como se ve, el legislador pone en primer término al cónyuge, con quien, por el hecho del matrimonio se contrae el vínculo más estrecho y por consiguiente la obligación primordial de atender á su subsistencia. Esta obligación estaba consignada ya de una manera especial en el artículo 179, y puede decirse que ocupa un lugar aparte entre todas las demás porque nace, no de los vínculos de parentesco naturales, sino de un contrato libremente consentido por los interesados.

Dejando aparte el cónyuge, y también el donatario cuya situación es especialísima, la obligación de suministrar alimentos pesa naturalmente sobre los descendientes : deben conservar la vida á los padres de quienes la recibieron y quienes los alimentaron y educaron hasta que pudieran subsistir de su trabajo. Los ascendientes también deben alimentos aun á sus hijos adultos, fuera de la obligación más estrecha que les impone la ley para con ellos hasta que estén educados [1], porque por el hecho de dar la vida á miembros de la sociedad humana, se contrae la obligación de conservársela.

Más difícil es encontrar la base de la obligación alimenticia entre hermanos. Muchas legislaciones, como la francesa, no la imponen. Tampoco existía en el primitivo proyecto de D. Andrés Bello [2].

698. El numeral 4° que se refiere á la mujer divorciada sin culpa suya, quedaba comprendido en el 1°, que habla del cónyuge en general, y el hecho de haber introducido esta disposición especial, parece demostrar que el legislador sólo quiso establecer la obligación alimenticia de que trata el numeral 1° citado para el caso normal del matrimonio; y como en el numeral 4° sólo habla de la mujer divorciada sin culpa suya, debe admitirse que en el estado de separación de los cónyuges por causa de divorcio no gozan del derecho á alimentos ni la mujer divorciada por culpa suya ni el marido en ningún caso, aunque no haya dado lugar al divorcio. No nos parece justificable la excepción establecida en contra

[1] V. el artículo 257.
[2] V. el artículo 360 de tal Proyecto.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

del marido inocente que carezca de medios de subsistencia[1]. El Código de Chile no la contiene[2].

699. Por otra parte, resulta del numeral 5º que no se deben alimentos á los descendientes naturales de los hijos también naturales. El hijo natural no es pariente de los padres de sus padres. Dedúcese asimismo del numeral 5º que aun cuando los padres naturales deben alimentos á los descendientes legítimos de sus hijos, no se ha admitido la recíproca.

700. En cuanto al numeral 10º, debe observarse que la ley exige que la donación haya sido *cuantiosa,* y que no se haya rescindido ó revocado. Lo cuantioso de la donación será siempre relativo, y tocará al juez apreciarlo según las circunstancias pecuniarias del donante al tiempo de verificarse el acto.

Concuerda con lo establecido en el numeral á que nos referimos lo dispuesto en el artículo 1465, según el cual : « El que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo podrá en todo tiempo obligar al donatario á que, de los bienes donados ó de los suyos propios, le asigne á este efecto, á título de propiedad ó de usufructo vitalicio, lo que se estimare competente habida consideración á los bienes donados. »

Dice el artículo 411 que la acción del donante se dirigirá contra el donatario. No vemos la utilidad de esta disposición y no menos innecesario nos parece el último inciso, pues es claro que cuando una ley especial le niega á alguna de las personas enumeradas el derecho á alimentos, no podrá ya reclamarlos.

701. Además de las personas mencionadas en el texto, hemos visto que, según los artículos 66 y 74 de la ley 153 de 1887, el hijo simplemente ilegítimo puede reclamar alimentos de su padre y de su madre siempre que ésta no sea mujer casada. Igual derecho se concede á la madre respecto del

[1] V. también el artículo 166 que confirma la anterior doctrina.

[2] Se observará que no armoniza la anterior interpretación con la que refiriéndonos á los numerales 1º y 4º del artículo 411 dimos en el número 341. Un estudio más detenido de la cuestión nos ha inducido á adoptar como más probable la que ahora consignamos.

hijo ilegítimo, pero no al padre (art. 77 de la misma ley).

702. Finalmente, al tenor del artículo 36 de la Ley 30 de 1888,

> El hombre que habiéndose casado civilmente, se case luégo con otra mujer con arreglo á los ritos de la religión católica, es obligado á suministrar alimentos congruos á la primera mujer y á los hijos habidos en ella, mientras ésta no se case católicamente.

Disposición es ésta dictada por la equidad en cuanto á la mujer, á quien se reconoce un derecho no obstante que el matrimonio civil se disuelva por el matrimonio católico posterior. Respecto de los hijos, es de extrañar la regla, porque claro es que los concebidos antes de la celebración del matrimonio católico son legítimos, como expresamente lo reconoce el artículo 35 de esta misma ley, y en virtud de esta calidad tienen derecho á reclamar alimentos de su padre, en todo caso. No puede creerse que el legislador haya querido quitar á los hijos los derechos que tienen respecto de su padre, por el solo hecho de que la madre ha vuelto á casarse después de que el primer matrimonio ha sido disuelto por un acto voluntario del padre mismo : la consecuencia sería que de hecho el segundo marido cargaría con los gastos de alimentación de los hijos del primero. Indudablemente lo que el legislador quiso decir fué que sólo se deberían alimentos á la primera mujer « mientras *ésta* no se case católicamente ». La redacción fué mala sin duda, pero, á pesar del tenor literal de las palabras, creemos que no debe tomarse sino en el último sentido indicado.

703. Podría suprimirse por innecesario el

> Art. 412. Las reglas generales á que está sujeta la prestación de alimentos, son las siguientes; sin perjuicio de las disposiciones especiales que contiene este Código respecto de ciertas personas[1].

Tan cierto es esto que, á pesar de no hablarse sino del Código Civil, toda excepción que se encuentre en una ley especial modificará los principios generales, por ejemplo las reglas especiales de la Ley 153 ya citadas. Por lo demás,

[1] Cód. ch., art. 322.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pueden verse los artículos 166, 179, 205, 253, 257 á 261, 268 y 1796 del Código relativos á la prestación de alimentos.

704. El artículo 315, que concierne á los que, por muerte civil, han quedado legalmente incapacitados para ejercer el derecho de propiedad, como sucede en Chile, no tiene razón de ser en el Código colombiano, que no reconoce dicha muerte civil :

ART. 415. Los incapaces de ejercer el derecho de propiedad no lo son para recibir alimentos [1].

Incapaces de ejercer el derecho de propiedad, *como los religiosos,* decía el proyecto [2].

705. Según el

ART. 427. Las disposiciones de este título no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento ó por donación entre vivos ; acerca de las cuales deberá estarse á la voluntad del testador ó donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo [3].

Efectivamente, el título 21 no trata como su rúbrica misma lo dice, sino « de los alimentos *que se deben por ley* á ciertas personas », y no de los *voluntarios*, que pueden proceder, bien de un acto entre vivos, como la donación, ó de contrato, ó bien de una disposición testamentaria.

Sección II. — ¿Qué orden debe seguirse cuando varias personas deben alimentos á otra?

706. El artículo 416 indica el orden que debe seguirse cuando varias personas deben alimentos á otra, y establece al efecto seis categorías : la 1ª comprende al donante ; la 2ª al cónyuge ; la 3ª á los descendientes legítimos y naturales ; la 4ª á los descendientes legítimos y naturales ; la 5ª á los padres é hijos adoptivos ; la 6ª á los hermanos legítimos :

ART. 416. El que para pedir alimentos reúna varios títulos de los expresados en el artículo 411, sólo podrá hacer uso de uno de ellos, observando el siguiente orden de preferencia :

[1] Cód. ch., art. 325. — *Bello*, Arg. Castillo, libro 8, cap. 5, n. 1.
[2] V. el artículo 365.
[3] Cód. ch., art. 337.

En primer lugar, el que tenga según el inciso 10.°
En segundo, el que tenga según los incisos 1° y 4.°
En tercero, el que tenga según los incisos 2° y 5.°
En cuarto, el que tenga según los incisos 3° y 6.°
En quinto, el que tenga según los incisos 7° y 8.°
El del inciso 9° no tendrá lugar sino á falta de todos los otros.
Entre varios ascendientes y descendientes debe recurrirse á los de próximo grado.
Sólo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse á otro [1].

Como se ve, no se puede hacer uso sino de uno de los títulos expresados en el artículo 411, porque, como las pensiones alimenticias tienen por objeto conservar la vida del alimentario, satisfecha que sea esta necesidad por uno cualesquiera de los que deben alimentos, no se justificaría que se obtuviesen al propio tiempo de otro.

Cuando la ley dice que no puede ocurrirse á un título sino en caso de insuficiencia de otro, ha querido evitar acumulaciones indebidas, al propio tiempo que no gravar á las personas que, en razón de la preferencia legal, no están obligadas á prestar alimentos sino á falta de otras ó de que éstas no tengan absolutamente como prestar los alimentos ó no puedan satisfacerlos en la cuantía necesaria.

Entre las personas de una misma categoría no hay preferencia : todas están igualmente obligadas. Así, por ejemplo, si un individuo tiene hijos legítimos, é hijos naturales, sobre todos indistintamente pesa la obligación de suministrarle alimentos.

707. El inciso 3° del artículo 411 dice que entre varios ascendientes ó descendientes, debe recurrirse « á los del próximo grado ». De esta disposición resulta que si un individuo tenía dos hijos de los cuales uno murió dejando un hijo, el hijo tendrá qué pagar solo la pensión alimentaria y el nieto quedará exento de ella.

Sin embargo, la ley sigue, por regla general, en esta materia el orden de sucesión. Aplicando estrictamente este principio, justo sería que quien está llamado á recoger la heren-

[1] Cód. ch., art. 336.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

cia de una persona si tiene bienes, esté obligado á alimentarla cuando no los tenga : de este modo el mismo individuo corre el riesgo de la buena y de la mala fortuna; hay una especie de compensación. Como la ley admite la representación entre descendientes de tal manera que el nieto ó los nietos toman en la sucesión del abuelo la parte que correspondería á su padre muerto, es decir que tienen, juntos, el mismo derecho que el hijo sobreviviente, parece que, concurriendo con él en la sucesión, deberían concurrir también, proporcionalmente, en la obligación alimenticia.

708. Lo que si debería decirse es que, cuando haya varias personas en una misma categoría de las enumeradas por el artículo 411, que deban alimentos á otra, ésta puede demandarlos en su totalidad á cualquiera de ellas, quedando á salvo el derecho del demandado de hacer venir al juicio á los codeudores ó de ejercer más tarde su derecho contra los mismos para hacerlos contribuír según las facultades de cada uno.

En el silencio de la ley debe decidirse que el demandante no puede pedir, en tal caso, á cada uno de los deudores, sino la parte que le corresponda según las reglas que estudiaremos. En efecto, la deuda alimenticia no es solidaria, porque este carácter de las obligaciones tiene que provenir de una terminante declaración de la ley ó de las partes (art. 1586), y no es tampoco indivisible, porque su objeto consiste en pagar una suma de dinero (art. 1581). Mejor sería dar al alimentario facultad de dirigirse por la totalidad de los alimentos á cualquiera de los deudores de la misma clase que puede suministrarlos, porque así se conseguiría mejor el objeto de la ley. El intérprete, empero, no puede suplir la deficiencia legal.

Sección III. — ¿ Cómo se determinarán la cuantía de los alimentos y la forma en que deben suministrarse?

709. Tres elementos se deben tener en cuenta para determinar la cuantía de los alimentos : 1º el grado de parentesco entre el alimentante y el alimentario; 2º la situación de quien los pide; 3º la situación de quien deba suministrarlos.

1.º) *Parentesco.* — Según que sea más ó menos próximo el grado de parentesco entre el que pide alimentos y la persona que debe darlos, aquéllos serán congruos ó simplemente necesarios.

Según el artículo 414 se deben alimentos congruos al cónyuge, á los ascendientes y descendientes legítimos, al donante y á la mujer robada; á los demás sólo se les deben necesarios, y aun á los de la primera categoría sólo se les deberán de esta última clase cuando los respectivos alimentarios se hayan hecho culpados de injuria grave contra las personas que les deben alimentos :

> Art. 414. Se deben alimentos congruos á las personas designadas en los números 1º, 2º, 3º, 4º y 10º del artículo 411, menos en los casos en la ley los limite expresamente á lo necesario para la subsistencia; y generalmente en los casos en que el alimentario se haya hecho culpable de injuria grave contra la persona que le debía alimentos.
>
> Se deben asimismo alimentos congruos en el caso del artículo 330[1].
>
> En el caso de injuria atroz cesará enteramente la obligación de prestar alimentos.
>
> Para los efectos de este artículo, constituyen injuria atroz los delitos graves y aquellos delitos leves que entrañen ataque á la persona del que debe alimentos. Constituyen injuria grave los demás delitos leves contra cualquiera de los derechos individuales de la misma persona que debe alimentos[2].

Además, según dijimos, el artículo 36 de la Ley 30 de 1888 dispone que el hombre que habiéndose casado civilmente se case luego con otra mujer con arreglo á los ritos de la religión católica, está obligado á suministrar alimentos congruos á la primera mujer mientras no se case católicamente.

¿Qué se entiende por alimentos *congruos,* qué por alimentos *necesarios?*

El artículo 413 responde á esta pregunta :

> Art. 413. Los alimentos se dividen en congruos y necesarios.
>
> *Congruos* son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente á su posición social.
>
> *Necesarios* los que le dan lo que basta para sustentar la vida.
>
> Los alimentos, sean congruos ó necesarios, comprenden la obligación de

[1] Sustituido por el artículo 73 de la Ley 153 de 1887.
[2] Cód. ch., art. 324.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

proporcionar al alimentario, menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión ú oficio[1].

Tales son las reglas relativas al primer elemento determinante de la cuantía de los alimentos, que sirve de base á la división entre congruos y necesarios.

710. 2.°) *Situación del alimentario.* — De la definición misma de los alimentos resulta que no se deben sino á la persona que no tiene con qué vivir. Si quien demanda alimentos no tiene absolutamente nada, habrá que darle la totalidad de lo que necesita para vivir ora estrictamente, ora de un modo correspondiente á su posición social.

Si el alimentario tiene bienes propios pero insuficientes, sólo se le concederá lo que le falte, al tenor de lo prescrito en el

ART. 420. Los alimentos congruos ó necesarios no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente á su posición social ó para sustentar la vida[2].

Lo cual debe observarse sin perjuicio de lo establecido en los títulos 9 y 12 acerca de los derechos y obligaciones entre cónyuges y entre padres é hijos.

711. 3.°) *Situación del alimentante.* — Para fijar la cuantía de los alimentos debe tenerse también en consideración la fortuna del deudor, según lo prescrito en el

ART. 419. En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y las circunstancias domésticas[3].

La expresión *circunstancias domésticas* envuelve la idea de que deben tenerse en cuenta los gastos que el deudor está obligado á hacer en su propia familia; en otros términos : la única base en esta materia no es la fortuna pura y simplemente considerada : deben apreciarse las cargas que soporta. Antes de satisfacer las obligaciones alimentarias propiamente dichas, el deudor debe cumplir con las obligaciones

[1] Cód. ch., art. 323.
[2] Cód. ch., art. 330.
[3] Cód. ch., art. 329.

más sagradas de cónyuges y de padre ó de madre de familia.

712. Una vez determinada la cuantía de los alimentos, permanece invariablemente, mientras subsistan las circunstancias del deudor y del alimentario en el mismo estado. Tal es el sentido del primer inciso del

ART. 422[1]. Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

O, lo que es lo mismo, fijados los alimentos se entienden concedidos mientras los necesite el alimentario y pueda suministrarlos el deudor.

712 *bis.* El inciso 2° del mismo artículo 422 agrega :

Con todo, ningún varón de aquellos á quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido veintiún años, salvo que por algún impedimento corporal, ó mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle.

Esta disposición, como se ve, no se refiere sino á los que tienen derecho á reclamar alimentos *necesarios;* luego implícitamente se deduce que los varones que tengan título para reclamarlos congruos podrán hacerlo aunque sean mayores de edad y aun cuando no se hallen imposibilitados para subsistir de su trabajo.

713. Para determinar completamente el tiempo durante el cual se deban los alimentos, no basta indicar hasta cuándo han de prestarse; es necesario determinar también desde cuándo. El inciso 1° del artículo 421 nos lo dice :

ART. 421[2]. Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas.

Esta solución armoniza con la naturaleza de las cosas y con los principios generales : los alimentos se deben desde el día en que el alimentario los necesita, y hay que presumir que no los pide sino cuando los necesita; según los principios generales, el carácter de las sentencias es puramente decla-

[1] Cód. ch., art. 332.
[2] Cód. ch., art. 331.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

rativo : no crean el derecho, hacen constar que existe, y el juez para apreciar si la demanda es justa, tiene que referirse á la época en que fué presentada. Los demandantes no deben sufrir en la integridad de sus derechos por las dilaciones judiciales.

Se ha dispuesto que los alimentos se paguen por mesadas anticipadas, porque como se destinan al mantenimiento del pensionario, sólo de aquel modo llenan adecuamente su objeto.

714. De acuerdo con el 2º inciso del artículo 421 :

No se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado por haber fallecido.

Natural es que así se disponga, pues debe suponerse que la porción no consumida en alimentos se invierte en los gastos extraordinarios que puede originar la enfermedad de que fallezca el alimentario, los de su entierro, etc.

715. Antes de que se dicte la sentencia que ordena pagar alimentos desde la demanda, no hay verdadera obligación civil de pagarlos, y en consecuencia, si un tercero los suministra, no podrá repetir, por acción de cuasi-contrato, contra el demandado. Esta regla sufre, sin embargo, algunas excepciones. Los cónyuges entre sí y los padres legítimos respecto de sus hijos están obligados á prestar alimentos sin necesidad de que sentencias judiciales les impongan esta obligación especial, y en consecuencia, si un tercero los suministra, puede repetir contra el directamente obligado. Así lo declara de un modo expreso el artículo 261 del Código, según el cual valdrán contra el padre las suministraciones que por razón de alimentos se hicieren al hijo legítimo que ausente de la casa paterna se encuentre en urgente necesidad en que no pueda ser socorrido por el padre. En el mismo sentido están el artículo 268 del Código, relativo también á los hijos legítimos, y la última parte del artículo 76 de la Ley 153 de 1887, relativo al hijo ilegítimo.

716. Para proveer á las necesidades del alimentario durante el juicio, se ha dispuesto en el

Art. 417. Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ó prefecto ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible ; sin perjuicio de la restitución, si la persona á quien se demandan obtiene sentencia absolutoria.

Cesa este derecho á la restitución, contra el que, de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda[1].

Respecto del inciso 2º, creemos que el favor concedido al alimentario no tiene explicación satisfactoria. En la práctica sucederá que si el alimentario ha consumido lo que se le ha dado y carece de bienes, naturalmente no podrá pedírsele la restitución, pero si suponemos que después se enriquezca, por sucesión, por ejemplo, ¿no sería muy justo que restituyese el valor de los alimentos que el juez ordenó suministrarle desde la demanda y á los cuales se reconoció en la sentencia que no tenía derecho?

Además, observaremos que era inútil hablar en el inciso 2º de « fundamento plausible », puesto que no puede concederse provisionalmente alimentos sin dicha condición. En consecuencia, bastaba hablar de la *buena fe* del demandante.

717. Mera aplicación de las reglas generales sobre los delitos[2], es lo dispuesto en el

Art. 418. En el caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente á la restitución y á la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo[3].

Hemos visto cómo se determina la cuantía de los alimentos y el tiempo por el cual se conceden; nos queda por estudiar en esta sección cómo se determina la forma en que deben suministrarse.

718. El Código deja el juez á este respecto la más amplia libertad, como se deduce del

Art. 423. El juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne á este efecto en una caja de ahorros ó en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante ó sus herederos luégo que cese la obligación[4].

[1] Cód. ch., art. 327.
[2] V. el artículo 2344.
[3] Cód. ch., art. 328.
[4] Cód. ch., art. 333.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

No debería hablarse aquí de la *cuantía* cuya fijación no se deja al arbitrio del juez puesto que sobre ello tiene que ceñirse á las reglas anteriormente expuestas.

719. Los alimentos, para que correspondan á su fin, deben pagarse sucesivamente; por eso dispone el artículo **221** que se paguen por mesadas anticipadas. Además, si hubiere peligro de que el alimentario los gaste inconsideradamente en un día ó en una semana y se quede desprovisto de recurso en el resto del mes, creemos que el juez podría ordenar que el pago se hiciera semanalmente y aun día por día. Si el deudor ofrece recibir al alimentario en su casa y á su mesa, el juez podrá decretarlo así, aunque el alimentario prefiera una pensión, sobre todo si el deudor no tiene recursos suficientes, si trata al alimentario de un modo cordial y si es pariente en línea recta.

En el caso en que los alimentos consistan en una renta, y haya riesgo de que el deudor no la pague puntualmente, el juez podrá hacer lo que se indica en la parte final del artículo **423**, es decir, disponer que los alimentos se paguen con los intereses de un capital que se consigne á tal efecto en una caja de ahorros, en un banco ó en un establecimiento análogo.

Sección IV. — Consecuencias del carácter de la deuda alimenticia.

720. Del objeto mismo de los alimentos, que es sustentar la vida del alimentario, se desprenden las siguientes consecuencias :

1ª) Que el derecho á ellos es exclusivamente *personal*, y por lo mismo no pueden transmitirse por causa de muerte, ni por acto alguno entre vivos, como venta ó donación. La transacción sobre alimentos futuros no valdrá sin aprobación judicial, y el juez no podrá concederla si en ella se contraviene á lo dispuesto en los artículos **424** y **425** (art. **2474**).

721. 2ª) Que no puede renunciarse, porque el derecho á la conservación de la vida es al propio tiempo un deber moral ineludible.

Los anteriores caracteres de la deuda alimenticia, se señalan en el

ART. 424. El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse ó cederse de modo alguno, ni renunciarse[1].

722. 3.ª) Que son vitalicios, como lo dice el artículo **422**.

723. 4.ª) Que no pueden ser objeto de compensación, como se prescribe en el

ART. 425. El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba á él[2].

724. 5.ª) Que el derecho á ellos está fuera del comercio, y por consiguiente, no puede embargarse por los acreedores del alimentario.

Se ha creído, sin embargo, que, en virtud del artículo **1677**, las pensiones alimenticias forzosas pueden embargarse en una tercera parte. Pero esta opinión es insostenible : el texto en que se pretende apoyar no enumera como embargables las pensiones alimenticias; habla sólo de pensiones en general, y la disposición del artículo **424** que declara que el derecho de pedir alimentos no puede venderse ni cederse de modo alguno, basta para concluír que no pueden embargarse las pensiones alimenticias mandadas pagar por el juez. Si se permitiera el embargo de una tercera parte, la disposición del artículo **424** sería inaplicable en lo relativo á dicha tercera parte : el alimentario podría enajenarla de un modo indirecto, pues le bastaría tomar prestada una suma equivalente. Esta doctrina se confirma con lo establecido en el artículo **425**, según el cual los alimentos que se deben por ley no pueden ser objeto de compensación : claro es que si al alimentante se le permitiera el embargo de una tercera parte, tendría también, como todo acreedor, derecho á compensar la deuda alimenticia en la misma proporción.

725. Pero lo que es inenajenable es el crédito mismo y la pensión alimenticia del período en curso, durante el cual la necesita el alimentario. Lo propio no sucede cuando se trata

[1] Cód. ch., art. 334.
[2] Cód. ch., art. 335.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

de pensiones atrasadas : de estas pensiones puede disponer libremente el alimentario, según lo dispuesto en el

ART. 426. No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse ó compensarse; y el derecho de demandarlas, trasmitirse por causa de muerte; venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor[1].

Una vez que estas pensiones no corresponden á la necesidad actual del alimentario, toman el carácter de créditos comunes, sometidas por lo mismo, á las reglas generales.

726. 6.ª) Los juicios sobre alimentos que se deben por ley son sumarios; cuando los alimentos son convencionales ó se dejan por testamento, deberán reclamarse en juicio ordinario[2].

Sección V. — ¿En qué casos cesa la obligación alimenticia?

727. La obligación alimenticia se extingue :

1.º) Por muerte del alimentario.

2.º) Cuando las circunstancias pecuniarias y domésticas del alimentante no le permiten suministrar alimentos.

3.º) Cuando el alimentario no los necesita por haber mejorado de fortuna.

4.º) En el caso de injuria atroz, conforme á los incisos 3º y 4º del artículo 414.

Según el inciso 2º del artículo 125, el matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de la persona de quien hay obligación de obtenerlo, no priva del derecho de alimentos.

Por regla general, la incapacidad ó indignidad no priva al heredero ó legatario excluído, de los alimentos que la ley le señale; pero esta regla sufre excepción cuando el presunto alimentario se haya constituído responsable de alguno de los hechos enumerados en el artículo 1025; cuando tal suceda, no tendrá ningún derecho á alimentos (art. 1036).

Conforme al artículo 1268, los efectos del desheredamiento no se extienden á los alimentos necesarios, excepto en los casos de injuria atroz.

[1] Cód. ch., art. 336.

[2] V. los artículos 1423 á 1433 del Código Judicial; G. J. IV, 90, 1.

TÍTULO XXII.º

De las tutelas y curadurías en general.

Preliminares.

728. Con este título entramos en un nuevo orden de ideas. En los dos primeros vimos qué se entiende por personas, cómo se dividen, el principio y el fin de las personas naturales. Desde el título tercero hemos venido estudiando las reglas sobre la constitución y el régimen de la familia : el matrimonio, que es su base, y los efectos que produce entre los cónyuges; las diferentes clases de personas que vienen á aumentar el núcleo familiar, formado por los esposos, ó sean los hijos legítimos, legitimados y adoptivos, y las reglas que rigen sus relaciones con los padres; luego lo relativo á los hijos naturales, la capacidad de los hijos de familia, las pruebas del estado civil, y los alimentos, consecuencia del parentesco.

729. Hemos dicho que todo hombre, cualquiera que sea su condición, tiene hoy personalidad legal, es decir, que puede ser sujeto de toda clase de derechos y obligaciones; todo ser humano tiene, pues, en principio, el *goce* de los derechos civiles. Pero del goce hay que distinguir el *ejercicio* de estos derechos. El goce de un derecho es la aptitud que tiene cada cual para poseerlo; el ejercicio es la capacidad de adquirirlo y de usar de él conforme á las leyes. Si todos los hombres tienen el goce de los derechos civiles, no todos tienen el ejercicio de ellos, no todos son capaces de ejercerlos.

730. Á tres pueden reducirse las causas generales de incapacidad : el sexo, la edad y la alteración de las facultades mentales.

1.ª) *El sexo.* — Entre los romanos esta era una causa de incapacidad general; las mujeres se consideraban como es-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pecialmente inhábiles para el manejo de los negocios, y estaban en tutela perpetua.

El Código colombiano no proclama esta inferioridad é incapacidad general de la mujer; sólo la mujer casada es incapaz. Ya hemos estudiado las causas y las reglas de dicha incapacidad especial.

2.ª) *La edad.* — Un niño recién nacido tiene el goce de los derechos civiles : puede ser propietario, acreedor y deudor; pero claro es que no puede ejercer por sí mismo sus derechos; es necesario que tenga un representante que ejecute para él y en su nombre los actos de la vida civil. Si el menor tiene padres, ó uno de ellos al menos (siempre que no haya perdido la patria potestad) éste es su representante, el protector de su persona y de sus intereses. Cuando tal representante no existe, hay que designar quien desempeñe dicho encargo.

3.ª) *Alteración de las facultades mentales.* — La alteración de las facultades mentales puede también, según su gravedad, imposibilitar á una persona ó hacerla inhábil para el ejercicio de sus derechos, para el manejo de sus negocios. En tal caso, hay que designar asimismo un defensor ó representante que se ocupe en los intereses del incapaz.

731. El Código asimila el pródigo al demente propiamente dicho; aquél no es incapaz de ejercer sus derechos por el estado de sus facultades mentales, pero sí lo es para manejar con acierto sus intereses. Empero, tanto la demencia como la prodigalidad tienen que ser declaradas por una providencia judicial para que haya lugar á nombrar quien represente al pródigo y al demente. La resolución por la cual el juez declara al demente ó al pródigo incapaz de administrar sus bienes, es lo que se llama *entredicho*.

732. También considera el Código como incapaces á los sordomudos « que no pueden darse á entender por escrito ». De observar es, sin embargo, que hoy, merced al lenguaje especial por signos inventado para los sordomudos por el Abate de l'Épée, es posible que un sordomudo se haga entender sin que sepa escribir, por lo cual podría quizá establecerse que los sordomudos no se consideran como incapaces sino cuando no puedan hacerse entender de ningún modo. Fuera de este caso muy especial del sordomudo, y del de la mujer casada, puede decirse que hay dos clases de incapaces : los menores de veintiún años y los individuos puestos en entredicho.

733. Además la ley colombiana, á imitación del derecho romano, distingue dos períodos en la menoría : el de la impubertad, que dura hasta los 12 años en las mujeres y hasta los 14 en los hombres, y el de la menor edad propiamente dicha, que se extiende de los 12 ó 14 años, según el sexo, á los 21.

Según el artículo 1504, el impúber es absolutamente incapaz; el menor adulto no lo es sino de un modo relativo, y si se le ha habilitado de edad, la incapacidad en él es la excepción. En la legislación colombiana se han organizado, como en derecho romano, medios de protección especiales para cada clase de menores : tutelas para los impúberes y curatelas para los adultos y para los que han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes.

En derecho romano esta dualidad de instituciones debióse á que primitivamente sólo los impúberes eran incapaces; la incapacidad de los menores adultos no se estableció sino poco á poco, y estaba sometida á reglas enteramente diversas. La distinción de la tutela de los impúberes y de la curatela de los menores adultos se explica, pues, históricamente. Pero ésta distinción no tiene ya razón de ser en las legislaciones modernas : no hay para qué cambiar, cuando el incapaz llega á los 14 años, el tutor por un curador. Por otra parte, según el Código, las reglas relativas á la administración de los tutores, son idénticas.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

CAPÍTULO 1.º

DEFINICIONES Y REGLAS EN GENERAL.

734. Conforme al inciso 1º del

ART. 428[1]. Las *tutelas* y las *curadurías* ó *curatelas* son cargos impuestos á ciertas personas á favor de aquellos que no pueden dirigirse á sí mismos, ó administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre ó marido, que pueda darles la protección debida.

Sobre esta disposición cabe observar : 1º que siendo la tutela ó la curaduría un cargo público (manus publicus), el que ha sido designado como tutor ó curador no puede rehusar cumplir las obligaciones de tal cargo, salvo que pueda invocar una excusa legal; 2º que las tutelas ó curatelas existen exclusivamente en favor de los incapaces y de ninguna manera en favor de los tutores ó curadores ó de la familia, á diferencia de lo que sucedía en el primitivo derecho romano, en el que, si bien la idea de protección fué también la base de la organización de la tutela[2], no dejó de influír la idea de conservar los bienes de la familia.

La expresión *guardadores* comprende tanto los tutores como los curadores, al tenor del inciso 2º del artículo 428 :

Las personas que ejercen estos cargos se llaman *tutores* ó *curadores,* y generalmente *guardadores.*

735. Ya hemos dicho que la tutela no se ha establecido sino para los impúberes, como expresamente lo dice el

ART. 431. Están sujetos á tutela los impúberes[3].

736. Bajo curaduría general están los individuos indicados en el

ART. 432. Están sujetos á curaduría general los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los que por prodigalidad ó demencia han

[1] Cód. ch., art. 338.
[2] Tutela viene de *tueri*, proteger.
[3] Cód. ch., art. 341.

sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordomudos que no pueden darse á entender por escrito[1].

737. Fuera de estos casos en que se nombran curadores á los incapaces, pueden también nombrarse para representar un ausente, una herencia yacente ó un hijo concebido y no nacido aún. Estos curadores se llaman *curadores de bienes :*

ART. 433. Se llaman 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[2].

738. Además, conforme al artículo 808, si se dispusiere que mientras pende la condición para restituír un fideicomiso se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse ó de faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que sólo tendrá las facultades de los *curadores de bienes.*

739. Pueden también nombrarse curadores para administrar una porción del patrimonio de un individuo que esté bajo tutela ó curaduría general ó bajo potestad paterna ó marital : tales curadores se denominan *curadores adjuntos :*

ART. 434. 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[3].

Obsérvese que el encargado de una administración separada se llama siempre curador aunque esté adjunto á un tutor : no se habla, pues, nunca de tutor adjunto.

740. Finalmente, puede nombrarse curador para un determinado negocio : llámasele en tal caso *curador especial :*

ART. 435. Curador *especial* es el que se nombra para un negocio particular[4].

[1] Cód. ch., art. 342.
[2] Cód. ch., art. 343.
[3] Cód. ch., art. 344.
[4] Cód. ch., art. 345.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

741. Según el

ART. 436. Los individuos sujetos á tutela ó curaduría se llaman *pupilos*[1].

Esta terminología no es conforme á la tradición romana y española : el *pupilo* era el impúber en tutela; pero es cómodo tener una expresión sencilla con qué designar á cualquier persona que esté bajo tutela ó curaduría.

Consideramos como innecesaria, por ser evidente, la disposición del

ART. 429. Las disposiciones de este título y de los dos siguientes, están sujetas á las modificaciones y excepciones que se expresarán en los títulos especiales de la tutela y de cada especie de curaduría[2].

742. De acuerdo con lo establecido en el

ART. 430. La tutela y las curadurías generales se extienden no sólo á los bienes, sino á la persona de los individuos sometidos á ellas[3].

En el derecho romano clásico el tutor no tenía poder, por regla general, sino sobre los bienes. El cuidado de la persona, lo confiaba el magistrado á la madre ó algún pariente próximo; el tutor sólo debía vigilar que se diera al pupilo una educación conforme á su condición social y suministrar los fondos necesarios al efecto. Cuando el artículo 430 dice

[1] Cód. ch., art. 346. — *Bello* : « La clasificación de *tutelas, curadurías generales, curadurías adjuntas, curadurías especiales* ó *ad hoc,* no tiene de nuevo otra cosa que su exacta determinación por medio de reglas precisas y claras. Las dos primeras clases son las que más á menudo se presentan. Sobre los curadores de bienes véanse Vinnio, Partit. lib. I, c. 13, y Gutiérrez, *De tutelis*, Part. III, c. 17. De los curadores especiales ó *ad hoc*, es un ejemplo frecuentísimo el curador *ad litem. Curator bene potest dari ad unum actum*, Gutiérrez, P. I, c. 19, n. 10; véanse casos particulares de la dación de curadores *ad hoc* en la l. 4, *De tutoribus et curatoribus datis.* En cuanto á los curadores que llamo *adjuntos*, y á que también suele darse el título de administradores, véase Gutiérrez, P. I, c. 19 (*si tutor ad aliqua parte administrationis sese excuset.* n. 41 : *ob augmentum facultatum, curatores adjungi solent*, n. 42).

« Se ha procurado reducir á reglas generales los casos en que tienen calidad estas diferentes especies de guarda, extendiéndolas por paridad de varón, aun á los hijos de familia, y á la mujer casada, en casos especiales en que se halle impedida la patria potestad ó la potestad marital.

« Además, para evitar circunlocuciones pesadas, se ha generalizado la significación de *pupilo*, dando este nombre á todo aquel cuya persona ó bienes se hallen en tutela ó curaduría. »

[2] Cód. ch., art. 339.

[3] Cód. ch., art. 340.

que las tutelas y curadurías se extienden no sólo á los bienes, sino á la persona, significa que el cuidado de la persona del pupilo, su crianza y su educación, si hay lugar á estas, quedan á cargo del guardador. En conformidad con ello, el artículo 88 da al pupilo el domicilio de su tutor ó curador. Sin embargo, puede suceder también que el guardador no tenga á su cargo el cuidado personal del pupilo; el artículo 517 prevé precisamente esta hipótesis[1].

743. Si un padre muere dejando varios hijos, ¿podrá nombrar un solo tutor ó curador para todos? El inciso 1° del artículo 437 permite que se haga así :

ART. 437[2]. Podrán colocarse bajo una misma tutela ó curaduría dos ó más individuos, con tal que haya entre ellos indivisión de patrimonios.

744. Si hay indivisión de patrimonios, naturalmente habrá unidad de administración, mientras que una vez divididos los patrimonios, habrá otras tantas administraciones distintas. Así lo prescribe el inciso 2° del mismo artículo :

Divididos los patrimonios, se consideran tantas tutelas ó curadurías como patrimonios distintos, aunque las ejerza una misma persona[3].

745. Á la inversa, puede dividirse el ejercicio de una misma tutela ó curaduría entre varias personas, conforme á lo establecido en el inciso 3° del artículo que comentamos :

Una misma tutela ó curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos ó más tutores ó curadores.

746. Sin embargo, según el

ART. 440. Generalmente no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene : sólo podrá dársele curador adjunto, en los casos que la ley designa[4].

De las anteriores disposiciones resulta que pueden nombrarse varios tutores ó curadores á quien no tiene; pero al que ya tiene no puede nombrársele otro.

[1] V. el comentario de este artículo.

[2] Cód. ch., art. 347.

[3] *Bello* : « Goyeria, Febrero, tomo I, pág. 113, nota 1 ».

[4] Cód. ch., art. 350.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Es quizá preferible el sistema francés, según el cual no puede haber más de un curador general; los demás tienen que ser adjuntos. Es este el único modo como pueden evitarse las dificultades y los desacuerdos entre guardadores. Aun cuando se divida la administración entre los varios tutores ó curadores, no dejarán de presentarse dificultades para determinar exactamente su competencia, y, además, habrá asuntos en que todos tengan autoridad, tales como los relativos á la persona del pupilo. Al contrario, se comprende muy bien la ingerencia de los curadores adjuntos cuya administración se limita á determinados bienes.

747. El artículo 442 prevé un caso en que habrá necesariamente curador adjunto :

Art. 442. Si al que se halle bajo tutela ó curaduría se hiciere una donación, ó se le dejare una herencia ó legado con la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación, herencia ó legado, se administren por una persona que el donante ó testador designa, se accederá á los deseos de éstos ; á menos que, oídos los parientes y el respectivo defensor, apareciere que conviene más al pupilo repudiar la donación, herencia ó legado, que aceptarlo en esos términos.

Si se acepta la donación, herencia ó legado, y el donante ó testador no hubiere designado la persona, ó la que ha sido designada no fuere idónea, hará el juez la designación [1].

Sobre esta disposición conviene observar que el primer inciso habla de donaciones, herencias ó legados que se dejen á un pupilo con la precisa condición de que los respectivos bienes sean administrados « por una persona que el donante ó testador *designa* », y el 2° inciso prevé el caso de que el donante ó testador « no hubiere designado la persona » que debe administrar, lo que sin duda es contradictorio. Lo que se ha querido decir es que vale la condición impuesta de que los bienes donados ó legados no los administre el guardador, háyase ó no designado la persona que debe hacerlo, pues en el último caso la nombrará el juez.

748. Según lo prescrito en el

Art. 438. No se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la

[1] Cód. ch., art. 352.

patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto judicial, en alguno de los casos enumerados en el artículo 315.

Se dará curador adjunto al hijo, cuando el padre es privado de la administración de los bienes del hijo, ó de una parte de ellos, según el artículo 299 [1].

Respecto del inciso 1° de este artículo, es de advertir que en los casos del artículo 315, no se suspende la patria potestad sino que se pierde totalmente : hay emancipación judicial. Esta referencia está equivocada : el legislador quiso citar el artículo 310, en que se indican los casos de suspensión de la patria potestad, como se hace en el artículo 348 del Código de Chile en relación con el 262 de la misma obra.

Claro es también que no sólo cuando la patria potestad se suspende sino cuando se extingue, tanto en el padre como en la madre, el hijo menor, aunque emancipado, si no entra en el goce de sus derechos civiles, quedará sujeto á la guarda.

El inciso 2° al referirse al artículo 299 sólo comprende la disposición del inciso 1° de dicho artículo que establece el principio de que habrá derecho para quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo ó de grave negligencia habitual; no comprende los casos del inciso 2° del artículo 299 porque en ellos el padre pierde la patria potestad, á lo cual se refiere la salvedad hecha en el inciso 1° del texto que comentamos, y entonces no hay lugar á curaduría adjunta sino á tutela ó curaduría general.

Debe recordarse, además, que, conforme al artículo 300, siempre que el padre que ejerce la patria potestad no tenga la administración de todo ó parte del peculio adventicio ordinario ó extraordinario del hijo, se le debe dar á éste un curador para la administración.

749. Según se lee en el

Art. 439. No se puede dar curador á la mujer casada, no divorciada ni separada de bienes, mientras los administra el marido.

Se dará curador á la mujer divorciada en los mismos casos en que, si fuese soltera, necesitaría de curador para la administración de lo suyo.

[1] Cód. ch., art. 348.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

La misma regla se aplicará á la mujer separada de bienes, respecto de aquellos á que se extienda la separación.

La curaduría de que hablan los precedentes incisos no obstará á los derechos que conserva el marido de la mujer separada de bienes, según el artículo 204[1].

El inciso 1°, cuya redacción deja que desear, significa simplemente que mientras el marido administre los bienes de la mujer, no hay lugar á nombrar curador, aunque se encuentre en una de las circunstancias que motivan este nombramiento, especialmente la demencia. Sin embargo, el ordinal 1° del artículo 550 parece implicar que el marido será nombrado curador de su mujer demente, aun cuando no haya separación de bienes; pero debe darse preferencia al artículo 439, más especial, porque no trata sino de la mujer, y más terminante, porque se refiere de un modo directo á si debe ó no nombrarse curador, mientras que el artículo 550 determina á quién ha de nombrarse.

La curaduría de que habla el inciso 2° del artículo 439 es una curaduría general, pues con el divorcio cesa la potestad marital.

Conforme al inciso 3°, se dará curador á la mujer separada de bienes, respecto de aquellos á que se extienda la separación, en los mismos casos en que, si fuese soltera, necesitaría de curador para la administración de lo suyo; pero tal curador, á diferencia de lo que ocurre con el que se da á la mujer divorciada, es curador adjunto, por cuanto la separación de bienes no pone fin á la potestad marital. Esto hace ver que no son propias las palabras con que comienza dicho inciso 3° « La misma regla se aplicará, etc. »

El artículo 550 hace aplicación de la regla anterior al caso de demencia de la mujer. El inciso 4° deja á salvo los derechos que el marido de la mujer separada de bienes conserva según el artículo 204.

750. De conformidad con el

Art. 441. Si el tutor ó curador, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo, y su insuficiencia para administrarlos complidamente,

[1] Cód. ch., art. 349.

pidiere que se le agregue un curador, podrá el juez ó el prefecto acceder, habiendo oído sobre ello á los parientes del pupilo y al respectivo defensor.

El juez ó prefecto dividirá entonces la administración del modo que más conveniente le parezca[1].

Este es un caso en que se nombra curador adjunto cuya administración, en consecuencia, se rige por las reglas especiales de esta clase de curaduría.

751. Según su origen, las tutelas ó curadurías se dividen en tres clases, que enumera el

Art. 443. Las tutelas ó curadurías pueden ser testamentarias, legítimas ó dativas.

Son *testamentarias*, las que se constituyen por acto testamentario.

Legítimas, las que se confieren por la ley á los parientes ó cónyuges del pupilo.

Dativas, las que confiere el magistrado.

Sigue las reglas de la tutela testamentaria la que se confiere por acto entre vivos, según el artículo 450[2].

En los tres capítulos siguientes estudiaremos las reglas concernientes á la designación del tutor ó curador de cada una de las clases mencionadas.

CAPÍTULO II.°

DE LA TUTELA Ó CURADURÍA TESTAMENTARIA.

§ 1.° *¿Á quién puede nombrarse tutor ó curador por testamento?*

752. *Tutor*. — Conforme al artículo 444 puede nombrarse tutor testamentario al impúber y también al hijo apenas concebido para el caso de que nazca vivo :

Art. 444. El padre legítimo puede nombrar tutor, por testamento, no sólo á los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre materno, para en caso que nazca vivo[3].

[1] Cód. ch., art. 351.
[2] Cód. ch., art. 353.
[3] Cód. ch., art. 354.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Si nacen dos ó más hijos póstumos, deberá entenderse que el tutor testamentario nombrado por el padre es para todos ellos, ya porque no sería posible designar cuál de los recién nacidos debería colocarse bajo dicha tutela, ya porque el espíritu de la disposición testamentaria no ha podido ser otro.

753. *Curador*. — 1.°) Al menor adulto no habilitado de edad, á los dementes y á los sordomudos, que no entienden ni se dan á entender por escrito, puede nombrárseles curador testamentario, de acuerdo con lo prescrito en el

Art. 445. Pueden asimismo nombrar curador, por testamento, á los menores adultos que no han obtenido habilitación para administrar sus bienes; y á los adultos de cualquiera edad que se hallen en estado de demencia, ó son sordomudos, que no entienden ni se dan á entender por escrito[1].

En cuanto á los dementes y sordomudos, ¿será necesario que hayan sido puestos en entredicho? El artículo 445 no lo exige; basta, pues, que los primeros se hallen en estado de demencia, ó de imposibilidad para darse á entender los segundos, cuando se otorga el testamento; pero el curador nombrado no podrá entrar á ejercer sus funciones sino después de la declaración de entredicho.

¿Podrá nombrarse curador testamentario á un individuo para el caso de que caiga en locura ó demencia? No lo creemos.

754. 2.°) El texto no habla del pródigo; ¿podrá nombrársele curador testamentario? Es preciso distinguir. La regla general es que á los pródigos no puede dárseles curador por testamento. Mientras no han sido puestos en interdicción no son pródigos legalmente hablando, y por eso el artículo 531 dice que sólo cuando han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, se les dará curador legítimo, y á falta de éste, curador dativo. Por excepción, esta curaduría podrá ser testamentaria en el caso del artículo 540, según el cual, « si falleciere el padre ó madre que ejerzan la curaduría del hijo disipador, podrán nombrar por testamento la persona que haya de sucederles en la guarda ».

En consecuencia, para que pueda nombrarse curador testamentario al pródigo ó disipador, es preciso, en primer lugar, que haya sido puesto en interdicción, y en segundo lugar que el padre ó madre que nombre el curador haya ejercido la curaduría.

[1] Cód. ch., art. 355.

755. 3.°) El padre, según el

Art. 446. Puede asimismo nombrar curador, por testamento, para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer[1].

De modo, pues, que para la protección del hijo apenas concebido y no nacido, el padre puede en su testamento darle ya un tutor, ya un curador. Entre uno y otro hay la diferencia de que el último entra en sus funciones antes de que nazca el hijo, y el segundo, que debe principalmente cuidar de la persona del pupilo, no entrará á desempeñarlas sino después de que se efectúe el nacimiento.

Conforme al artículo 374, la persona designada por el testamento del padre para la tutela del hijo, se presumirá designada asimismo para la curaduría de los derechos eventuales de este hijo, si mientras él está en el vientre materno fallece el padre.

§ 2.° *¿Quién puede nombrar tutores ó curadores testamentarios?*

756. 1.°) Este derecho pertenece en primer lugar al padre legítimo (art. **444** á **446**), menos en los casos de que habla el

Art. 447. Carecerá de los derechos que se le confieren por los artículos precedentes, el padre que ha sido privado de la patria potestad por decreto judicial, según el artículo 315, ó que por mala administración haya sido removido judicialmente de la guarda del hijo[2].

Según el Código, el padre podía nombrar tutor ó curador testamentario al hijo aunque á aquél sobreviviera la madre, porque ésta no tenía la patria potestad; se reconocía así al padre la facultad de privar á la madre de su derecho á la guarda legítima de sus hijos. El legislador colombiano, se-

[1] Cód. ch., art. 356.
[2] Cód. ch., art. 357.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

parándose de lo que rige en Chile, modificó el sistema por medio del artículo 53 de la Ley 153 de 1887, que confiere á la madre la patria potestad por muerte del padre. Por tanto, sólo el padre que sobrevive puede nombrar válidamente por testamento tutor ó curador á sus hijos.

757. 2.°) Muerto el padre, tal derecho pasa á la madre, siempre que no se haya divorciado por adulterio ó no se encuentre en alguno de los otros casos á que se refiere el

ART. 448. Á falta del padre podrá ejercer los mismos derechos la madre, con tal que no haya estado divorciada por adulterio, ó que por su mala conducta no haya sido privada del cuidado personal del hijo, ó que no haya pasado á otras nupcias[1].

Conforme al sistema del Código, el fundamento del derecho de la madre á nombrar guardador testamentario á sus hijos, era el que tuviese el cuidado personal de ellos. Teniendo hoy la madre la patria potestad, su derecho se funda en los mismos motivos que el del marido, y por consiguiente, se pierde también en todos los casos en que pierda la madre la patria potestad, fuera de los indicados en el artículo 448.

758. 3.°) El padre y la madre naturales tienen, respecto del nombramiento de guardadores, las mismas facultades que los padres legítimos :

ART. 449. El padre ó madre natural podrá ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes al padre legítimo[2].

En el supuesto de que ambos padres hayan reconocido al hijo, ¿cuál tendrá el derecho de nombrarle preferentemente guardador por testamento? Parece natural y conforme á la disposición del artículo 458 que sea el padre.

759. 4.°) Únicamente el padre ó la madre pueden nombrar por testamento guardadores generales, pero conforme al artículo 450, tiene derecho de nombrar un guardador adjunto cualquier persona (aun los padres privados de la facultad de nombrar un tutor ó curador general) que done ó deje al pupilo alguna parte de sus bienes, que no se le deba á título de legítima :

[1] Cód. ch., art. 358.
[2] Cód. ch., art. 359.

ART. 450. Los padres legítimos ó naturales, no obstante lo dispuesto en los artículos 447 y 448 y cualquiera otra persona, podrán nombrar tutor ó curador, por testamento ó por acto entre vivos, con tal que donen ó dejen al pupilo alguna parte de sus bienes, qne no se le deba á título de legítima.

Esta guarda se limitará á los bienes que se donan ó dejan al pupilo[1].

Como se ve, el primer inciso de este artículo habla de *tutor* ó curador, pero es claro que, como se desprende de la disposición en general y lo confirma el inciso 2°, se trata aquí de una simple curaduría adjunta. Obsérvese, además, que en tal caso el nombramiento de guardador puede hacerse por acto entre vivos. Ya había dicho el artículo 283 que el padre ó la madre adoptantes podrán nombrar tutor ó curador por testamento ó por acto entre vivos, al adoptado, conforme al artículo 450, disposición inútil, puesto que dichos padres quedan comprendidos en la regla general.

En el supuesto de que el curador nombrado pueda entrar á ejercer el cargo por incapacidad ú otro motivo legal, no por ello caducará la donación ó el legado, á menos de expresa voluntad del testador en contrario.

§ 3.° *De los guardadores que pueden nombrarse por testamento.*

760. Hemos dicho en el capítulo I°, que se pueden nombrar varios tutores ó curadores y dividir entre ellos la administración; los artículos 451 y 452 aplican estas reglas á las tutelas y curadurías testamentarias :

ART. 451. Podrán nombrarse por testamento dos ó más tutores ó curadores que ejerzan simultáneamente la guarda; y el testador tendrá la facultad de dividir entre ellos la administración[2].

ART. 452. Si hubiere varios pupilos, y los dividiere el testador entre los tutores ó curadores nombrados, todos éstos ejercerán de consuno la tutela ó curaduría, mientras el patrimonio permanezca indiviso, y dividido el patrimonio, se dividirá entre ellos por el mismo hecho la guarda, y serán independientes entre sí.

Pero el cuidado de la persona de cada pupilo tocará exclusivamente á su respectivo tutor ó curador, aun durante la indivisión del patrimonio[3].

[1] Cód. ch., art. 360.
[2] Cód. ch., art. 361.
[3] Cód. ch., art. 362.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

761. Las dificultades que surjan en esta materia porque el testador no haya hecho uso de la facultad de dividir la administración entre los varios tutores ó curadores, deberá resolverlas el juez, quien para ello consultará naturalmente los intereses del pupilo, en cuyo favor, y no en el de los tutores ó curadores, se instituye la guarda. Así lo establece el

ART. 453. Si el testador nombra varios tutores ó curadores que ejerzan de consuno la tutela ó curaduría, y no dividiere entre ellos las funciones, podrá el juez ó el prefecto, oídos los parientes del pupilo, confiarlas á uno de los nombrados ó al número de ellos que estimare suficiente, y en este segundo caso, dividirlas como mejor convenga para la seguridad de los intereses del pupilo [1].

762. El artículo 454 consagra el principio de la sustitución y de la sucesión de los guardadores, es decir, que el testador puede indicar otros tutores ó curadores para que, en el orden que determine, ejerzan la guarda en caso de que falte el designado en primer término :

ART. 454. Podrán asimismo nombrarse por testamento varios tutores ó curadores que se sustituyan ó sucedan uno á otro; y establecida la sustitución ó sucesión para un caso particular, se aplicará á los demás en que falte el tutor ó curador; á menos que manifiestamente aparezca que el testador ha querido limitar la sustitución ó sucesión al caso ó casos designados [2].

Si el testador no ha previsto la situación ó la sucesión sino para un caso, se aplicará á los demás, y en consecuencia, si no habló sino del de muerte, por ejemplo, lo propio se hará en el de demencia del tutor ó curador, etc. La intención *manifiesta* del testador en sentido contrario, á que el artículo se refiere, es una cuestión de hecho que el juez apreciará, aunque á veces presentará dificultades.

763. Por último, el testador puede nombrar el tutor ó curador por cierto tiempo, desde cierto tiempo, y bajo condición suspensiva y resolutoria :

ART. 455. Las tutelas y curadurías testamentarias admiten condicion suspensiva y resolutoria y señalamiento de día cierto en que principien ó expiren [3].

[1] Cód. ch., art. 363.
[2] Cód. ch., art. 364.
[3] Cód. ch., art. 365.

Sobre el significado jurídico de los términos empleados en esta disposición, veánse los artículos **1139**, **1530** y **1536**.

CAPÍTULO III.º

DE LA TUTELA Ó CURADURÍA LEGÍTIMA.

764. Considerando la tutela y la curaduría como una institución establecida para proteger á los incapaces, puede decirse que toda guarda es conferida por la ley, y en este sentido legítima, pero en el capítulo 3º se trata de las tutelas y curatelas en que los respectivos guardadores están de antemano determinados por la ley, entre ciertas personas. Dichas tutelas y curatelas no tienen lugar sino cuando faltan las testamentarias, según se establece en el inciso 1º del

ART. 456 [1]. Tiene lugar la guarda legítima cuando falta ó expira la testamentaria.

Se sabe que las tutelas ó curatelas testamentarias pueden faltar por muy diversos motivos, tales como la muerte ó la incapacidad ó la excusa del guardador nombrado, por habérsele removido del encargo, por la llegada del día hasta el cual debe durar su guarda ó por el cumplimiento de la condición impuesta, etc.

765. El inciso 2º del artículo 456 agrega que la guarda legítima,

Tiene lugar especialmente cuando, viviendo el padre, es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por decreto judicial.

¿Á quiénes corresponde la tutela ó curaduría legítima? Es preciso distinguir, según que se trate de un hijo legítimo ó de un hijo natural.

766. 1.º) Según el

ART. 457. Los llamados á la tutela ó curaduría legítima, son, en general : Primeramente el padre del pupilo ;

[1] Cód. ch., art. 366.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En segundo lugar, la madre;

En tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo;

En cuarto lugar, los hermanos varones del pupilo, y los hermanos varones de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar á la tutela ó curaduría del padre ó madre, el juez ó prefecto, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y á falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones.

Los parentescos designados en este artículo, se entienden legítimos[1].

Á primera vista parece inútil el inciso 2° de este artículo según el cual la tutela legítima pertenece al padre, pues se sabe que mientras vive ejerce la patria potestad y que no puede darse tutor ni curador general al que se halla bajo tal potestad. Pero sabemos también que el padre puede perder este derecho por la emancipación del hijo.

Entre los casos de emancipación no todos dan lugar á la guarda del padre. En primer lugar, todos los de emancipación judicial implican incapacidad moral ó física para que pueda ejercer dicho encargo ¿Si es incapaz física ó moralmente para ejercer la patria potestad, cómo podría confiársele la guarda? Sería absurdo, y sin embargo el artículo 457 no distingue; pero deben tenerse en cuenta las reglas que determinan los casos de incapacidad de los guardadores según el título 33. El artículo 586 se refiere (ordinal 9°) al numeral 4° del 315, y en su numeral 8° declara incapaces de ejercer la guarda « á los de mala conducta notoria », lo que puede aplicarse á los otros tres casos de emancipación judicial de que habla el mismo artículo 315.

En consecuencia, cuando el hijo haya sido emancipado, al padre sólo le tocará la guarda legítima en el caso de emancipación voluntaria, y en los de emancipación legal únicamente cuando el hijo casado menor de veintiún años necesita de curador para administrar los bienes de la sociedad conyugal (art. 193) y cuando el padre desaparecido reaparece después del decreto que da al hijo la posesión de los bienes de aquél.

[1] Cód. ch., art. 367.

Las anteriores observaciones deben hacerse también respecto de la madre, puesto que le corresponde la patria potestad. Conviene recordar, sí, que á ella no le toca el ejercicio de tal derecho sino por muerte del padre, y por lo mismo en los demás casos de emancipación del hijo, la madre no cuidará de éste sino á título de guardadora legítima.

Cuando no hay lugar ni á la guarda del padre ni á la de la madre, entran á ejercerla las personas designadas en los incisos 4°, 5° y 6° del artículo 457. En cada una de las categorías de las personas mencionadas en dichos incisos, no hay derecho de preferencia determinado por la ley : toca al juez escoger entre los ascendientes, si los hay, y si no, entre los colaterales. Se entenderá que faltan algunas de tales personas no sólo cuando no existan, sino también cuando legalmente, conforme al título 33, no puedan ó no quieran entrar á ejercer el encargo.

¿Cuáles son los parientes que deben oírse de acuerdo con lo prescrito en el inciso 5°? Los que menciona el artículo 61.

En cuanto á los ascendientes que no son el padre y la madre, y á los colaterales, puede decirse que la guarda de que tratamos es mixta, ó sea legítima y dativa á un tiempo mismo, por cuanto la ley no determina precisamente el tutor ó curador, sino los parientes entre los cuales debe el juez escoger.

Se dice en este artículo que los llamados á la tutela ó curaduría legítima son, en general, los que en la misma disposición se indican porque, como lo veremos al tratar de cada una de las tutelas ó curadurías en particular, son llamados á ellas, por la ley, otros individuos fuera de los anteriormente mencionados, tales como el cónyuge y los descendientes del pupilo.

767. 2.°) Como respecto de los hijos naturales no existe la patria potestad, la guarda de ellos se confiere á los padres, si son capaces de ejercerla :

Art. 458. Es llamado á la guarda legítima del hijo natural, el padre ó madre que primero le reconozca ó á quien primero se le asigne este carácter, y si ambos le reconocen ó son declarados á un tiempo padres naturales del menor, es llamado á la guarda de éste, preferentemente, el padre. Este lla-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

mamiento pondrá fin á la guarda en que se hallare el menor, salvo el caso de inhabilidad ó legítima excusa del que, según el inciso anterior, es llamado á ejercerla[1].

La expresión « á quien primero se le asigne este carácter », no puede aplicarse hoy sino á la madre, puesto que con relación al padre no hay otro modo de establecer el carácter de natural sino el reconocimiento voluntario. No sucedía lo propio antes de expedirse la Ley 153 de 1887 : al padre podía también obligársele judicialmente (art. 319 del Código) á reconocer al hijo ilegítimo como natural.

No puede conferirse la guarda legítima del hijo natural á otros ascendientes que los padres, porque los demás no se reputan parientes de aquél.

Cuando ambos padres reconocen simultáneamente al hijo, se le da la preferencia en la guarda al padre, y en tal caso el guardador testamentario nombrado por él excluirá de la tutela ó curaduría á la madre. ¿La recíproca deberá igualmente admitirse?

Parece que no, porque el artículo 448 no confiere facultad á la madre para nombrar tutor ó curador al hijo sino á falta del padre y para admitir la solución contraria se necesitaría que el artículo 458 lo dijese formalmente.

Acerca de la última parte de dicho artículo conviene observar que aun cuando la regla general es que deferida una guarda continuará ejerciéndose por el respectivo tutor ó curador, mientras no se excuse ó quede en imposibilidad legal de ejercerla, dicha regla sufre excepción cuando se trata de la guarda de un hijo ilegítimo que luego es reconocido como natural, porque es obvio que el título del padre ó madre que lo reconoce ha de prevalecer sobre el de cualquiera que sea el tutor ó curador nombrado.

Los hermanos naturales son también llamados á la guarda legítima, pero sólo para la curaduría del pródigo, del demente y del sordomudo.

Si el padre ó la madre natural no entra en el ejercicio de la guarda, por impedimento ó por excusa legal, ¿podría

[1] Cód. ch., art. 368.

después poner fin á la guarda en que se hallare el hijo, invocando el que ha cesado la causa de impedimento?

Debe decidirse que no, porque siendo la regla del artículo 458 excepcional, como acabamos de decirlo, preciso es interpretarla restrictivamente, y el texto no llama formalmente á la guarda sino al padre ó madre que reconoce al hijo ilegítimo como natural ó á quien se asigne ese carácter, y sólo en este caso pone fin á la guarda existente.

768. Conforme al

ART. 459. Si continuando el pupilaje cesare en su cargo el guardador legítimo, será reemplazado por otro de la misma especie[1].

Nos parece que esta disposición es inútil por evidente y casos habrá en que no podrá aplicarse, por ejemplo, si, habiendo cesado en sus funciones un guardador legítimo, corresponde al menor púber designar la persona de su curador, según lo establecido en el artículo 526.

CAPÍTULO IV.º

DE LA TUTELA Ó CURADURÍA DATIVA.

769. ¿En qué casos se nombrá tutor ó curador dativo?

1.º) Esta tutela, que es la conferida por el juez, tiene lugar en el caso á que se refiere el

ART. 460. Á falta de otra tutela ó curaduría, tiene lugar la dativa[2].

Dadas las reglas sobre la guarda legítima, que se han visto, la dativa tiene que ser muy rara.

770. 2.º) Hay también lugar á tutela ó curaduría dativa en los casos de que trata el

ART. 461. Cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela ó de una curaduría, ó durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor ó curador seguir ejerciéndola, se dará, por el

[1] Cód. ch., art. 369.
[2] Cód. ch., art. 370.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

magistrado, tutor ó curador interino, para mientras dure el retardo ó el impedimento.

Pero si hubiere otro tutor ó curador que pueda suplir la falta, ó si se tratare de nombrar un tutor ó curador que suceda al que actualmente desempeña la tutela ó curaduría, y puede éste continuar en ella algún tiempo, no tendrá lugar el nombramiento del interino [1].

771. 3.°) El nombramiento de guardador dativo tendrá también lugar cuando, conforme al artículo 588, se nombra un tutor ó curador testamentario ó se defiere la guarda legítima á una persona que, teniendo legalmente derecho á ello, no ha cumplido sin embargo veintiún años.

772. Para la elección del tutor ó curador dativo deben seguirse las reglas indicadas en el

Art. 462. El magistrado, para la elección del tutor ó curador dativo, deberá oír á los parientes del pupilo; y podrá, en caso necesario, nombrar dos ó más, y dividir entre ellos las funciones, como en el caso del artículo 453.

Si hubiere curador adjunto, podrá el juez ó prefecto preferirle para la tutela ó curaduría dativa [2].

El inciso 2° del artículo anterior no era necesario, puesto que sin él podría ejercer el juez naturalmente la facultad que se le reconoce de preferir al curador adjunto para la tutela ó curaduría dativa.

Observaremos, para concluír, que en el presente título se habla de las tutelas y curadurías en general; las reglas anteriores no se aplicarán, por consiguiente, á los curadores dativos, especiales ó adjuntos.

[1] Cód. ch., art. 371.
[2] Cód. ch., art. 372.

TÍTULO XXIII.°

De las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela ó curaduría.

773. Como la tutela está organizada en favor del pupilo, es preciso que el legislador tome las medidas necesarias para que la guarda no le sea perjudicial, y especialmente para que el guardador no pueda dilapidar los bienes del incapaz.

774. De aquellas precauciones unas deben observarse antes de que el tutor ó curador entre en el ejercicio de la guarda, y son las que estudiaremos en el presente título; las relativas á la administración las veremos en el título siguiente.

Las medidas que preceden al ejercicio de la guarda son: el discernimiento, la fianza y el inventario. En este orden las reglamenta el Código, pero no es el que en la práctica debe seguirse.

El inciso 1° del artículo 464 exige que la fianza se otorgue antes del discernimiento:

Art. 464 [1]. Para discernir la tutela ó curaduría será necesario que preceda el otorgamiento de la fianza ó caución á que el tutor ó curador esté obligado.

Por otra parte, al tenor del 2° inciso del mismo artículo 464,

Ni se le dará la administración de los bienes sin que preceda inventario, solemne.

Parece á primera vista que quien confiere esta administración es el juez en el decreto de discernimiento: autorizar al tutor ó curador para ejercer su cargo, es permitirle tomar la administración de los bienes. Si no hubiera más textos que los artículos 463 y 464, habría que decidir que el inven-

[1] Cód. ch., art. 374.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

tario debe también preceder al discernimiento. No obstante, debe observarse que cuando se hace el inventario, ya el guardador ejerce, en cierto modo, su encargo, lo que implica que el discernimiento debe preceder al inventario, y así es en realidad según el Código, puesto que el artículo 468 dice formalmente que el inventario debe hacerse dentro de los noventa días subsiguientes al discernimiento.

El orden en que se observan estas tres formalidades es, en consecuencia, el siguiente : fianza, discernimiento, inventario. En este orden las estudiaremos en tres parágrafos.

§ 1.º *De la fianza.*

775. La fianza es el compromiso que contrae un tercero de pagar por el tutor, en caso de insolvencia de éste, lo que pueda deber al pupilo al expirar la tutela, con motivo de su administración y de las faltas en que haya incurrido.

La fianza puede reemplazarse por una hipoteca suficiente, según lo prescrito en el

Art. 466. En lugar de la fianza prevenida en el artículo anterior, podrá prestarse hipoteca suficiente[1].

¿Podrá también el guardador en lugar de la fianza de que habla el artículo 464 dar una prenda suficiente? Si lo podrá, atendida la disposición general del inciso 2º del artículo 2363, según el cual : « Si la fianza es exigida por la ley ó decreto de juez, puede substituirse á ella una prenda ó hipoteca suficiente ».

776. ¿Quién debe prestar fianza? En principio todo guardador; se exceptúan las personas que menciona el

Art. 465. Son obligados á prestar fianza todos los tutores ó curadores, exceptuados solamente :

1.º El cónyuge y los ascendientes y descendientes legítimos ;

2.º Los interinos, llamados por poco tiempo á servir el cargo ;

3.º Los que se dan para un negocio particular, sin administración de bienes.

Podrá también ser relevado de la fianza, cuando el pupilo tuviere pocos

[1] Cód. ch., art. 376.

bienes, el tutor ó curador que fuere persona de conocida probidad y de bastantes facultades para responder de ellos[1].

La exención en favor del curador especial sin administración de bienes, se comprende : si no administra, no puede ser deudor del incapaz. No puede decirse otro tanto de los interinos : aunque administren por poco tiempo, pueden hacerse deudores del pupilo y quedar insolventes, y en consecuencia el pupilo está expuesto á perder su crédito.

Pero el legislador ha tenido en cuenta que sería imposible en muchos casos encontrar guardador interino, llamado por poco tiempo, si se exigiera fianza : entre dos males, ha escogido el menor.

Más difícil de justificar es la exención de la fianza cuando el guardador es persona de conocida probidad y de bastantes facultades y el pupilo tiene pocos bienes. Si tiene pocos, es ésta una razón más para conservárselos con mayor cuidado. Además, puede adquirir otros antes del fin de la tutela, por sucesión, por ejemplo, y si el guardador es de bastantes facultades, puede perderlos; diariamente sucede que los hombres más ricos quiebran. No debería olvidarse tampoco que cuando el guardador sea rico podrá con mucha facilidad encontrar fiadores : no siempre los consigue un hombre pobre.

En cuanto á la exención en favor del cónyuge, de los ascendientes y descendientes se basa en el afecto presunto y en el interés que estas personas deben tener por el incapaz. Pero tampoco parece un motivo suficiente para suprimir las seguridades que garantizan los bienes del pupilo. Á pesar de su afecto, pueden arruinarse y arruinar al mismo tiempo al pupilo si son deudores suyos en razón del manejo de su hacienda.

De observar es que los guardadores testamentarios, por el solo hecho de tales, y no por hallarse en alguno de los casos enumerados en el artículo 465, no están eximidos de prestar fianza, como lo decía el numeral 1º del artículo 412 del proyecto del señor Bello, fiel en esto á la tradición romana.

[1] Cód. ch., art. 375.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

La obligación imprescindible de prestar fianza, puede hacer que el tutor ó curador nombrado se exima del cargo impuesto por la ley, cuando por su pobreza no tenga bienes raíces sobre los cuales pueda, conforme al artículo 605, ser obligado á constituír hipoteca, ó no encuentre fiador.

§ 2.° *Del discernimiento.*

777. Según el

Art. 463. Toda tutela ó curaduría debe ser discernida.
Se llama *discernimiento* el decreto judicial que autoriza al tutor ó curador para ejercer su cargo [1].

778. La sanción de esta formalidad ó exigencia se encuentra en el

Art. 467. Los actos del tutor ó curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento, son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo [2].

Por el decreto de discernimiento no se hace otra cosa que declarar apto al guardador para ejercer su cargo, pero no produce, en principio, el efecto de autorizarlo para comenzar á administrar los bienes del pupilo : esto no puede hacerlo sino después de la formación del inventario, salvo el caso excepcional de que habla la última parte del inciso 1° del artículo 468.

§ 3.° *Del inventario.*

779. El inventario es la enumeración y especificación de todo lo que pertenece al incapaz : muebles, inmuebles, acciones y derechos.

Este inventario, ya lo hemos dicho, debe hacerse dentro de los noventa días subsiguientes al discernimiento, según lo establece el inciso 1° del

Art. 468 [3]. El tutor ó curador es obligado á inventariar los bienes del pupilo en los noventa días subsiguientes al discernimiento, y antes de tomar parte alguna en la administración sino en cuanto fuere absolutamente necesario.

[1] Cód. ch., art. 373.
[2] Cód. ch., art. 377.
[3] Cód. ch., art. 378.

780. Pero, de acuerdo con el inciso 2° del mismo artículo,

El juez ó prefecto, según las circunstancias, podrá restringir ó ampliar este plazo.

781. ¿Cuál es la sanción de esta obligación del tutor ó curador? La de que habla el inciso 3° del artículo 468 mencionado :

Por la negligencia del guardador en proceder al inventario y por toda falta grave que se le pueda imputar en él, podrá ser removido de la tutela ó curaduría como sospechoso, y será condenado al resarcimiento de toda pérdida ó daño que de ello hubiere resultado al pupilo, de la manera que se dispone en el artículo 512.

782. Todo guardador está obligado á hacer inventario de los bienes del pupilo, aun los exceptuados de prestar fianza : el testador no puede eximirlo de esta obligación : es, por tanto, una disposición de orden público, esencialmente imperativa, la del

Art. 469. El testador no puede eximir al tutor ó curador de la obligación de hacer inventario [1].

783. El inventario tiene que ser solemne, es decir, por escritura pública, como lo dispone el

Art. 471. El inventario deberá ser hecho ante notario y testigos, en la forma que en el Código de enjuiciamiento se prescribe [2].

No existe en el Código Judicial disposición alguna que determine la forma de este inventario. Bastará, pues, que se haga por escritura pública, ante notario y testigos, como lo indica el Código Civil mismo [3].

784. Sin embargo de lo establecido en el artículo 471, el juez puede exigir, en lugar de un inventario solemne, y en caso de insuficiencia de los bienes del pupilo, sólo un apunte privado en la forma que se indica en el

[1] Cód. ch., art. 379. — *Bello :* « Japia, Feb., L. 1, 4, c. 3, n. 4. »
[2] Cód. ch., art. 381.
[3] V. G. J. IV, 163, 1ª y 235, 1.ª

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ART. 470. Si el tutor ó curador probare que los bienes son demasiado exiguos para soportar el gasto de la confección de inventario, podra el juez ó prefecto, oídos los parientes del pupilo, y el defensor de menores, remitir la obligación de inventariar solemnemente dichos bienes y exigir sólo un apunte privado, bajo las firmas del tutor ó curador, y de tres de los más cercanos parientes, mayores de edad, ó de otras personas respetables, á falta de éstos[1].

Tocará, en consecuencia, al juez apreciar en cada caso si los bienes del pupilo son demasiado exiguos para soportar el gasto de la confección de inventario, porque la ley no ha determinado la cuantía.

785. El artículo 472 nos dice lo que debe contener el inventario :

ART. 472. El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría, particularizándolos uno á uno, ó señalando colectivamente los que consisten en número, peso ó medida, con expresión de la cantidad y calidad ; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner á cubierto la responsabilidad del guardador.

Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante ó sólo noticia, los libros de comercio ó de cuentas, y en general, todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor ó utilidad, ó que sea necesario destruír con algún fin moral[2].

Á nuestro modo de ver, al juez y no al guardador tocará decidir si hay objetos que sea necesario destruír con algún fin moral.

786. En caso de que después de hecho el inventario se encuentren bienes que no se conocían ó de que acrezcan otros á la hacienda inventariada, se formará, dentro del plazo razonable que el juez señale, un inventario suplementario, según el

ART. 473. Si después de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, ó por cualquier título acrecieren nuevos bienes á la hacienda inventariada, se hará un inventario solemne de ellos, y se agregará al anterior[3].

Aun cuando el texto dice que el nuevo inventario debe formarse respecto de los bienes que, *por cualquier título*,

[1] Cód. ch., art. 380.
[2] Cód. ch., art. 382.
[3] Cód. ch., art. 383.

acrecieren á la hacienda del pupilo, en dicha expresión no se comprenden los frutos ó productos de los que han sido inventariados; dichos frutos, sea cual fuere su cuantía, aparecerán en las cuentas de la administración del guardador.

Dice el artículo que el nuevo inventario debe ser *solemne*, pero nos parece que ello debe entenderse con la excepción reconocida en el artículo 470, en el caso de que los nuevos bienes sean demasiados exiguos para soportar el gasto de la confección de inventario.

787. Es posible que entre los bienes del pupilo se encuentran cosas que no le pertenezcan, y sin embargo deben inventariarse y conservarse bajo la responsabilidad del guardador. Así lo prescribe el :

ART. 474. Debe comprender el inventario aun las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si se encontraren entre las que lo son; y la responsabilidad del tutor ó curador se extenderá á las unas como á las otras[1].

El tutor ó curador, en efecto, no es llamado á resolver, al formar el inventario, ninguna cuestión de propiedad : él debe consignar el hecho de que todas las cosas en aquél comprendidas, figuraban entre las del pupilo. Los verdaderos dueños tendrán, naturalmente, derecho á reclamar los bienes que les pertenezcan.

788. Según el

ART. 475. La mera aserción que se haga en el inventario de pertenecer á determinadas personas los objetos que se enumeran, no hace prueba en cuanto al verdadero dominio de ellos[2].

Esta disposición tiene, como es obvio, por objeto evitar que se defrauden los bienes del pupilo con meras declaraciones como las á que el texto se refiere : los dueños podrán reclamar los bienes de que aquí se trata, probando el dominio de ellos.

789. El inventario una vez hecho constituye prueba contra el tutor ó curador. Si después alega que hubo errores, tiene que probar que no pudo evitarlos :

[1] Cód. ch., art. 384.
[2] Cód. ch., art. 385.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Art. 476. Si el tutor ó curador alegare que por error se han relacionado en el inventario cosas que no existían, ó se ha exagerado el número, peso ó medida de las existentes, ó se le ha atribuído una materia ó calidad de que carecían, no le valdrá esta excepción; salvo que pruebe no haberse podido evitar el error con el debido cuidado de su parte, ó sin conocimiento ó experimentos científicos [1].

No será oído el guardador si pretende haber puesto en el inventario, á sabiendas, cosas que no recibió, aunque haya sido para favorecer de algún modo al pupilo :

Art. 477. El tutor ó curador que alegare haber puesto, á sabiendas, en el inventario cosas que no le fueron entregadas realmente, no será oído aunque ofrezca probar que tuvo en ello algún fin provechoso al pupilo [2].

790. De acuerdo con el

Art. 478. Los pasajes oscuros ó dudosos del inventario se interpretarán á favor del pupilo, á menos de prueba contraria [3].

Disposición análoga á la anterior es la que, relativa á los contratos, contiene el inciso 2º del artículo **1624**, según el cual : « Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas ó dictadas por una de las partes, sea acreedora ó deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambiguedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella ».

791. En caso de transmisión de la tutela ó curatela, debe procederse como se indica en el

Art. 479. El tutor ó curador que sucede á otro, recibirá los bienes por el inventario anterior y anotará en él las diferencias. Esta operación se hará con las mismas solemnidades que el anterior inventario, el cual pasará á ser así el inventario del sucesor [4].

No señala la ley término para hacer lo que este artículo prescribe; pero es natural decidir que ello ha de efectuarse inmediatamente que el nuevo tutor ó curador entre en el ejercicio de su cargo : no se trata en rigor de un nuevo inventario, sino de rectificar y anotar el existente.

[1] Cód. ch., art. 386. — *Bello :* « Para lo relativo al inventario se ha tenido presente á Gutiérrez, P. II, cap. 1. »
[2] Cód. ch., art. 387. — *Bello :* L. 120, tit. 18, P. 3.
[3] Cód. ch., art. 388.
[4] Cód. ch., art. 389.

792. Debemos advertir, para terminar, que en los artículos **1434** á **1441** y **1448** del Código Judicial, se determina el procedimiento que debe seguirse para obtener que los guardadores entren, con las formalidades que hemos estudiado en este título, en ejercicio de la guarda.

TÍTULO XXIV.º

De la administración de los tutores y curadores relativamente á los bienes.

793. Estudiaremos la importante materia de este título en cinco secciones, así : 1ª de la representación del incapaz por el guardador; 2ª de la administración de los guardadores; 3ª de la responsabilidad de los guardadores; 4ª de la teneduría y de la rendición de cuentas; 5ª de los que ejercen indebidamente la guarda.

Sección I. — De la representación.

794. Conforme al

Art. 480. Toca al tutor ó curador representar ó autorizar al pupilo en todos los actos judiciales ó extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos ó imponerle obligaciones [1].

La parte final del artículo parece indicar que el tutor ó curador no tiene la representación del pupilo sino en los actos que puedan menoscabar los derechos de éste ó imponerle obligaciones; de donde resultaría que el tutor ó curador no podría representar al pupilo en los actos por los cuales sólo se adquieren derechos. Esta consecuencia sería exagerada y tal no ha sido la idea del legislador. El guar-

[1] Cód. ch., art. 390.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

dador puede representar al pupilo en toda clase de actos aunque no menoscaben sus derechos y no le impongan obligaciones. Por ejemplo, no hay duda de que el guardador representa al pupilo para interrumpir la prescripción que puede perjudicarle, aunque el acto de interrupción cede enteramente en beneficio del pupilo, salva sus derechos y no los menoscaba ni le impone obligación ninguna.

Asimismo puede el guardador aceptar en nombre del pupilo úna donación enteramente gratuita (art. 1468).

Lo que ha querido decir el legislador, es que cuando un acto menoscaba los derechos del pupilo ó le impone obligaciones, la intervención del guardador es necesaria para que el acto sea plenamente válido.

795. La disposición final del artículo 480 tiene, pues, importancia para la determinación de los actos que un pupilo puede ejercer por sí solo, por lo menos cuando se trata de un menor adulto; pero, en todo caso, es demasiado general, porque si se trata, por ejemplo, de un demente, éste no puede intervenir en acto ninguno, y tocará al curador representarlo en todos los actos que le interesen, de cualquiera naturaleza que sean.

El texto dice representar ó *autorizar;* respecto del impúber no hay lugar sino á representación; sólo el curador puede emplear indistintamente el sistema de la representación ó el de la autorización. El artículo 529[1] nos explica esta particularidad. El curador puede obrar solo y por sí mismo en nombre del pupilo, y en tal caso se dice que lo representa, ó bien hace intervenir al pupilo dándole la administración de algunos bienes, y cuando tal sucede, tiene que autorizar los actos del pupilo relativos á dicha administración. Además, el curador puede hacer intervenir al pupilo, autorizándolo, no sólo en actos de administración, sino también en cualesquiera otros, como se deduce del artículo 301.

Mas esto supone en todo caso que el pupilo goza de cierta capacidad; el sistema de la autorización no es aplicable ni á los dementes ni á los sordomudos que no pueden hacerse

[1] V. *infrà,* n. 863.

entender por escrito, sino á los menores adultos y á los pródigos en entredicho. Tanto los impúberes como los dementes, son absolutamente incapaces (art. 1504), por lo cual decimos que el tutor tiene necesariamente que representar al pupilo, pero que no puede autorizarlo.

En la mayor parte de los casos, habrá, pues, representación. Atrás se ha dicho en qué consiste. En virtud de la representación, el tutor ó curador obra por sí sólo, discute el respectivo acto jurídico, establece las condiciones de él en nombre del representado, y los efectos del acto se producen para el último siempre que se haya ejecutado con los poderes suficientes. El representado es quien adquiere, se hace acreedor ó se obliga por el acto del representante, sin que se produzca ningún efecto entre el representado y el tercero que con él contrata.

Del tutor ó curador se dice que son representantes legales, porque derivan sus poderes de la ley, por oposición á los mandatarios que los derivan de la voluntad de los mandantes; se dice entonces que hay representación *convencional* ó *voluntaria.*

796. Según el

ART. 500. En todos los actos y contratos que ejecute ó celebre el tutor ó curador *en representación del pupilo,* deberá expresar esta circunstancia en la escritura del mismo acto ó contrato; so pena de que omitida esta expresión, se repute ejecutado el acto ó celebrado el contrato en representación del pupilo, si fuere útil á este, y no de otro modo [1].

Este artículo parece tener por objeto impedir que el tutor ó curador administre, como sucedía en derecho romano, en su propio nombre. Fácilmente se comprende la regla : sería peligroso que el guardador pusiera en cabeza suya los derechos que pueden pertenecer al pupilo, para traspasárselos al fin de la tutela. Pero nos parece mala la terminología del texto en cuanto expresa la sanción señalada : ¿qué quiere decir que « se reputará ejecutado el acto ó celebrado el contrato en *representación* del pupilo, si fuere útil á éste? » Podría entenderse en el sentido de que el acto producirá los

[1] Cód. ch., art. 411.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

mismos efectos que si hubiera sido ejecutado realmente en nombre del pupilo, y esto no podemos admitirlo.

El acto en que no se expresa que se hace en representación del pupilo, por el tutor ó curador en esta calidad, es completamente extraño al pupilo, y no puede producir ningún efecto en él.

La cuestión no puede presentarse sino entre el tutor ó curador y el pupilo, y creemos que el texto á pesar de su terminología debe interpretarse en el sentido de que podrá ó no reclamarse de aquél en favor del pupilo el beneficio del acto, según que le sea ó no ventajoso.

797. Si hay varios tutores ó curadores generales, y la administración no se ha dividido entre ellos, todos tienen que intervenir de consuno ó sea conjuntamente, en los actos que interesan al pupilo, según lo dispuesto en el inciso 1° del

Art. 502 [1]. Habiendo muchos tutores ó curadores generales, todos ellos autorizarán de consuno los actos y contratos del pupilo; pero en materias que, por haberse dividido la administración, se hallan especialmente á cargo de uno de dichos tutores ó curadores, bastará la intervención ó autorización de éste solo.

Ya sabemos que este modo de intervención no es posible sino para el curador.

798. Además, los guardadores que administran en común pueden conferir mandato á uno de ellos para que obre solo; pero subsistirá la responsabilidad de que habla la parte final del inciso 2° del mismo artículo 502 :

Se entenderá que los tutores ó curadores obran de consuno, cuando uno de ellos lo hiciere á nombre de los otros, en virtud de un mandato en forma; pero subsistirá en este caso la responsabilidad solidaria de los mandantes.

799. Si hubiere discordia entre los guardadores se procederá como se indica en el inciso 3° :

En caso de discordia entre ellos, decidirá el prefecto.

Se sabe que la palabra *prefecto* se toma aquí por juez, que es como el texto debe entenderse.

[1] Cód. ch., art. 413.

Sección II. — De la administración.

800. El tutor ó curador tiene la obligación de administrar los bienes del pupilo, lo que comprende, de una manera general, la obligación de vigilar por su conservación, de repararlos y cultivarlos. Así lo dice el

Art. 481. El tutor ó curador administra los bienes del pupilo, y es obligado á la conservación de estos bienes y á su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive [1].

El guardador reemplaza en algún modo al padre del pupilo, en la defensa de los intereses de éste; natural es, por consiguiente, que sea obligado como un buen padre de familia y responsable de la culpa leve conforme al inciso 4° del artículo 63. De observar es además que, en la legislación colombiana, el guardador, como lo veremos, es remunerado; por cuanto puede decirse que la tutela (que en el fondo tiene el carácter de cuasicontrato) se establece « para beneficio recíproco de las partes » y debe quedar sometida á la regla del artículo 1604 respecto de los contratos de esta clase.

¿Qué poderes tiene el tutor? En principio los de un administrador y respecto de él precisamente se indica qué actos son de administración y cuales no.

Al título 24 habrá, pues, qué referirse cuando se trate de saber qué es acto de administración. Los actos de administración son los que el tutor puede ejecutar solo en virtud de sus poderes generales de representante.

Veremos en cuatro parágrafos : 1° los actos que el tutor ó curador puede ejecutar por sí solo, es decir, los actos de administración; 2° los actos que no puede ejecutar sin autorización judicial; 3° los actos que le son absolutamente prohibidos; 4° los que especialmente está obligado á ejecutar.

§ 1.° *Actos que el tutor ó curador puede ejecutar por sí solo.*

801. El Código no enumera esta clase de actos; del princi-

[1] Cód. ch., art. 391.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

pio general de que el tutor ó curador representa al pupilo en los actos judiciales y extrajudiciales, resulta que el guardador puede ejecutar por sí solo todos los actos para los cuales no se exige autorización y que no le estén formalmente prohibidos.

Entre los actos que se consideran como de administración y que puede ejecutar libremente el tutor ó curador deben citarse :

la conservación, reparación y cultivo de los bienes (art. 481);

el empleo de los capitales del pupilo, lo cual debe hacerse en los términos indicados por el artículo 495;

el dar recibo á los deudores del pupilo por el pago de los créditos ó de las rentas, que le deban. El artículo 494, que podría suprimirse por ser evidente lo que en el se establece, declara que :

ART. 494. Los deudores del pupilo que pagan al tutor ó curador, quedan libres de todo nuevo pago[1].

Constituye también acto de administración el arriendo por corto tiempo de los bienes raíces del pupilo, en los términos del

ART. 496. No podrá el tutor ó curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco, ni por más número de años que los que falten al pupilo para llegar á los veintiuno.

Si lo hiciere, no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo, ó para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que excediere de los límites aquí señalados[2].

La limitación impuesta al guardador en este artículo, se impone asimismo á todos los administradores legales de bienes ajenos como puede verse en el artículo **304** respecto del padre de familia; en el 645 (hoy derogado) respecto del administrador de los bienes de una persona jurídica, y en el **1813**, respecto del marido que administra bienes de su mujer.

[1] Cód. ch., art. 405. — *Bello* : « Se reforma en parte la ley 4, t. 14, P. 5, (Véase Gutiérrez, Part. 2, c. 22). »
[2] Cód. ch., art. 407.

802. Acerca del inciso 2º del artículo 496 debe observarse que en todo caso los que sucedan al pupilo á título oneroso en el dominio del predio no están obligados á respetar el arriendo, aun en los límites indicados por el texto, sino cuando consta por escritura pública (art. **2020**, inc. 2º).

De lo dicho resulta que el ejecutar los actos de pura administración, al propio tiempo que una facultad constituye para el tutor ó curador una obligación.

803. Es posible que al guardador testamentario se le imponga la obligación de consultar para los actos de su administración á otra persona y entonces se procederá como se indica en el

ART. 482. Si en el testamento se nombrare una persona á quien el guardador haya de consultar en el ejercicio de su cargo, no por eso será éste obligado á someterse al dictamen del consultor, ni haciéndolo, cesará su responsabilidad.

Si en el testamento se ordenare expresamente que el guardador proceda de acuerdo con el consultor, tampoco cesará la responsabilidad del primero por acceder á la opinión del segundo; pero habiendo discordia entre ellos, no procederá el guardador sino con autorización del juez ó prefecto, que deberá concederla con conocimiento de causa[1].

§ 2.º *Actos que el tutor ó curador no puede ejecutar sino con autorización judicial.*

804. Estos son los que en números separados pasamos á estudiar.

1.º) *Enajenación de los inmuebles.* — De acuerdo con el

ART. 483. No será lícito al tutor ó curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca ó servidumbre, ni enajenar ó empeñar los muebles preciosos ó que tengan valor de afección; ni podrá el juez ó prefecto autorizar esos actos, sino por causa de utilidad ó necesidad manifiesta[2].

Los inmuebles son generalmente cosas de gran valor, y además presentan una seguridad mayor que la de los bienes muebles; no debe, pues, permitirse que el guardador pueda

[1] Cód. ch., art. 392.
[2] Cód. ch., art. 393.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

enajenarlos libremente. Se exige en consecuencia autorización del juez, quien no puede darla sino por causa de utilidad ó de necesidad manifiesta.

805. Además, en tal caso la venta tiene que hacerse en pública subasta, como lo dispone el inciso 1° del

ART. 484[1]. La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo, enumerados en los artículos anteriores se hará en pública subasta.

Se ha querido con esto evitar todo fraude del tutor ó curador que podría entenderse en la venta amigable con el comprador para venderla á bajo precio y partir con él la diferencia, y sobre todo procurar el mayor valor para las cosas vendidas, merced á la libre concurrencia de los postores.

806. ¿Qué valor tendrán las enajenaciones de inmuebles hechas en contravención á los artículos 483 y 484 1°, ya porque falte la autorización judicial ya porque se haya prescindido de la subasta pública?

La expresión que emplea el artículo 483 *no será lícito*, podría dar á entender que la venta consentida sin autorización es un acto ilícito y por lo mismo absolutamente nulo; pero no es así, como lo veremos al estudiar el artículo 1741 que resuelve la cuestión.

807. El inciso 2° del artículo 484 agrega :

No obstante la disposición del artículo 483, si hubiere precedido decreto de ejecución y embargo sobre bienes raíces del pupilo, no será necesario nuevo decreto para su enajenación.

Esto es obvio y como tal quizá inútil, pues no hay para qué exigir lo que no puede rehusarse.

808. 2.°) *Hipoteca*. — La hipoteca según el artículo 2432, « es un derecho de prenda constituído sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor. » En términos más claros : la hipoteca es un derecho real constituído sobre un inmueble para asegurar el pago de un crédito.

[1] Cód. ch., art. 394. — El texto dice « en los artículos anteriores », siendo así que sólo el 483, ó sea el inmediatamente anterior, habla de los bienes á que el 484 del Código colombiano se refiere.

La hipoteca es un desmembramiento de la propiedad y conduce á su enajenación forzosa si, vencido el plazo, no se paga el crédito. Así, la hipoteca puede considerarse como una enajenación parcial, una enajenación en potencia, por decirlo así, tanto más peligrosa cuanto que no despoja inmediatamente al dueño de sus cosas. Las mismas razones que obran en el caso de la venta, explican por tanto que el tutor ó curador no pueda hipotecar sino en caso de utilidad ó necesidad manifiesta y con autorización del juez.

Sin embargo, de conformidad con el inciso 3° del artículo 484,

Tampoco será necesario decreto judicial para la constitución de una hipoteca ó servidumbre, sobre bienes raíces que se han trasferido al pupilo con la carga de constituír dicha hipoteca ó servidumbre.

809. 3.°) *Constitución de servidumbres*. — La servidumbre también es desmembramiento de la propiedad (art. 879), por lo cual le son aplicables las mismas razones expuestas acerca de la constitución de hipoteca : á uno y otro gravamen se refiere el artículo 483 y el inciso 3° del 484.

810. 4.°) *Enajenación de los muebles preciosos ó que tengan valor de afección*. — El artículo 483 en cuanto se refiere á la enajenación de los muebles preciosos es muy vago. ¿Qué se entiende por esa expresión? : los muebles de gran valor. Pero ¿qué valor debe tener el mueble para que se le considere como precioso? Esta es cuestión de hecho que resolverá el juez.

Los bienes que tienen valor de afección son aquellos que, aun cuando no lo tengan intrínseco sí son ó pueden ser de gran importancia para el pupilo, por cuanto son recuerdos de familia, etc.

Respecto de los muebles de que hablamos en este número se exige también que la venta se haga en pública subasta (art. 484, inc. 1°); esta solución se justifica respecto de los muebles preciosos del mismo modo que respecto de los inmuebles; pero de ningún modo en cuanto á los muebles que sólo tienen valor de afección; este no es elemento apreciable en las subastas públicas.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

811. 5.°) *Empeño de estos muebles.* — Conforme al artículo 2409 : « por el contrato de *empeño* ó *prenda* se entrega una cosa mueble á un acreedor para la seguridad de su crédito. » El empeño es, en consecuencia, para los muebles preciosos ó que tengan valor de afección, lo que la hipoteca para los inmuebles; constituye también una especie de enajenación parcial, y por lo tanto se le aplica la misma regla.

812. 6.°) *Partición de los bienes raíces ó hereditarios.* — En el estado de indivisión, cada uno de los comuneros tiene derecho al todo por la parte que le corresponde. Por la división cada cual renuncia á la parte que le correspondía sobre los objetos que se atribuyen á los demás y adquiere derecho exclusivo sobre lo que le toca en la partición. La división equivale, pues, á una adquisición y á una enajenación, y por ello se explica que sea necesario un decreto judicial previo que la autorice para que al guardador le sea lícito proceder á la división de bienes raíces ó hereditarios del pupilo, como lo dice el inciso 1° del

Art. 485[1]. Sin previo decreto judicial no podrá el tutor ó curador proceder á la división de bienes raíces ó hereditarios que el pupilo posea con otros *proindiviso*.

Como nadie puede ser obligado á permanecer en indivisión (art. 2334) todo comunero puede obtener un decreto judicial que ordene la partición de los bienes comunes, y cuando tal suceda respecto de bienes raíces ó hereditarios, que con otros posea proindiviso un pupilo, el guardador podría entrar en dicha partición sin que sea preciso nuevo decreto que, con relación al pupilo, la autorice. Así resulta del inciso 2° del artículo 485 :

Si el juez ó prefecto, á petición de un comunero ó coheredero, hubiere decretado la división, no será necesario nuevo decreto.

Pero una vez hecha la división, sea que previamente la haya autorizado el juez á solicitud del guardador ó de un tercero, será necesario nuevo decreto judicial como se prescribe en el

[1] Cód. ch., art. 396.

Art. 488. Hecha la división de una herencia, ó de bienes raíces que el pupilo posea con otros proindiviso, será necesario, para que tenga efecto, nuevo decreto judicial, que con audiencia del respectivo defensor la apruebe y confirme[1].

813. 7.°) *Repudiación de herencias, donaciones ó legados.* — No puede repudiar el guardador una liberalidad hecha en favor del pupilo, sino con previo decreto judicial que lo autorice para ello. Pero sí puede aceptarla el guardador por sí solo; mas si se trata de una herencia, deberá aceptarla con beneficio de inventario, y si de una donación ó legado, que imponga obligaciones ó gravámenes al pupilo, será preciso que las cosas donadas ó legadas se tasen previamente. Así lo establecen los artículos 486 y 487 :

Art. 486. El tutor ó curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin decreto judicial, con conocimiento de causa, ni aceptarla, sin beneficio de inventario[2].

Art. 487. Las donaciones ó legados no podrán tampoco repudiarse sin decreto judicial; y si impusieren obligaciones ó gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas ó legadas[3].

La aceptación con beneficio de inventario tiene por objeto impedir que el heredero pueda ser obligado á pagar más de lo que reciba, con motivo de las deudas que graven la sucesión. Mediante la tasación de las cosas legadas ó donadas se verá si el valor de ellas no es inferior á los gravámenes. Del texto resulta que si se trata de una donación ó de un legado que no imponga al pupilo obligación ni gravamen, el guardador puede aceptar libremente.

814. 8.°) *Transacciones y compromisos.* — La ley exige dos decretos judiciales para las transacciones y compromisos que se celebren sobre derechos del pupilo que se valúen en más de mil pesos y sobre sus bienes raíces : un decreto que autorice la transacción ó el compromiso, y otro que los apruebe una vez efectuados :

Art. 489. Se necesita asimismo previo decreto para proceder á transacciones ó compromisos sobre derechos del pupilo, que se valúen en más de

[1] Cód. ch., art. 399.
[2] Cód. ch., art. 397.
[3] Cód. ch., art. 398.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

mil pesos, y sobre sus bienes raíces : y en cada caso la transacción ó el fallo del compromisario se someterá á la aprobación judicial, so pena de nulidad [1].

Según el artículo 2469 : « La *transacción* es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente ó precaven un litigio eventual. » La transacción implica el que cada una de las partes renuncia algo de sus pretensiones, es decir, que enajena parte de lo que considera su derecho. Por lo mismo, es conforme con los principios el que no pueda el guardador verificarla por su sola cuenta.

En lo tocante al *compromiso*, es un acto más grave todavía por el cual se renuncia al derecho de ocurrir al juez competente para que decida una litis, que se somete al fallo de personas particulares, quienes resuelven con prescindencia de las formas y de las garantías de la justicia ordinaria.

815. 9.°) *Empleo del dinero*. — De acuerdo con el

Art. 490. El dinero que se ha dejado ó donado al pupilo para la adquisición de bienes raíces, no podrá destinarse á ningún otro objeto que la impida ó embarace ; salvo que intervenga autorización judicial con conocimiento de causa [2].

816. 10.°) *Donaciones en dinero ú otros bienes muebles*. — Á esto se refieren los incisos 2° y 3° del artículo 491 :

Sólo con previo decreto judicial podrán hacerse donaciones en dinero ú otros bienes muebles del pupilo; y no las autorizará el juez, sino por causa grave, como la de socorrer á un consanguíneo necesitado, contribuir á un objeto de beneficencia pública, ú otro semejante ; y con tal que sean proporcionadas á las facultades del pupilo, y que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos.

Los gastos de poco valor para objetos de caridad, ó de lícita recreación, no están sujetos á la precedente prohibición.

Sin duda que los regalos de poco valor que la costumbre autoriza en ciertos días y casos, se comprende también entre las erogaciones gratuitas de que habla el último inciso del artículo 491, pues esto se halla de acuerdo con el espíritu general del Código que, en casos análogos, los autoriza.

[1] Cód. ch., art. 400.
[2] Cód. ch., art. 401.

817. 11.°) *La fianza*. — De acuerdo con el

Art. 493. El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que sólo autorizará esta fianza á favor de un cónyuge, de un ascendiente ó descendiente legítimo ó natural, y por causa urgente y grave [1].

En efecto, según el artículo 2361 : « La *fianza* es una obligación accesoria, en virtud de la cual una ó más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor á cumplirla en todo ó parte, si el deudor principal no la cumple. » Esto, como se ve, puede ser muy peligroso para los intereses del pupilo, y de aquí que la ley no autorice al guardador para obligarlo mediante una fianza sino con los tres requisitos de que habla el texto, á saber : un decreto judicial previo; que se haga á favor del cónyuge ó de consanguíneos en línea ascendiente ó descendiente; causa grave y de urgencia que tocará al juez calificar.

818. 12.°) *Pago de anticipaciones hechas por el mismo guardador*. — En virtud del inciso 1° del artículo 499,

Art. 499 [2]. El tutor ó curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho á beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plazo : mas para ello deberá ser autorizado por los otros tutores ó curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, ó por el juez ó prefecto en subsidio.

819. Además, según el inciso 2° :

Si el pupilo le fuere deudor de alguna especie, raíz ó mueble, á título de legado, fideicomiso, ó cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor ó curador por los otros tutores ó curadores generales, ó por el juez ó prefecto en subsidio.

Esta regla es aplicación del principio de que el guardador no puede figurar en un acto jurídico á la vez en su nombre personal y como representante del pupilo cuando tienen intereses opuestos [3]; pero es de notar que tratándose de la posesión material, que es un hecho, si el guardador se pone por sí mismo en posesión, no habrá duda de que deberá con-

[1] Cód. ch., art. 404.
[2] Cód. ch., art. 410.
[3] V. *infrà*, el comentario del artículo 501.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

sierársele como poseedor, y la regla, prácticamente, carecerá de sanción.

Eso sucederá, por lo menos, cuando se trate de mera entrega material que no constituya acto jurídico, como en caso de legado, en que el legatario es propietario en virtud de la sola disposición testamentaria. Si, por el contrario, la entrega constituye un pago, acto jurídico que requiere voluntad de deudor que paga, es claro que el pago será irregular si no se hace en las formas indicadas por el texto.

820. 13.°) *Actos en que tengan interés el tutor ó curador ó alguna de las personas enumeradas en el artículo 501.* — El inciso 1° de este artículo establece que,

ART. 501 [1]. Por regla general, ningún acto ó contrato en que directa ó indirectamente tenga interés el tutor ó curador, ó su cónyuge, ó cualquiera de sus ascendientes ó descendientes legítimos ó de sus padres ó hijos naturales, ó de sus hermanos legítimos ó naturales, ó de sus consanguíneos ó afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, ó de su padre y madre adoptantes ó hijo adoptivo, ó de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse ó celebrarse sino con autorización de los otros tutores ó curadores generales que no estén implicados de la misma manera, ó por el juez ó prefecto en subsidio.

De esta disposición resulta que el tutor ó curador puede intervenir como representante del pupilo aunque esté interesado directamente ¿Qué deberá entenderse por esto? Creemos que el texto con ello se refiere á todos los actos en que el guardador es parte. Pero nos parece que en ellos podrá intervenir el tutor ó curador, tanto en nombre del pupilo como en su propio nombre, sólo cuando no tenga intereses opuestos á los del pupilo, como en el acto de tomar en común con él una casa en arrendamiento.

Mas si sus intereses son opuestos á los del incapaz, como cuando quiera comprar por su propia cuenta un inmueble del pupilo, cosa que el Código no prohibe, no se concibe cómo pueda el guardador, obrando en nombre del pupilo, venderse á sí mismo, aun con autorización. En tal caso tendríamos en el tutor ó curador dos personas distintas, que se

[1] Cód. ch., art. 412.

obligarían recíprocamente. Nos parece que en tal caso deberá nombrarse al pupilo un curador especial que contrate con el guardador, como el artículo 499, inc. 2°, lo decide en un caso particular.

Tales son los actos que el tutor ó curador no puede ejecutar sin autorización judicial.

821. No habla el Código de los empréstitos; de donde resulta que el tutor ó curador puede tomar dinero prestado, y obligará al pupilo si lo toma en nombre de él, lo que puede ser bastante peligroso.

822. ¿Cuál es la sanción de la prohibición hecha al guardador de no ejecutar los actos que hemos enumerado sin decreto judicial que los autorice? En primer lugar, el tutor ó curador será personalmente responsable de los perjuicios sufridos por el pupilo con motivo de estos actos; pero además hay una sanción más fuerte : la nulidad del acto, que podría invocar el pupilo, sin tener que justificar daño alguno. Los terceros están, en consecuencia, interesados en no tratar con el guardador sino dentro de los límites de sus poderes.

823. Acerca del procedimiento que debe seguirse en todos los casos en que el tutor ó curador necesite autorización de la justicia para los actos que interesan al pupilo, véanse los artículos 1557 á 1567 del Código Judicial, sobre *Intervención judicial en la administración de los guardadores.*

§ 3.° *Actos que se prohiben absolutamente al guardador.*

824. 1.°) *Donación de los bienes raíces.* — El inciso 1° del artículo 491 dice terminantemente :

ART. 491 [1]. Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto judicial.

Semejante donación sería, pues, absolutamente nula.

825. 2.°) *Remisión gratuita de un derecho inmueble.* — Según el

[1] Cód. ch., art. 402.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ART. 492. La remisión gratuita de un derecho se sujeta á las reglas de la donación [1].

Se trata, por ejemplo, de la remisión á un deudor de lo que debe al pupilo. Es preciso distinguir los derechos inmuebles, y los muebles. Los derechos son inmeubles ó muebles según su objeto (art. 667); de donde resulta que no puede remitirse gratuitamente un derecho inmueble; pero con autorización judicial, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 491, se puede remitir un derecho mueble, por ejemplo una deuda de dinero de un consanguíneo necesitado.

826. 3.°) *Fianza*. — Salvo en los casos que arriba citamos, en que puede prestarse con previo decreto judicial (art. 493), no podrá otorgarse fianza por el guardador para comprometer al pupilo.

827. 4.°) *Arriendo por largo tiempo*. — Como se ha visto (art. 496), el tutor ó curador no puede dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco, ó de los que falten al pupilo para llegar á los 21 (tratándose de un menor adulto, se entiende).

Pero la sanción en este caso es especial; no consiste en la nulidad del arriendo, sino en su reducción á los límites señalados (art. 496, inciso 2.°)

828. 5.°) *Compra y arriendo de bienes raíces por el guardador y por ciertos parientes suyos*. — El artículo 501, que en su primer inciso habla de los actos ó contratos que no puede celebrar el tutor ó curador sin previo decreto judicial, cuando tengan él ó sus parientes ó consocios interés directo ó indirecto, agrega en el inciso 2° :

Pero ni aun de este modo podrá el tutor ó curador comprar bienes raíces del pupilo, ó tomarlos en arriendo ; y se extiende esta prohibición á su cónyuge y á sus ascendientes ó descendientes legítimos ó naturales, padres adoptantes ó hijo adoptivo.

Del texto anterior, puesto en relación con el inciso 1° del mismo artículo 501, resulta que el tutor ó curador puede

[1] Cód. ch., art. 403.

comprar los bienes muebles del pupilo ó alquilarlos, en virtud de decreto judicial que para ello lo autorice.

§ 4.° *Actos que el guardador está especialmente obligado á ejecutar.*

829. Hemos dicho que el tutor ó curador está obligado á ejecutar de una manera general todos los actos que interesen á la administración de los bienes, á su conservación, reparación, cultivo, etc. El título 24 enumera los siguientes actos cuya ejecución se impone de un modo especial al guardador :

1.°) *Empleo del dinero ocioso*. — De esto trata el

ART. 495. El tutor ó curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza.

Podrá, si lo estimare preferible, emplearlo en la adquisición de bienes raíces.

Por la omisión en esta materia será responsable del lucro cesante, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesto y sin peligro [1].

Como se ve, no se fija ni tiempo mínimo después del cual el guardador sea responsable de los intereses, ni suma mínima que haya de emplearse. La cuestión de saber si el tutor ó curador ha cometido faltas en esto, es cuestión de hecho, cuya solución variará según las circunstancias.

830. 2.°) *Cobro de lo que al pupilo se deba*. — Según el

ART. 497. Cuidará el tutor ó curador de hacer pagar lo que se deba al pupilo, inmediatamente que sea exigible el pago, y de perseguir á los deudores por los medios legales [2].

831. 3.°) *Interrupción de las prescripciones*. — Se lee en el

ART. 498. El tutor ó curador tendrá especial cuidado de interrumpir las prescripciones que puedan correr contra el pupilo [3].

[1] Cód. ch., art. 406.
[2] Cód. ch., art. 408.
[3] Cód. ch., art. 409.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

La prescripción ordinaria se suspende en favor de los individuos que están bajo tutela ó curaduría (art. 2530). No se trata aquí, pues, sino de la extraordinaria, que es de treinta años, la cual, según el artículo 2532, no se suspende en favor de las personas enumeradas en el artículo 2530. Además, en ciertas acciones que se prescriben en corto tiempo, la prescripción corre también contra toda persona (art. 2544 y 2545), y á esta prescripción se refiere asimismo el artículo en que nos ocupamos.

Sección III. — De la responsabilidad de los guardadores.

832. El tutor ó curador, como en general, todos los administradores de bienes ajenos, es responsable hasta de la culpa leve inclusive (art. 481), es decir, de aquella en que un padre de familia no debe incurrir (art. 63).

Cuando hay varios tutores ó curadores, todos ellos son solidariamente responsables en caso de que administren conjuntamente, y siempre que obren de consuno, ya por sí mismos, ya por uno de ellos que los represente á todos (art. 502, inc. 2.º)

¿En qué consiste esta solidaridad? En que pueda exigirse de cada guardador el pago íntegro de lo que deban todos con motivo de su administración ó de sus faltas, quedando á salvo, á quien paga, acción contra los otros por lo que deban, de modo que la insolvencia de un tutor ó curador no perjudica al pupilo sino á los que, con aquél, desempeñan la guarda.

833. Cuando se divide la administración, cada cual no responde sino de sus propios actos, pero será responsable subsidiariamente de la mala administración del tutor ó curador cuyos actos hubiera podido impedir promoviendo exhibición de cuentas en virtud del artículo 505. Todo lo anteriormente dicho es conforme con lo establecido en el

Art. 508. La responsabilidad de los tutores y curadores que administran conjuntamente es solidaria; pero dividida entre ellos la administración, sea por el testador, sea por disposición ó con aprobación del juez ó prefecto, no será responsable cada uno, sino directamente de sus propios actos, y subsidiariamente de los actos de los otros tutores ó curadores, en cuanto ejerciendo el derecho que les concede el artículo 505, hubieran podido atajar la torcida administración de los otros tutores ó curadores.

Esta responsabilidad subsidiaria se extiende aun á los tutores ó curadores generales que no administran.

Los tutores ó curadores generales están sujetos á la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administración de los curadores adjuntos [1].

834. Sin embargo, al tenor del

Art. 509. La responsabilidad subsidiaria que se prescribe en el artículo precedente, no se extiende á los tutores ó curadores que, dividida la administración por disposición del testador ó con autoridad del juez ó prefecto, administren en diversos departamentos [2].

835. Pero para que la división exima de la responsabilidad solidaria, conforme al artículo 508, es preciso que ella sea obra del tutor ó de los guardadores con aprobación del juez: la que hacen por acuerdo privado, natural es que no los exima de la obligación de responder solidariamente unos por otros, como lo prescribe el

Art. 510. Es solidaria la responsabilidad de los tutores ó curadores, cuando sólo por acuerdo privado dividieren la administración entre sí [3].

Sección IV. — De la teneduría y de la rendición de cuentas.

§ 1.º *Teneduría de las cuentas.*

836. Conforme al inciso 1º del

Art. 504 [4]. El tutor ó curador es obligado á llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable, documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; á exhibirla luégo que termine su administración; á restituír los bienes á quien por derecho corresponda; y á pagar el saldo que resulte en su contra.

Los términos *fiel* y *exacta* implican que la cuenta debe ser conforme á la verdad; la cuenta puede ser inexacta sin ser

[1] Cód. ch., art. 419.
[2] Cód. ch., art. 420.
[3] Cód. ch., art. 421.
[4] Cód. ch., art. 415. — *Bello,* sobre el inciso 2º: « Si el testador desea ser liberal con el tutor ó curador, puede serlo de mil otros modos. ¿Á que poner tentaciones á la probidad de los tutores? »

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

infiel; será infiel si la inexactitud es voluntaria por parte del guardador, y simplemente inexacta si la inexactitud es involuntaria. Es prohibido, pues, al tutor cometer errores, pero se entiende de aquellos que no comete un buen padre de familia.

Documentada. — Esto indica que el guardador debe agregar á la cuenta los respectivos comprobantes, como facturas, recibos, escrituras, etc.

837. Según el inciso 2º del mismo artículo 504,

Comprende esta obligación á todo tutor ó curador, incluso el testamentario, sin embargo de que el testador le haya exonerado de rendir cuenta alguna, ó le haya condonado anticipadamente el saldo; y aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador, y aunque se le dejen bajo la condición precisa de no exigir la cuenta ó el saldo. Semejante condición se mirará como no escrita.

En consecuencia, esta disposición es de las que hemos llamado de orden público.

§ 2.º *Rendición de cuentas y restitución de bienes.*

838. El guardador tiene precisamente que rendir cuentas al terminar la guarda, pero el juez puede obligarlo á que las exhiba, en cualquier tiempo, á otro tutor ó á un curador especial. Los demás tutores ó curadores, los consanguíneos más próximos del pupilo, su cónyuge, ó el respectivo defensor, pueden asimismo provocar esta providencia :

Art. 505. Podrá el juez ó prefecto mandar de oficio, cuando lo crea conveniente, que el tutor ó curador, aun durante su cargo, exhiba las cuentas de su administración ó manifieste las existencias á otro de los tutores ó curadores del mismo pupilo, ó á un curador especial, que el juez ó prefecto designará al intento. Podrá provocar esta providencia, con causa grave, calificada por el juez verbalmente, cualquier otro tutor ó curador del mismo pupilo, ó cualquiera de los consanguíneos más próximos de éste, ó su cónyuge, ó el respectivo defensor[1].

Sabemos que los tutores ó curadores pueden ser responsables de la mala administración de uno de ellos por no

[1] Cód. ch., art. 416.

haber ejercido á su debido tiempo el derecho que les concede el artículo 505.

Pero la cuenta completa y definitiva es la que el tutor ó curador tiene que rendir al fin de la tutela ó curaduría. El principio sobre esta materia lo establece el artículo 504.

839. ¿Á quien y por quién debe rendirse la cuenta? Esto varía : La guarda puede terminar *a parte tutoris* ó *curatoris* ó *a parte pupilli*.

A parte tutoris ó *curatoris* terminará por muerte del guardador, por excusa ó remoción.

Cuando tal sucede, la cuenta debe rendirse por el guardador mismo ó por sus representantes al nuevo tutor ó curador.

La guarda termina *a parte pupilli* por la muerte del pupilo, por su habilitación de edad, por la mayor edad ó por el decreto en que se pone término á la interdicción. Puede citarse además la emancipación por matrimonio, pero ya hemos visto que la emancipación por esta causa no se efectúa sino respecto del casado mayor de diez y ocho años. El varón que se casa antes de esta edad, necesita curador hasta los diez y ocho años; en cuanto á la mujer, sí es verdad que el matrimonio pone fin, en todo caso, á la curaduría, porque coloca á la mujer bajo potestad marital. También lo es que, separada de bienes, podría necesitar un curador, pero sería un curador adjunto, y aunque sea la misma persona que antes haya figurado como curador, siempre tendrá que rendir cuentas.

Cuando la guarda termina *a parte pupilli*, la cuenta, en general, debe rendirse al mismo pupilo ó á sus representantes, ó á sus herederos en caso de muerte, ó al marido si se trata de una mujer que se casa.

Sabemos que el habilitado de edad necesita, para aprobar la cuenta que le rinda su guardador, autorización judicial (art. 345).

840. De acuerdo con el

Art. 507. Habiendo muchos guardadores que administren de consuno, todos ellos, á la expiración de su cargo, presentarán una sola cuenta; pero si

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

se ha dividido entre ellos la administración, se presentará una cuenta por cada administración separada [1].

841. Además de la obligación de rendir cuentas, el guardador tiene que restituír, al terminar su cargo y tan pronto como fuere posible, los bienes del pupilo. Así lo preceptúa el inciso 1° del artículo 504, que ya conocemos, y el

Art. 506. Expirado su cargo procederá el guardador á la entrega de los bienes tan pronto como fuere posible; sin perjuicio de ejecutar en el tiempo intermedio aquellos actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo [2].

842. Rendida la cuenta, el guardador está obligado á pagar el saldo que en contra suya resulta (art. 504, inc. 1°). Y recíprocamente, si el saldo resulta en su favor, podrá exigirlo :

Art. 503. El tutor ó curador tiene derecho á que se le abonen los gastos que haya hecho en el ejercicio de su cargo : en caso de legítima reclamación, los hará tasar el prefecto [3].

El lugar en que está colocado este artículo, antes de los relativos á la teneduría y rendición de cuentas, indica que el tutor ó curador puede pagarse antes de que expire la tutela ó la curaduría. Pero, en este caso, no se comprende bien la expresión « tiene derecho á que se le abonen ». Pudiera entenderse en el sentido de que podrá abonarse á sí mismo los gastos que haya hecho, y asentar las respectivas partidas en la cuenta, quedando á salvo al pupilo el derecho de reclamar cuando la cuenta se rinda provisional ó definitivamente.

843. Según los artículos 511 y 512 :

Art. 511. Presentada la cuenta por el tutor ó curador, será discutida por la persona á quien pase la administración de los bienes.

Si la administración se trasfiere á otro tutor ó curador, ó al mismo pupilo habilitado de edad, no quedará cerrada la cuenta sino con aprobación judicial, oído el respectivo defensor [4].

[1] Cód. ch., art. 417.
[2] Cód. ch., art. 417.
[3] Cód. ch., art. 414.
[4] Cód. ch., art. 422.

Art. 512. Contra el tutor ó curador que no dé verdadera cuenta de su administración, exhibiendo á la vez el inventario y las existencias, ó que en su administración fuere convencido de dolo ó culpa grave, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; y se condenará al tutor ó curador en la cuantía apreciada y jurada ; salvo que el juez ó prefecto haya tenido á bien moderarla [1].

En otra parte (n. **320**) hemos criticado este sistema según el cual la persona que sufre un perjuicio puede apreciar bajo juramento la cuantía de él. Este medio se explica cuando se trata de una suma fija que se deba, de la existencia de un crédito, por ejemplo. Á falta de inventario, se comprende que el pupilo pueda apreciar la cuantía de su fortuna, si le era conocida; pero en la tasación de daños y perjuicios hay siempre cierta incertidumbre y cierto elemento de apreciación, que no debería dejarse á la fijación definitiva de un interesado. Verdad es que el artículo 512 da al juez derecho de moderar la cuantía fijada por el pupilo, lo que ordinariamente no se hace en materia de juramento. Pruébase con ello que, á pesar del juramento, no se confía en absoluto en lo que dice el pupilo.

844. Si el tutor ó curador no paga inmediatamente el saldo que resulte en su contra, pagará los intereses desde el día en que su cuenta quedare cerrada, ó haya habido mora en exhibirla :

Art. 513. El tutor ó curador pagará los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el día en que su cuenta quedare cerrada ó haya habido mora en exhibirla; y cobrará á su vez los del saldo que resulte á su favor, desde el día en que cerrada su cuenta los pida [2].

¿Cómo debe interpretarse esta disposición? En primer lugar ¿qué se entiende por *cuenta cerrada?* Á primera vista podría creerse que la cuenta se cierra por regla general cuando concluyen las funciones del guardador, es decir, con el hecho que pone fin á la guarda. Pero en tal caso no se

[1] Cód. ch., art. 423. — *Bello* : « L. 6, t. 11, p. 3.ª : Este juramento *in litem* no se da aquí, relativamente á la administración, sino por dolo ó culpa grave; en la ley citada hasta por culpa leve; ha parecido demasiado rigor ». — V. G. J. VIII, 213, 1; VI, 31, 2; IX, 146, 1; IX, 164, 1 y 2.
[2] Cód. ch., art. 424.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

comprendería la alternativa : ó « cuando haya habido mora en exhibirla ». En efecto, se entiende que la cuenta queda cerrada cuando se ha presentado y aquel á quien se rinde la ha aprobado (art. 514, inc. 2.º)

Por otra parte, habrá mora en exhibir la cuenta, cuando el guardador haya sido judicialmente reconvenido, según lo que en el inciso 3º del artículo 1608 se establece, y especialmente cuando no haya obedecido el guardador al juez que le manda exhibirla de conformidad con el artículo 505.

845. Finalmente, de acuerdo con el inciso 1º del

ART. 514 [1]. Toda acción del pupilo contra el tutor ó curador en razón de la tutela ó curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje.

El inciso 2º señala igual prescripción para los herederos del pupilo :

Si el pupilo fallece antes de cumplirse el cuadrienio, prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo.

En cuanto al guardador, no se fija prescripción especial, por ejemplo, para que pueda reclamar el saldo que le corresponde; esto queda sometido al derecho común sobre prescripción.

Sección V. — De los que ejercen indebidamente una guarda.

846. Leemos en el inciso 1º del

ART. 515 [2]. El que ejerce el cargo de tutor ó curador, no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor ó curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.

No nos parece aceptable esta disposición. En primer lugar, para que alguien ejerza una guarda creyendo erróneamente que es tutor ó curador, es preciso suponer que ignora la ley, lo que no se admite. Como además se presume que no se le ha discernido el cargo (caso previsto en el inciso 2º), las

[1] Cód. ch., art. 425.
[2] Cód. ch., art. 426.

personas que traten con él no son excusables. ¿Ni cómo puede jurídicamente obligarse al pupilo por actos de quien no es su representante, aun en el caso de que le hayan reportado ventaja á no ser que sea en virtud de la regla de que nadie debe enriquecerse sin causa á costa de otro?

Este caso debería dejarse sometido al derecho común del administrador de bienes ajenos sin mandato, y aplicarle la teoría de la agencia oficiosa.

847. No diremos lo mismo del inciso 2.º

Si se le hubiere discernido la tutela ó curaduría, y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho á la retribución ordinaria, y podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho á ejercerlo.

En el discernimiento el juez proclama el derecho del que se presenta á ejercer la guarda; los terceros y el mismo guardador (si es de buena fe) deberían tener derecho á que se aplicaran todas las reglas de la guarda en general.

848. El inciso 3º agrega :

Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor ó curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela ó curaduría, sin perjuicio de la pena á que haya lugar por la impostura.

849. De acuerdo con el

ART. 516 [1]. El que en caso de necesidad y por amparar al pupilo, toma la administración de los bienes de éste, ocurrirá al prefecto inmediatamente para que provea á la tutela ó curaduría, y mientras tanto procederá como agente oficioso, y tendrá solamente las obligaciones y derechos de tál. Todo retardo voluntario en ocurrir al prefecto, le hará responsable hasta de la culpa levísima.

En este caso se aplica, como es lógico, la teoría de la agencia oficiosa [2].

[1] Cód. ch., art. 427.
[2] Véanse los artículos 31, 382, 429, 435, 507, 686, 693, 724, 756, 836 á 839 del Código Penal, relativos á los guardadores en relación con sus pupilos.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

TÍTULO XXV.°

Reglas especiales relativas á la tutela.

850. En este título se establecen reglas relativas á la crianza y educación del impúber que esté bajo tutela. No se habla sino de la tutela, pero en el título siguiente, consagrado á la curaduría del menor adulto, encontramos el artículo 527, que dice :

ART. 527. Podrá el curador ejercer, en cuanto á la crianza y educación del menor, las facultades que en el título precedente se confieren al tutor respecto del impúber[1].

En efecto, los deberes de crianza y educación tienen que ejercerse tanto respecto del menor púber como del impúber. Por tanto, el título 26 no contiene sólo « reglas especiales relativas á la tutela », sino reglas especiales á la tutela y á la curaduría de los menores.

851. Según el inciso 1° del

ART. 517[2]. En lo tocante á la crianza y educación del pupilo, es obligado el tutor á conformarse con la voluntad de la persona ó personas encargadas de ellas, según lo ordenado en el título 22; sin perjuicio de ocurrir al prefecto ó juez cuando lo crea conveniente.

Para que tal disposición pueda aplicarse, es preciso suponer que el guardador no tenga el cuidado personal del menor. Ya hemos observado que tal hipótesis se halla en oposición con el artículo 430, según el cual : « La tutela y las curadurías generales se extienden no sólo á los bienes, sino á *la persona* de los individuos sometidos á ellas ». Sin embargo, puede decirse que en los casos de tutela ó curaduría del menor, se introduce una excepción al artículo 430.

[1] Cód. ch., art. 438.
[2] Cód. ch., art. 428.

852. Veamos en que casos es posible que el cuidado personal del menor no corra á cargo del guardador.

El artículo 517 hace una referencia al título 22 manifiestamente errónea : debe leerse título 12, puesto que éste es en el que se dice á quién corresponde la crianza y educación de los hijos de familia.

Estando vivos los padres, toca á ellos el cuidado personal del hijo, al propio tiempo que la patria potestad, y excepcionalmente la guarda.

¿Puede suceder que el padre ó la madre estén privados del cuidado personal, conservando la guarda? Así parece que se desprende de la primera parte del inciso 2° del artículo 517, mas no vemos en qué casos pueda suceder tal cosa :

Pero el padre ó madre que ejercen la tutela no serán obligados á consultar sobre esta materia á persona alguna, salvo que el padre, encargando la tutela á la madre, le haya impuesto esa obligación : en este caso se observará lo prevenido en el artículo 482.

Los casos en que puede privarse al padre del cuidado personal del hijo, á saber : inhabilidad física ó moral, son también casos de incapacidad para ejercer la guarda, y no se comprendería que el juez al privarlos del cuidado personal de los hijos los nombrara para la tutela ó curaduría, pues sería por todo extremo peligroso.

La hipótesis es más verosimil si se trata de la madre. Puede suceder que la madre en casos en que no tenga la patria potestad, se excuse de ejercer la guarda (art. 602), y conserve sin embargo el derecho de crianza y educación, respecto del cual el cariño materno puede suplir otras calidades de inteligencia, de conocimiento de los negocios que requiere el ejercicio de la guarda. En tal caso sí se aplicará el inciso 1° del artículo 517.

La parte final del inciso 2° del artículo 517 queda hoy sin aplicación; por cuanto en caso de muerte del padre ejerce la madre la patria potestad, de que por la sola voluntad del padre no puede privársele.

Muertos los padres, ¿á quién corresponderá el cuidado personal del menor? Creemos que, por regla general, tocará

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

al guardador. El tutor ó curador legítimo se designa según el orden del parentesco, y el inciso 2º del artículo 254 sienta la misma regla para determinar la persona que debe ocuparse en la educación y crianza del menor. Sin embargo, el juez puede elegir libremente entre los ascendientes ó los colaterales del pupilo, así como tiene la más amplia libertad para elegir la persona á quien encargue del cuidado personal del hijo.

853. Además, según el

ART. 519. El pupilo no residirá en la habitación ó bajo el cuidado personal de ninguno de los que, si muriese, habrían de suceder en sus bienes.

No están sujetos á esta exclusión los ascendientes legítimos, ni los padres naturales[1].

De este texto resulta que si el guardador heredero presunto del pupilo no es un ascendiente, no puede tenerlo en su casa.

Habrá, por tanto, casos en que el guardador no tenga el cuidado personal del pupilo. Á ellos se aplicará el inciso 1º del artículo 517.

854. Esto sentado, es preciso determinar el sentido de tal disposición.

Si el tutor ó curador no tiene el derecho de crianza y educación, está obligado á conformarse con la voluntad de la persona encargada de ella. ¿Qué debe entenderse por esto? Si el guardador no tiene tal función, es claro que no tiene para qué ocuparse en la crianza y educación del menor. Su deber en este caso se limita á pagar los gastos de dichas crianza y educación como lo pida la persona á cargo de la cual corran una y otra, y al guardador le quedará el derecho de ocurrir al juez á fin de que reduzca los gastos que parezcan exagerados. Esto se confirma con lo establecido en el

ART. 520[2]. Cuando los padres no hubieren provisto por testamento á la crianza y educación del pupilo, suministrará el tutor lo necesario para estos objetos, según competa al rango social de la familia; sacándolo de los bienes del pupilo, y en cuanto fuere posible de los frutos.

El tutor será responsable de todo gasto inmoderado en la crianza y educación del pupilo, aunque se saque de los frutos.

Para cubrir su responsabilidad, podrá pedir al juez que, en vista de las facultades del pupilo, fije el máximum de la suma que haya de invertirse en su crianza y educación.

[1] Cód. ch., art. 430.
[2] Cód. ch., art. 431. — *Bello*, l. 20, t. 16, p. 6.ª

855. De conformidad con lo dispuesto en el

ART. 521. Si los frutos de los bienes del pupilo no alcanzaren para su moderada sustentación y la necesaria educación, podrá el tutor enajenar ó gravar alguna parte de los bienes, no contrayendo empréstitos ni tocando los bienes raíces ó los capitales productivos, sino por extrema necesidad y con la autorización debida[1].

Á pesar de los términos en que está redactado el artículo, no establece excepción á las disposiciones que exigen decreto judicial para las enajenaciones de que habla el artículo 483.

856. Los artículos 522 y 523, son tan obvios de suyo que bastará reproducirlos:

ART. 522. En caso de indigencia del pupilo, recurrirá el tutor á las personas que por sus relaciones con el pupilo estén obligadas á prestarle alimentos, reconviniéndolas judicialmente, si necesario fuere, para que así lo hagan[2].

ART. 523. La continuada negligencia del tutor en proveer á la congrua sustentación y educación del pupilo, es motivo suficiente para removerle de la tutela[3].

857. Por último, conforme al artículo 518, el guardador tiene el deber de vigilar la persona encargada del cuidado personal del menor:

ART. 518. El tutor, en caso de negligencia de la persona ó personas encargadas de la crianza y educación del pupilo, se esforzará por todos los medios prudentes en hacerles cumplir su deber, y si fuere necesario ocurrirá al prefecto ó juez[4].

[1] Cód. ch., art. 432.
[2] Cód. ch., art. 433.
[3] Cód. ch., art. 434.
[4] Cód. ch., art. 429.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

TÍTULO XXVI.°

Reglas especiales relativas á la curaduría del menor.

858. Las disposiciones de los artículos 524 y 525, son tan evidentes, que podrían haberse omitido :

ART. 524. La *curaduría del menor*, de que se trata en este título, es aquella á que sólo por razón de su edad está sujeto el adulto emancipado[1].

ART. 525. Al menor que ha obtenido habilitación de edad no puede darse curador. Ninguna de las disposiciones de este título le comprende[2].

Las reglas especiales á la curaduría del menor se refieren á dos puntos : nombramiento del curador, y administración de los bienes.

§ 1.° *Nombramiento del curador.*

859. El Código da al menor adulto el derecho de designar por sí mismo su curador. Este derecho no existe, sin embargo, sino en el caso de que no tenga curador. Así lo previene el inciso 1° del artículo 526 :

ART. 526[3]. El menor adulto que careciere de curador, debe pedirlo al juez ó prefecto, designando la persona que lo sea.

¿Cómo debe entenderse la expresión « el menor que careciere de curador »? Entendemos por esto el menor que careciere de curador testamentario ó legítimo, de modo que sólo habrá lugar á que el menor designe su curador cuando de otro modo lo escogería el juez.

Por lo mismo, cuando haya lugar á la curaduría legítima, y deba, según el artículo 457, elegirse el curador entre cierta clase de parientes (ascendientes que no sean los padres y

[1] Cód. ch., art. 435.
[2] Cód. ch., art. 436.
[3] Cód. ch., art. 437.

colaterales), creemos que el menor adulto tendrá un derecho de elección relativo.

860. En virtud del inciso 2° del artículo 526,

Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes; pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor, ó al juez ó prefecto en subsidio.

De donde resulta que el juez no debe designar el curador sino cuando el menor no lo designa. Es preciso, en consecuencia, que se requiera al menor á fin de que manifieste á quién desea por curador.

861. El juez está obligado á aceptar y á nombrar como curador á la persona designada por el menor, con tal de que llene los requisitos legales, es decir, que no se encuentre en ninguno de los casos de incapacidad. Así resulta del inciso 3° del mismo artículo 526 :

El juez ó prefecto, oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea.

§ 2.° *Administración de los bienes.*

862. El menor adulto, á diferencia del impúber, no es completamente incapaz; tiene mayor discernimiento, lo que le permite prestar consentimiento para actos jurídicos aunque no suficiente para perfeccionarlos. Se le confiere, pues, alguna intervención para que administre sus bienes como se verá en seguida.

1.°) Conforme al

ART. 528. El menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo de familia, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de una profesión ó industria.

Lo dispuesto en el artículo 301, relativamente al hijo de familia y al padre, se aplica al menor y al curador[1].

El menor adulto bajo curatela puede tener en tal virtud un peculio profesional, respecto de cuya administración y goce se mirará como habilitado de edad (art. 291). Los actos

[1] Cód. ch., art. 439.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

que ejecuta el menor sin autorización del curador lo obligan en este peculio profesional aunque estos actos no se refieran á la administración del peculio.

Sólo los préstamos de dinero, de una manera absoluta, y las compras al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) no autorizadas por escrito, no lo obligan sino hasta concurrencia del beneficio que de tales actos haya reportado (art. 301).

863. 2.°) Aun cuando el curador administra en nombre del menor y por representación de él los bienes que no pertenecen al peculio profesional ó industrial, hemos visto que puede conferir al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares. Eso resulta del

ART. 529. El curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber.

Podrá el curador, no obstante, si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizar, bajo su responsabilidad, los actos del pupilo en esta administración.

Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos á ella [1].

864. 3.°) Al menor se le da el derecho de vigilar los actos del curador y de reclamar á la justicia contra ellos, en caso de que le sean perjudiciales :

ART. 530. El pupilo tendrá derecho para solicitar la intervención del defensor de menores, cuando de alguno de los actos del curador le resulte manifiesto perjuicio; y el defensor, encontrando fundado el reclamo, ocurrirá al juez ó prefecto [2].

Conviene observar, como ya lo hemos indicado en otro lugar, que en Colombia no hay ningún funcionario público con el nombre de defensor de menores. Siempre que en este título se habla de él, debe entenderse que el legislador se refiere al respectivo agente del ministerio público.

[1] Cód. ch., art. 440.
[2] Cód. ch., art. 441.

TÍTULO XXVII.°

Reglas especiales relativas á la curaduría del disipador.

865. Al pródigo ó disipador no se le coloca bajo curaduría sino cuando ha sido puesto en entredicho de administrar sus bienes. Aquí tendremos que hablar : 1° de la interdicción del disipador; 2° de la curatela del disipador.

Sección I. — De la interdicción del disipador.

866. Esta primera sección la dividiremos en tres parágrafos : 1° de la noción de la prodigalidad; 2° quién puede provocar el juicio de interdicción; 3° de los decretos sobre interdicción y de su publicidad.

§ 1.° *De la noción de la prodigalidad.*

867. Para que pueda decretarse la interdicción, es necesario que haya disipación ó prodigalidad.

Según el inciso 1° del

ART. 534 [1]. La disipación deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia.

Y el inciso 2° precisa en qué deben consistir los hechos que acusen prodigalidad :

El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio; donaciones cuantiosas sin causa adecuada; gastos ruinosos, autorizan la interdicción.

868. Aun en estas circunstancias, la legitimidad de la interdicción del pródigo es muy discutible y discutida.

Esta institución viene del derecho romano, y se explica en él por la copropiedad que existía entre los miembros de la

[1] Cód. ch., art. 445.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

familia, copropiedad real en los tiempos primitivos, después bastante ficticia, pero que no por ello dejaba de producir ciertos efectos.

Hoy esta idea no se admite; la propiedad individual es, en principio, absoluta. Cada cual tiene, conforme á la definición de aquél derecho (art. 669), la facultad de gozar y disponer arbitrariamente de las cosas que le pertenecen, es decir, de malgastarlas.

El único vestigio que subsiste de la legislación romana en esta parte es el derecho á la legítima que se opone á que un individuo que tenga legitimarios pueda disponer libremente de sus bienes á título gratuito, solución que, sin embargo, no se funda en la idea de copropiedad familiar.

La interdicción del pródigo constituye, en consecuencia, cierta violación del derecho de propiedad individual. Es acto gravísimo, que debe justificarse por motivos poderosos.

¿En cuáles se ha fundado? En el derecho que se dice tiene la familia para impedir que el disipador la arruine. Pero el pródigo que disipa sus propios bienes, no arruina á su familia, sino que se arruina á sí mismo; no arrebata á sus parientes bienes de éstos, sino que destruye meras esperanzas sobre los suyos.

La idea de que el pródigo, al arruinarse, gasta los bienes de sus herederos presuntos, es la idea romana. Por otra parte, vemos que se concede la facultad de provocar la interdicción á parientes que no tienen derecho á la legítima; de donde resulta que un individuo puede privar de sus bienes á estos parientes, por testamento, y no lo puede malgastando lo que tiene.

Al ministerio público se le da igualmente el derecho de provocar la interdicción aun en el caso de que el pródigo no tenga parientes, lo que prueba que la protección de los intereses de la familia y especialmente de los legitimarios no fué la única causa determinante para admitir la interdicción: se dice entonces que la sociedad tiene interés en que no se arruine el pródigo porque quedaría á cargo de la misma sociedad.

Á eso puede contestarse que si se quisiera poner en interdicción á todos los que por gastos inmoderados se exponen á quedar á cargo de la beneficencia pública, habría que declarar pródigo al obrero que gasta el domingo inútilmente los salarios de la semana, y por falta de ahorros ha de estar indefectiblemente, en su vejez, á cargo de la sociedad. Además, para que el motivo anterior bastase, sería preciso que se reconociera á los pobres un derecho á la beneficencia del Estado, y en la legislación colombiana, con mucha razón, no existe nada semejante.

También se dice que hay necesidad de privar al pródigo del manejo de sus bienes para que con sus dilapidaciones no perjudique á sus acreedores. De observar es, sin embargo, que los acreedores tienen otros medios de asegurar sus créditos, tales como prendas, hipotecas, etc.

Este motivo, además, no debió de tenerlo en cuenta el legislador, puesto que los acreedores no tienen el derecho de provocar la interdicción.

En los casos en que las obligaciones del ciudadano para con su familia no son el motivo de la interdicción, no puede ésta explicarse sino por la idea de protección del pródigo mismo.

Lo que mejor justifica la interdicción por prodigalidad es la idea de conservación de la legítima en favor de las personas á quienes se debe, pero en tal caso debería limitarse al que tiene legitimarios.

De notar es, sin embargo, que si se observan rigurosamente las condiciones requeridas en el artículo 534, la interdicción por prodigalidad se aplicará rara vez en la práctica, evitándose así los abusos á que podría dar lugar si fuera fácil hacerla declarar.

Con todo, como los abusos son posibles y el hecho de privar á una persona del manejo de sus bienes es cosa grave, nos parece que se conciliarían mejor los intereses individuales y los de la familia, estableciendo, como se disponía en el primitivo proyecto del Código, que la interdicción no incapacita al disipador sino para ciertos actos y contratos, como enajenar ó hipotecar bienes raíces, comprar al fiado, dar ó tomar dinero prestado, etc., ó bien adoptando el sistema

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

francés según el cual no se pone en interdicción al disipador sino que se le prohiben ciertos actos de disposición sin el consentimiento de un consultor (consejo judicial) que le nombra un tribunal.

§ 2.° *¿Quién puede provocar el juicio de interdicción?*

869. Conforme al

ART. 532. El juicio de interdicción podrá ser provocado por el cónyuge no divorciado del supuesto disipador, por cualquiera de sus consanguíneos legítimos hasta en el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos naturales, y por el ministerio público.

El ministerio público será oído aun en los casos en que el juicio de interdicción no haya sido provocado por él [1].

Como hemos dicho, todas estas personas se supone que tienen interés en provocar la interdicción, ya en su propio nombre, ya en nombre de la comunidad.

870. Según el

ART. 533. Si el supuesto disipador fuere extranjero, podrá también ser provocado el juicio por el competente funcionario diplomático ó consular [2].

Como es bien posible que el extranjero por su condición de tal no tenga en el lugar donde resida parientes que velen por sus intereses, y como entre las funciones de los empleados diplomáticos y consulares de un país se encuentra la de proteger los intereses particulares de sus compatriotas ó nacionales del estado á quien representa, natural es que ellos tengan la facultad conferida por el artículo 533. Serán competentes, como dice el texto, el ministro diplomático de la nación á que pertenece el extranjero, en todo el país, y el cónsul de la misma nación, pero sólo dentro de la respectiva circunscripción consular.

[1] Cód. ch., art. 443. — *Bello :* « ¿Puede el cónyuge provocar la interdicción?

« Sí ; Código francés, art. 514, combinado con el 490 ; el de las Dos Sicilias, 413 ; Sardo, 370 ; Vaud, 289 ; Holanda, 488 ; prusiano, parte II, tit. 18, art. 92. Lo mismo en el antiguo derecho francés ; Merlin, *Répertoire,* v° *Prodigue,* §° 3.

« El hijo puede también provocar la interdicción. »

[2] Cód. ch., art. 444.

§ 3.° *De los decretos de interdicción y de su publicidad.*

871. El pródigo conserva su capacidad completa hasta el día en que se decreta la interdicción. Mas como puede haber urgencia en impedir sus dilapidaciones á fin de que no se arruine durante el juicio, el juez tiene facultad para decretar una interdicción provisional, conforme á lo establecido en el

ART. 535. Mientras se decide la causa, podrá el juez ó prefecto, á virtud de los informes verbales de los parientes ó de otras personas, y oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisoria [1].

Este decreto tiene como consecuencia natural la de que, provisionalmente también, se coloque al disipador bajo curaduría. Si á la interdicción provisional sigue la definitiva, resultará que el pródigo estuvo en entredicho, y por lo mismo en incapacidad, desde el decreto de interdicción provisional. Pero si no se decreta la definitiva, ¿qué debe decidirse con relación á los actos ejecutados por el pretendido pródigo durante la interdicción provisional, acerca de la cual puede observarse que se dictó sin motivo, puesto que se declaró luego que no había lugar á privar al pretendido disipador del libre manejo de sus bienes? Debe decidirse, sin embargo, que estos actos son nulos : la interdicción provisional produce, mientras dura, los mismos efectos que la definitiva, aunque ésta no se decrete.

872. Tanto el decreto sobre interdicción provisional como el de la definitiva, deben publicarse. Es tanto más preciso que los terceros tengan conocimiento del estado del disipador, cuanto que éste, en apariencia, está en el pleno y armónico uso de su razón : nada en él señala exteriormente su incapacidad.

La publicación consiste en tres formalidades :

1.ª) Registro en la oficina de registro de instrumentos públicos ;

2.ª) Aviso al público, que se insertará una vez por lo menos, á juicio del juez, en el *Diario Oficial ;*

[1] Cód. ch., art. 446. — *Bello,* C. F. 497.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

3.ª) Fijación de carteles en tres á lo menos de los parajes más frecuentados (no frecuentes como dice el Código) del distrito respectivo. Así lo previene el

Art. 536. Los decretos de interdicción provisoria y definitiva deberán registrarse en la oficina de registro de instrumentos públicos, y notificarse al público por avisos que se insertarán una vez, por lo menos, en el « Diario Oficial » ó periódico de la nación, y por carteles que se fijarán en tres, á lo menos, de los parajes más frecuentes del territorio.

El registro y la notificación deberán reducirse á expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes [1].

873. En los artículos 1449 á 1460 del Código Judicial, se señalan los trámites de los juicios sobre interdicción.

Sección II. — De la curatela del disipador.

874. Una vez decretada la interdicción del disipador, debe organizarse la respectiva curatela. Sobre esta materia estudiaremos : 1° á quienes corresponde la curaduría del disipador; 2° condición jurídica del disipador bajo curaduría; 3° rehabilitación del disipador.

§ 1.° *¿Á quiénes corresponde la curaduría del disipador en entredicho?*

875. Sabemos que la curaduría puede ser de tres clases : testamentaria, legítima y dativa. Cada una de éstas puede existir, según los casos, respecto del pródigo, como resulta del

Art. 531. Á los que por pródigos ó disipadores han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, se dará curador legítimo, y á falta de éste, curador dativo.

Esta curaduría podrá ser testamentaria en el caso del artículo 540 [2].

[1] Cód. ch., art. 447.

[2] Cód. ch., art. 442. — *Bello :* « ¿Puede haber interdicción del pródigo?

« No, según el Código francés (art. 513).

« Este artículo admite sustancialmente la interdicción parcial; pero limitándose á dar un consultor al pródigo. Parece mucho mejor darle un curador cuyas funciones y responsabilidades son conocidas; declarando, sin embargo, que el pródigo es independiente del curador para todos los actos que no estén comprendidos en el decreto de interdicción parcial.

« Sigue al Código francés el de las Dos Sicilias. El de la Luisiana no conoce ninguna especie de interdicción.

« El Código sardo, art. 369, iguala al pródigo con el demente. Lo mismo el Código de Vaud, 288; el de Holanda, 487; el austriaco, 270; el prusiano, parte II, tit. 18, art. 14; el de Placencia y Guastala, 186; el del Ticino, 112.

« Lo mismo por derecho romano y español, y en el antiguo derecho francés. Otro tanto en el Proyecto de Garcia Goyena. »

[1] Cód. ch., art. 451.

Examinaremos las reglas especiales á cada una de las dos primeras clases; en cuanto á la curaduría dativa, no hay observaciones especiales que hacer.

1.°) *Curaduría testamentaria.* — Como acaba de verse en el texto anterior, sólo hay lugar á la curaduría testamentaria del pródigo en el caso á que se refiere el

Art. 540. Si falleciere el padre ó madre que ejerzan la curaduría del hijo disipador, podrán nombrar por testamento la persona que haya de sucederles en la guarda [1].

Este artículo supone que la interdicción se ha decretado en vida del padre ó de la madre del disipador, y que uno de los dos ejerce la curaduría. Los padres no pueden, en consecuencia, nombrar curador por testamento al hijo disipador en previsión de una posible interdicción. Sin embargo, basta que se haya decretado la interdicción provisional y que se organice la correspondiente curaduría, para que el artículo 540 sea aplicable.

876. 2.°) *Curaduría legítima.* — Según las reglas generales (art. 457 y 458), no pueden ser tutores ó curadores legítimos, sino los padres y demás ascendientes, los hermanos varones del pupilo, los hermanos varones de sus ascendientes, y los padres naturales que hayan reconocido al hijo. Respecto del disipador, el número de los curadores legítimos se ha aumentado, así como parcialmente se han modificado las reglas.

El artículo 537 indica tres clases de personas que pueden ser curadores legítimos del pródigo :

Art. 537. Se deferirá la curaduría :

1.° Al marido no divorciado, si la mujer no estuviere totalmente separada de bienes;

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

2.° Á los ascendientes legítimos ó padres naturales; los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo;

3.° Á los colaterales legítimos hasta en el cuarto grado, ó á los hermanos naturales.

El juez ó prefecto tendrá libertad para elegir en cada clase de las designadas en los números 2° y 3°, la persona ó personas que más á propósito le parecieren.

Á falta de las personas antedichas, tendrá lugar la curaduría dativa[1].

Si se trata de una mujer casada, la guarda corresponderá al marido no divorciado. ¿Cómo puede ser disipadora una mujer que, en virtud del matrimonio, es incapaz de disponer de sus bienes? Es necesario suponer que está separada parcialmente de bienes, y que su fortuna consiste en bienes muebles. El marido tendrá así una administración que no le correspondía antes de la interdicción : no administra, en efecto, los bienes que se han donado ó legado á la mujer con la condición de que no los administre, y los que, en virtud de lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales, administre la mujer, lo que no deja de ser irregular[2]. Con todo, creemos que la interdicción, como disipadora, de una mujer casada, se presentará muy rara vez.

877. El caso contrario, es decir, aquel en que el marido sea el disipador, es más probable. Cuando tal sucede, es preciso tener en cuenta el

[1] Cód. ch., art. 448. — *Bello* : « ¿Puede la mujer ser curadora de su marido pródigo?

« No, según los Códigos que han seguido en esta parte al francés. Pero en el antiguo derecho francés no era así : « La mujer es compañera de su marido; « lo que el marido adquiere, es para los dos; los frutos se considerán debidos « á su mutua colaboración. El marido es el jefe de la sociedad y la gobierna á « su arbitrio; pero la gobierna en beneficio de los dos.

« Si, por el mal estado de sus negocios se hace incapaz de administrar, la « mujer no está entonces obligada á someterse á un yugo extranjero (*sic*); toca « á ella gobernar la cosa común y no debe sujetarse á la autoridad de otra « persona, sino cuando por su conducta se ha hecho incapaz de administrar.

« Este derecho que tiene de suyo la mujer, lo ejerce todavía con mejor « título cuando tiene hijos. ¿Quién si no ella defendería el interés de sus « hijos?

« No puede rehusársele la tutela si no hay motivos necesarios de exclusión. « Y mucho menos razón habrá para rehusarle la curatela cuando al interés de « los hijos se junta el de la misma mujer y su derecho incontestable en la « sociedad conyugal. »

« En este sentido (dice el señor Bello) se han pronunciado los tribunales franceses bajo el antiguo derecho romano y consuetudinario. »

[2] V. *infrà*, n. 892.

ART. 539. La mujer no puede ser curadora de su marido disipador.

Pero si fuere mayor de veintiún años, ó después de la interdicción los cumpliere, tendrá derecho para pedir separación de bienes.

Separada de bienes, los administrará libremente; mas para enajenar ó hipotecar los bienes raíces, necesitará de previo decreto judicial[1].

Lo dispuesto en el inciso 3° ¿modifica la condición que ordinariamente tiene la mujer separada de bienes? Sí, pero sólo en cuanto al caso previsto de la enajenación de bienes raíces, caso en que, de ordinario, la mujer separada necesita la autorización del marido y la de la justicia. En el caso presente bastará el solo decreto judicial. En lo demás la mujer del disipador, separada de bienes, queda sometida á las reglas generales sobre separación, especialmente á las del artículo 204.

878. Si la mujer no está separada y no pide la separación, se aplicará lo dispuesto en el

ART. 538. El curador del marido administrará la sociedad conyugal en cuanto ésta subsista, y la tutela ó curatela de los hijos menores del disipador[2].

¿Porqué se ha dispuesto así? Fúndase en que la interdicción no pone fin á la autoridad marital, lo que es cierto siempre que no se sostenga que la autoridad marital consiste sólo en el poder del marido en cuanto á la administración de los bienes; pues entonces sí desaparecería, con la interdicción, la potestad marital.

§ 2.° *Condición jurídica del disipador bajo curaduría.*

879. De acuerdo con el artículo 531 la interdicción priva al disipador de la *administración* de sus bienes; se le declara, pues, incapaz.

¿En qué consiste tal incapacidad? Nada dice sobre ello el título que estudiamos; únicamente en el inciso 3° del artículo 1604 se dispone que los disipadores en entredicho son

[1] Cód. ch., art. 450.

[2] Cód. ch., art. 449.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

incapaces para obligarse del mismo modo que lo son los menores adultos, las mujeres casadas y las personas jurídicas. Según esta disposición, en efecto, « son también incapaces los menores adultos, que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cuatro clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes ».

El disipador en entredicho queda inhibido no sólo para los actos de mera administración, sino también, *á fortiori* para los de disposición entre vivos. Puede, eso sí, disponer de lo suyo por acto testamentario (art. 1061), contraer matrimonio libremente, y reconocer un hijo natural.

880. Conforme al artículo 313 del Código Judicial, las demandas contra los pródigos en interdicción judicial, se entenderán con sus respectivos curadores, y éstos mismos los representarán en juicio cuando aquéllos tengan que comparecer como demandantes.

881. En todo caso, como el pródigo conserva el goce de sus facultades mentales, podrá vigilar las gestiones de su curador, y reclamar en caso de abuso, al tenor de lo dispuesto en el

Art. 541. El disipador tendrá derecho de ocurrir á la justicia, cuando los actos del curador le fueren vejatorios ó perjudiciales, á fin de que se ponga el remedio legal conveniente [1].

882. Por otra parte, la curatela del disipador no se extiende sino á los bienes y de ninguna manera á la persona; no es un menor á quien sea preciso criar y educar, ni un enfermo á quien haya de cuidarse. De aquí el

Art. 542. El disipador conservará siempre su libertad, y tendrá para sus gastos personales la libre disposición de una suma de dinero, proporcionada á sus facultades, y señalada por el juez ó prefecto.

Sólo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo á la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios [2].

[1] Cód. ch., art. 452.
[2] Cód. ch., art. 453.

§ 3.° *De la rehabilitación del disipador.*

883. Es posible que el disipador se corrija, y entonces desaparece la causa justificativa de la interdicción y de la curaduría. Á ellos se refieren los artículos 543 y 544 :

Art. 543. El disipador será rehabilitado para la administración de lo suyo, si se juzgare que puede ejercerla sin inconveniente; y rehabilitado, podrá renovarse la interdicción, si ocurriere motivo [1].

Art. 544. Las disposiciones indicadas en el artículo precedente, serán decretadas por el juez ó prefecto, con las mismas formalidades que para la interdicción primitiva; y serán seguidas de la inscripción y notificación prevenidas en el artículo 536, que en el caso de rehabilitación, se limitarán á expresar que tal individuo (designado por su nombre, apellido y domicilio) tiene la libre administración de sus bienes [2].

Como es obvio, el decreto de rehabilitación no producirá efectos sino en lo futuro, y no tiene influencia de ninguna clase en cuanto á los actos anteriores se refiere.

Las cuentas del guardador deben rendirse al mismo rehabilitado.

TÍTULO XXVIII.°

Reglas especiales relativas á la curaduría del demente.

Sección I. — De la interdicción del demente.

§ 1.° *¿Cuándo hay lugar á la interdicción?*

884. De acuerdo con el inciso 1° del

Art. 545. El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos [3].

[1] Cód. ch., art. 454.
[2] Cód. ch., art. 455.
[3] Cód. ch., art. 456. — *Bello :* G. F. 489.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Esta disposición ha sido complementada, ó más bien sustituída, por la del artículo 8º de la Ley 95 de 1890, que comprende todos los grados de la perturbación mental, desde la imbecilidad hasta la locura furiosa :

El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad ó idiotismo, de demencia ó de locura furiosa, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos (art. 8.º)

El demente que tiene intervalos lúcidos es incapaz, naturalmente, durante la demencia, y capaz durante los intervalos lúcidos. Esta situación es muy peligrosa, tanto para el demente como para los terceros, por la gran dificultad que hay para probar que un acto se ejecutó ó no en un intervalo lúcido. Los intervalos de demencia y los de lucidez no están completamente separados; en la locura hay, al contrario, graduaciones, y es casi imposible, sobre todo cuando ha transcurrido algún tiempo después del acto, saber si el individuo tenía voluntad consciente para que aquél fuese válido. Esto basta para justificar la interdicción de los imbéciles, idiotas, dementes y locos furiosos, á todos los cuales llamaremos, para valernos de una sola denominación, dementes.

Pero el estado de demencia debe ser *habitual*, ó sea que los accesos de la demencia deben ser crónicos; un ataque accidental de locura no bastaría para justificar la interdicción. Esta sería, por otra parte, posible aunque los intervalos lúcidos fueran más largos que los de la demencia. Lo que justifica la interdicción son los accesos de demencia que se repiten con más ó menos regularidad y tienen el carácter de una enfermedad mental cuya inmediata curación no puede esperarse.

885. ¿Qué debe decidirse si la demencia afecta á una persona ya incapaz, y en particular á un menor? ¿Habrá lugar á la interdicción?

Á este respecto debe observarse que la incapacidad del demente es absoluta. Si el demente era ya incapaz, absolutamente incapaz, no hay para qué ponerlo en interdicción : esto sucederá si el demente es impúber. Ora esté bajo patria potestad, ora bajo tutela, no será preciso decretar la interdicción. Por eso el artículo 545 habla del « adulto », lo que excluye al impúber.

886. Diversa es la solución si se trata de un menor adulto. Su incapacidad como menor no es absoluta, y la interdicción le da este carácter. Sin embargo, el Código hace á tal respecto una distinción en cuanto al menor púber : si se halla bajo patria potestad, conservará esta condición hasta la mayor edad, llegada la cual el padre debe provocar la interdicción, conforme á lo establecido en el

Art. 546. Cuando el niño demente haya llegado á la pubertad, podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad; llegada la cual, deberá precisamente provocar el juicio de interdicción [1].

Si la demencia es de nacimiento ó sobreviene durante la impubertad, estando el impúber bajo tutela, debe provocarse la interdicción tan pronto como llegue á la pubertad. Si la demencia sobreviene después de ésta, la interdicción deberá provocarse inmediatamente. En ambos casos el tutor ó curador conservará sus funciones durante el tiempo que sea necesario para provocar la interdicción :

Art. 547. El tutor del pupilo demente no podrá después ejercer la curaduría sin que preceda interdicción judicial, excepto por el tiempo que fuere necesario para provocar la interdicción.

Lo mismo será necesario cuando sobreviene la demencia al menor que está bajo curaduría [2].

Esta disposición no presenta dificultad y es perfectamente satisfactoria en el caso á que se refiere el inciso 1º : la tutela concluye al llegar el impúber á la pubertad, y estando demente se le nombrará curador. Pero no diremos lo mismo del caso de que trata el inciso 2º : la demencia no consta legalmente sino cuando se ha declarado la interdicción y creemos que el curador debería conservar sus funciones no sólo « por el tiempo necesario para provocar la interdicción », sino hasta que ésta se decrete, y se nombre curador al menor demente. La demencia no es como la pubertad, que

[1] Cód. ch., art. 457.
[2] Cód. ch., art. 458.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

comienza en un día preciso; será muy difícil, en el sistema del Código, determinar exactamente desde qué fecha ha perdido sus funciones el curador que no ha provocado á su debido tiempo la interdicción del menor que está á su cargo.

§ 2.° *¿Quién puede provocar la interdicción del demente?*

887. Á esta pregunta contesta el

ART. 548. Podrán provocar la interdicción del demente las mismas personas que pueden provocar la del disipador.

Deberá provocarla el curador del menor á quien sobreviene la demencia durante la curaduría.

Pero si la locura fuere furiosa, ó si el loco causare notable incomodidad á los habitantes, podrá también el prefecto ó cualquiera del pueblo, provocar la interdicción [1].

Por lo que hace al inciso 1°, véase, en el artículo 532, la enumeración de las personas que pueden provocar el juicio de interdicción.

El inciso 2° impone al curador la obligación de provocar la interdicción del menor á quien sobreviene la demencia de conformidad con lo establecido en el artículo que precede según el cual se pone fin, por esta circunstancia, á la curaduría existente, y se exige que se organice otra.

El último inciso del artículo permite, por ser enteramente justificable, que la interdicción se decrete á virtud de acción popular.

§ 3.° *De los decretos de interdicción.*

888. El juez, antes de decretar la interdicción, tiene que cerciorarse de la efectividad de la demencia. Á este respecto dice el

ART. 549. El juez ó prefecto se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia. Las disposiciones de los artículos 535 y 536 se extienden al caso de demencia [2].

[1] Cód. ch., art. 459.
[2] Cód. ch., art. 460.

Si el juez está especialmente obligado á emplear estos medios de averiguación, tiene, por otra parte, completa libertad de complementarlos por otros medios y especialmente por el de interrogación al pretendido demente.

Mientras se decide la causa, el juez, sobre la base de informaciones sumarias, podrá decretar la interdicción provisional (art. 535). Los decretos sobre interdicción, sean provisionales ó definitivos, deben publicarse en la forma prevenida en el artículo 536.

889. Acerca de la tramitación que ha de observarse en esta clase de juicios véanse los artículos 1449 á 1460 del Código Judicial y el 323 de la Ley 105 de 1890 [1].

Sección II. — De la curaduría del demente.

§ 1.° *¿Quiénes son llamados á la curaduría del demente?*

890. Conforme al inciso 2° del artículo 545,

La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima ó dativa.

Examinaremos cada una de estas diversas clases de curaduría.

1.°) *Curaduría testamentaria.* — Ninguna particularidad ofrece esta curaduría. Notaremos sólo que, para que se nombre un curador testamentario al demente, no se requiere, á diferencia de lo que sucede respecto del pródigo, que se haya decretado la interdicción durante la vida de los padres. El artículo 445 no exige sino que el adulto se halle en estado de demencia.

891. 2.°) *Curaduría legítima.* — Las personas llamadas á la curaduría legítima del demente son las que se enumeran en el artículo 550, cuyos cinco primeros incisos dicen :

ART. 550 [2]. Se deferirá la curaduría del demente :

[1] Según el artículo 46 del Código Penal : « Tampoco se ejecutará ni aun se notificará la sentencia en que se imponga pena, al que se halle en estado de verdadera demencia, mientras dure ésta; pero, si pasaren quince días, después de pronunciada la sentencia que cause ejecutoria, se notificará ésta al curador que se nombre al demente, y se llevará por entonces á efecto, solamente en las penas pecuniarias. »
[2] Cód. ch., art. 462.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

1.º Á su cónyuge no divorciado; pero si la mujer demente estuviere separada de bienes, según los artículos 200 y 211, se dará al marido curador adjunto para la administración de aquellos á que se extienda la separación;
2.º Á sus descendientes legítimos;
3.º Á sus ascendientes legítimos;
4.º Á sus padres ó hijos naturales; los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo;
5.º Á sus colaterales legítimos hasta en el cuarto grado; ó á sus hermanos naturales.
El juez ó prefecto elegirá en cada clase de las designadas en los números 2º, 3º, 4º y 5º la persona ó personas que más idóneas le parecieren.

La mujer que no puede ser curadora de su marido disipador, sí puede serlo de su marido demente. Como éste es, en absoluto, incapaz para obligarse, no puede decirse que la autoridad marital subsista á pesar de la sentencia sobre interdicción; y, por otra parte, no podrá ejercer influencia sobre el ánimo de la mujer para inducirla á gastos ruinosos, como podría hacerlo el disipador.

892. Conforme al

ART. 551. La mujer curadora de su marido demente, tendrá la administración de la sociedad conyugal, y la guarda de sus hijos menores.
Si por su menor edad ú otro impedimento no se le defiriere la curaduría de su marido demente, podrá á su arbitrio, luégo que cese el impedimento, pedir esta curaduría ó la separación de bienes [1].

También el marido es el curador de su mujer demente; pero, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 550, « si la mujer demente estuviere separada de bienes, según los artículos **200** y **211**, se dará al marido curador adjunto para la administración de aquellos á que se extienda la separación ». No se podía, en efecto, dar al marido á título de curador una administración de bienes que no le correspondía como marido. Hemos visto, sin embargo, que esto se ha hecho en cuanto al marido curador de la mujer disipadora.

Por lo que hace á los demás curadores legítimos, observaremos que después del cónyuge son llamados, en primer

[1] Cód. ch., art. 463.

lugar, los descendientes : en cuanto al disipador no se admite la curaduría de los hijos, porque la prodigalidad no hace desaparecer la autoridad paterna, y el ejercicio de la guarda del pródigo por sus hijos es incompatible con el respeto que le deben. En caso de demencia, ya no existe el mismo motivo, y su calidad impone á los hijos el deber de cuidar al padre demente (art. **251**). Pero ¿por qué se prefieren los descendientes á los ascendientes? Sin duda porque se considera que los hijos, más jóvenes, podrán cuidar con más esmero de su padre demente que el abuelo, y porque á ello están más obligados los hijos; sin embargo, esto último no podría decirse de los nietos en concurrencia con el abuelo, ó sea con el padre del demente.

893. 3.º) *Curaduría dativa*. — Según se lee en el inciso final del artículo 550,

Á falta de todas las personas antedichas, tendrá lugar la curaduría dativa.

§ 2.º *Del cuidado personal del demente en entredicho.*

894. El demente es un enfermo á quien debe cuidarse y cuyo restablecimiento se ha de procurar por todos los medios posibles, y como, por razón de su estado de inconsciencia, puede ejecutar actos de los cuales no es responsable, es necesario vigilarlo. Á diferencia del pródigo, es preciso confiar á alguien el cuidado personal del demente. ¿Cuál debe ser esa persona? Nos lo dice el

ART. 552. Si se nombraren dos ó más curadores al demente, podrá confiarse el cuidado inmediato de la persona á uno de ellos, dejando á los otros la administración de los bienes.
El cuidado inmediato de la persona del demente no se encomendará á persona alguna que sea llamada á heredarle, á no ser su padre ó madre, ó su cónyuge [1].

Como se ve, es más severo aquí el Código que cuando se trata del menor, acerca de las excepciones á la regla de que los herederos del incapaz no deben tener el cuidado de la

[1] Cód. ch., art. 464.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

persona del pupilo. Quizá hay cierta incongruencia en llamar á los descendientes de preferencia á los ascendientes á ejercer la tutela, y rehusar, sin embargo, á los hijos el cuidado de la persona del demente y concederlo á los padres.

895. En lo que concierne á la libertal personal del demente, se dispone en el

ART. 554. El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe á sí mismo, ó cause peligro ó notable incomodidad á otros.

Ni podrá ser trasladado á una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras á solicitud del curador ó de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas[1].

En efecto, es preciso tomar todas las debidas precauciones á fin de evitar los gravísimos abusos, que podrían cometerse, encerrando como loca á una persona que no haya perdido el uso total de la razón.

896. Lo dispuesto en el artículo 555 es de elemental justicia :

ART. 555. Los frutos de sus bienes y, en caso necesario y con autorización judicial, los capitales, se emplearán principalmente en aliviar su condición y en procurar su restablecimiento[2].

Ningún bien mayor puede, en efecto, hacérsele al demente que aliviar su condición.

Sin embargo, si el demente tuviere obligaciones de familia como padre, marido ó hijo, habrá necesidad de atender también al cumplimiento de estas obligaciones, y no podrán gastarse íntegramente en su cuidado personal los bienes que le pertenezcan.

§ 3.° *De la incapacidad del demente.*

897. Uno de los efectos principales de la interdicción es poner fin á la situación equívoca en que se encuentra, desde el punto de vista de la capacidad, el demente que tiene in-

[1] Cód. ch., art. 466.
[2] Cód. ch., art. 467.

tervalos lúcidos. Para poder anular un acto ejecutado por él antes de la interdicción, sera preciso probar que en el momento en que lo ejecutó se encontraba en estado de demencia, prueba que, como hemos dicho, presenta grandes dificultades, mientras que, declarada la interdicción, se presume de derecho que el individuo en entredicho no ha podido válidamente prestar su consentimiento[1]. Esta doble regla la formula el artículo 553 en los términos siguientes :

ART. 553. Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado ó celebrado en un intervalo lúcido.

Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados ó celebrados sin previa interdicción, serán válidos; á menos de probarse que el que los ejecutó ó celebró estaba entonces demente[2].

§ 4.° *Del fin de la curaduría del demente.*

898. Según el

ART. 556. El demente podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con justa causa.

Se observará en estos casos lo prevenido en los artículos 543 y 544[3].

Es tan clara de suyo esta regla, que no exige comentario; basta verificar los textos á que ella se refiere y que atrás hemos explicado.

Apenas si es necesario observar que, por la muerte del demente, concluye también la curaduría.

[1] Sobre la aplicación de este principio en materia de matrimonio, V. *suprà*, el número 238.
[2] Cód. ch., art. 465.
[3] Cód. ch., art. 468.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

TÍTULO XXIX.°

Reglas especiales relativas á la curaduría del sordomudo.

899. En este título no se hace otra cosa que aplicar al sordomudo la mayor parte de las reglas relativas al demente.

De acuerdo con lo establecido en el

ART. 557. La curaduría del sordomudo, que ha llegado á la pubertad, puede ser testamentaria, legítima ó dativa[1].

Inútil es que se diga en el texto del sordomudo « que ha llegado á la pubertad », pues mientras no llegue á ella es claro que no puede encontrarse sino bajo patria potestad ó bajo tutela.

Esta curaduría no puede organizarse sino después del decreto de interdicción que declara que el sordomudo es incapaz de darse á entender por escrito.

Hemos criticado la disposición según la cual se declara absolutamente incapaz al sordomudo que no puede darse á entender *por escrito,* por la sencilla razón de que puede darse á entender de otro modo, por signos. Recordaremos, sí, que para que el sordomudo pueda contraer matrimonio válidamente, basta que pueda expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos (art. 140, num. 3.°)

900. Según el

ART. 558. Los artículos 546, 547, 550, 551 y 552, se extienden al sordomudo[2].

Este artículo, que no ha sido expresamente derogado, está sin embargo, virtualmente reemplazado por el 23 de la Ley 57 de 1887, que tan sólo agrega á la enumeración anterior la cita del artículo 548, con la cual se puso fuera de duda que es preciso, para organizar la curaduría del sordomudo,

[1] Cód. ch., art. 469.
[2] Cód. ch., art. 470.

seguir un juicio previo de interdicción. En tal virtud, las reglas de los artículos 546 á 548 y 550 á 552 se aplicarán al caso del sordomudo, en cuanto sean compatibles con su especial situación.

901. ¿Cómo afecta la interdicción la incapacidad del sordomudo? En rigor puede decirse que no la afecta, puesto que el artículo 1504 lo declara absolutamente incapaz. Cierto es que hace la misma declaración respecto del demente, pero es preciso entender el que se halla en estado actual de demencia, lo que excluye al demente en los intervalos lúcidos, si no está en entredicho.

902. Las demandas contra los sordomudos en interdicción judicial, se entenderán con sus respectivos curadores, y éstos mismos los representarán en juicio cuando tengan que comparecer como demandantes (Cód. Jud., art. **313**).

903. De conformidad con el

ART. 559. Los frutos de los bienes del sordomudo y, en caso necesario, y con autorización judicial, los capitales, se emplearán especialmente en aliviar su condición y en procurarle la educación conveniente[1].

Acerca de esta disposición, cabe observar lo mismo que dijimos en el comentario del artículo 555, relativo al demente.

904. Por último, según el

ART. 560. Cesará la curaduría cuando el sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitare, y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes; sobre lo cual tomará el juez ó prefecto los informes competentes[2].

Por lo que toca al procedimiento que debe seguirse en los juicios de interdicción y de rehabilitación del sordomudo, véanse los ya citados artículos 1449 á 1460 del Código Judicial.

[1] Cód. ch., art. 471.
[2] Cód. ch., art. 472.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

TÍTULO XXX.º

De las curadurías de bienes.

905. Sabemos ya, por lo prescrito en el artículo 443, que hay lugar á nombrar curador de bienes en tres casos : por razón de ausencia, para la herencia yacente y para la defensa de los derechos eventuales del que está por nacer.

¿En qué difieren estas curadurías de las generales? Puede decirse que se extienden sólo á los bienes y no á la persona. Sin embargo, se ha visto que el curador del pródigo no tiene, en principio, que ocuparse en la persona, y, por el contrario, el artículo 568 establece que el primer deber del curador del ausente es averiguar su paradero. Cierto es que cuando se trata del hijo que está por nacer, el curador de bienes no tiene que ocuparse en su persona, pero en caso de prodigalidad tampoco. Sólo cuando se refiere á la herencia yacente tiene la curaduría carácter distintivo, porque hay que administrar un patrimonio sin actual propietario.

Como quiera que sea, examinaremos en secciones separadas cada una de las tres clases de curadurías de bienes de que se habla en el título 30, y en una cuarta sección las reglas comunes á las tres curadurías.

Sección I. — De la curaduría del ausente.

§ 1.º *¿Cuándo hay lugar á la curaduría del ausente?*

906. Al estudiar la materia de la presunción de muerte por desaparecimiento, distinguimos tres períodos en la ausencia : el que el artículo 96 llama de mera ausencia, desde el día del desaparecimiento ó de las últimas noticias del ausente hasta el decreto de posesión provisional; el período de la posesión provisional, y el de la definitiva.

Con el capítulo 3º del título 2º estudiamos las reglas relativas á los decretos de presunción de muerte, de posesión provisional y definitiva, y á la situación de los bienes del desaparecido durante los dos últimos períodos.

Tenemos que estudiar ahora las reglas concernientes al primer período. Observaremos que éste no concluye por el decreto de presunción de muerte, la cual puede decretarse dos años después del desaparecimiento ó de las últimas noticias (art. 97), sino por el de posesión provisional, que no puede decretarse sino cuatro años después del día del desaparecimiento ó de las últimas noticias, de tal suerte que puede haberse declarado muerto presunto á un individuo, y sin embargo permanecerá aún en la situación de mera ausencia.

Pero de todos modos, antes de que puedan decretarse la muerte presunta y la posesión provisional, habrá necesidad de administrar los bienes del ausente; á este efecto se le nombrará un curador. Tal cosa no puede hacerse, sin embargo, sino en el caso de ausencia en el sentido jurídico de la palabra. Hemos visto que ausente no es simplemente el no presente, sino el individuo cuya existencia se ha hecho incierta, porque no se sabe dónde está, y no se tienen noticias sobre él.

Dispone, á este respecto, el artículo 561 que :

> En general habrá lugar al nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente, cuando se reúnan las circunstancias siguientes :
>
> 1.ª Que no se sepa de su paradero, ó que á lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y á falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente ó á terceros;
>
> 2.ª Que no haya constituído procurador, ó sólo le haya constituído para cosas ó negocios especiales[1].

La terminología del texto en el número 2º no es del todo satisfactoria, pues señala como primera condición para que se proceda á nombrar curador á un individuo no presente, el « que no se sepa su paradero, ó que á lo menos haya dejado de estar en comunicación *con los suyos* ». Á pesar de esta última expresión, que tomamos en el sentido de parientes, creemos que no puede nombrarse curador á quien, no obstante el haber interrumpido la comunicación con los suyos,

[1] Cód. ch., art. 474. — *Bello,* sobre el núm. 1º : « Ley 12, tit. 2, part. 3 ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

la conserve con otras personas, amigos, comerciantes, etc.; á pesar de que oculte su paradero.

Además, es preciso que la falta de comunicación sea bastante larga, para que pueda dudarse de la existencia del ausente.

La primera condición es, por consiguiente, que haya verdadera ausencia, es decir, que no se sepa el paradero del interesado y que no haya modo de saberlo fácilmente.

Por otra parte, no puede permitirse la intrusión en los negocios de una persona, sin necesidad ó grande utilidad. Por eso el artículo 561 exige que la falta de comunicación cause perjuicios graves al ausente mismo ó á terceros. En cuanto á los que éstos puedan sufrir, veremos en qué consisten al estudiar quiénes pueden provocar el nombramiento de curador.

No podrá proveerse á la administración de los bienes del ausente, si él mismo ha provisto á ella, nombrando un procurador general, es decir, encargado de la administración general de sus bienes, ó si tiene representante legal (art. 96 y 62). Pero el nombramiento de un curador especial para ciertas cosas ó ciertos negocios, no sería obstáculo para el nombramiento de un curador, si de la falta de administración de otras cosas ó negocios resultare perjuicio grave al ausente ó á terceros.

907. Finalmente, conforme al inciso 3º del artículo 562,

Se comprende entre los ausentes al deudor que se oculta.

Bien puede suceder, en efecto, que una persona tenga comunicación con su familia y que, sin embargo, con el fin de perjudicar á sus acreedores, se oculte. La Ley ha provisto á los intereses de éstos, permitiendo que la justicia nombre un curador que represente al deudor[1].

§ 2.º *¿Quién puede provocar el nombramiento de curador en caso de ausencia?*

908. De acuerdo con el inciso 1º del

[1] V. los artículos 122 y 147 del Código de Comercio y los artículos 812 y 813 del Código Penal.

ART. 562[1]. Podrán provocar este nombramiento las mismas personas que son admitidas á provocar la interdicción del demente.

En consecuencia, tal derecho podrán ejercitarlo el cónyuge, los consanguíneos legítimos del ausente hasta el cuarto grado, sus padres, hijos y hermanos naturales y el ministerio público (art. 548 y 532); pero no se aplicará el inciso 3º del artículo 548, que concede acción popular relativa á la interdicción del loco furioso. Basta, pues, que haya un interés moral para que pueda provocarse el nombramiento de curador en caso de ausencia. Habría sido preferible referirse directamente al artículo 532, que indica quiénes pueden provocar la interdicción del disipador.

909. Según el inciso 2º del mismo artículo 562,

Además los acreedores del ausente tendrán derecho para pedir que se nombre curador á los bienes para responder á sus demandas.

De esta fórmula resulta que los acreedores no pueden ejercer el derecho de que se trata sino en virtud de una deuda cuyo pago pueda demandarse, es decir, de un crédito que sea actualmente exigible.

¿Pueden los acreedores de créditos bajo condición ó á plazo, solicitar el nombramiento de un curador, para evitar, con medidas conservatorias, que se pierdan los bienes que constituyen la garantía de sus acreencias?

Los mismos motivos existen para admitir en este caso, que los acreedores tomen la iniciativa del nombramiento de curador, y como la regla no es de carácter excepcional, puede muy bien extenderse, á pesar de que la palabra *demanda*, en su acepción jurídica, tiene un valor limitado[2].

§ 3.º *Quién puede ser curador del ausente.*

910. Dice el inciso 1º del

ART. 563[3]. Pueden ser nombrados para la curaduría de bienes del ausente

[1] Cód. ch., art. 474.
[2] V. los artículos 145, 146 y 163 del Código de Comercio, y el 1199 del Código Judicial.
[3] Cód. ch., art. 475.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

las mismas personas que para la curaduría del demente, en conformidad al artículo 537, y se observará el mismo orden de preferencia entre ellas.

Al citar el artículo 537 se ha cometido seguramente un error; debe leerse 550, que es el artículo relativo á la curaduría del demente, y que corresponde al que se cita en el Código de Chile.

Ya sabemos la diferencia que hay á este respecto entre la curaduría del disipador y la del demente. Ni la mujer ni los hijos pueden ser curadores del disipador, pero sí pueden serlo del demente. Notorio es que las razones que se oponen á la curaduría de la mujer y de los hijos cuando se trata del disipador no existen respecto del ausente. Con razón, pues, dice el artículo 563 que podrán nombrarse curadores las mismas personas que pueden serlo del demente, es decir, en primer término el cónyuge y después los hijos. Esto armoniza con lo establecido en el artículo 1814, que habla de « la mujer que, por larga ausencia del marido sin comunicación con su familia, haya sido nombrada curadora del marido ó de sus bienes ».

911. El Código deja al juez, en esta materia, mayor libertad, como se ve por lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 563 :

Podrá el juez ó prefecto, con todo, separarse de este orden, á peticion de los herederos legítimos ó de los acreedores, si lo estimare conveniente.

Esto se explica por el carácter especial de la curaduría de bienes. Se necesita, ante todo, un curador íntegro y de experiencia en el manejo de los negocios; no hay necesidad de atender al orden del parentesco, como en los casos de menoría y de demencia, en los cuales debe tenerse en cuenta el afecto del curador para con el incapaz.

El texto habla sólo de los « herederos legítimos », es decir, de los que son llamados á suceder abintestato al ausente, porque sólo después del decreto de posesión provisional se procede á la apertura del testamento que haya dejado el ausente (art. 99).

912. El inciso 3° del artículo que comentamos agrega, refiriéndose al juez :

Podrá asimismo nombrar más de un curador, y dividir entre ellos la administración, en el caso de bienes cuantiosos situados en diferentes departamentos.

913. De conformidad con el

Art. 566. Si la persona ausente es mujer casada, no podrá ser curador el marido, sino en los términos del artículo 537, número 1.°[1]

El numeral 1° del artículo 537 dice que el marido no será curador de su mujer pródiga si ésta se hallare totalmente separada de bienes.

En el caso á que el artículo 566 se refiere hay las mismas razones para aplicar el numeral 1° del artículo 550 que en el de demencia de la mujer. El mencionado artículo impone al marido curador adjunto para administrar los bienes á que se extienda la separación cuando ésta sea parcial. De lo dispuesto en el artículo 566 que sólo se refiere al inciso 1° del artículo 537, resulta que en caso de separación parcial, el marido tendrá como curador de bienes de la mujer ausente, la administración de bienes que expresamente se le había quitado, como sucede también en caso de prodigalidad de la mujer.

914. Según el

Art. 565. Si el ausente ha dejado mujer no divorciada, se observará lo prevenido para este caso en el título *De la sociedad conyugal*[2].

El artículo 1814 indica que en este caso la mujer administrará la sociedad conyugal; los artículos siguientes establecen las reglas que deben observarse en lo tocante á dicha administración.

915. Finalmente, de acuerdo con el

Art. 564. Intervendrá en el nombramiento el defensor de ausentes[3].

Ya otras veces hemos dicho que en Colombia estas funciones les tocan á los agentes del ministerio público, que vela

[1] Cód. ch., art. 478.
[2] Cód. ch., art. 477.
[3] Cód. ch.. art. 476.

UNIVERSIDAD EAFIT . Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

por los intereses sociales ante los encargados de administrar justicia.

§ 4.° *Funciones y obligaciones especiales del curador de bienes del ausente.*

916. Fuera de las obligaciones generales de los curadores de bienes de que hablaremos en la última sección de este título, el curador de bienes del ausente tiene como deber especial el de que trata el

ART. 568. Si no se supiere el paradero del ausente, será el primer deber del curador averiguarlo.

Sabido el paradero del ausente, hará el curador cuanto esté de su parte para ponerse en comunicación con él [1].

Una vez que haya comunicación con el ausente, él podrá nombrar un apoderado general, que puede ser, si le conviene, el mismo curador de bienes, y con este nombramiento terminará la curaduría (art. 579).

917. Como es posible que el ausente haya constituído un apoderado especial, el artículo 567, previendo tal caso, dispone :

ART. 567. El procurador constituído por ciertos actos ó negocios del ausente, estará subordinado al curador; el cual, sin embargo, no podrá separarse de las instrucciones dadas por el ausente al procurador, sino con autorización de juez ó prefecto [2].

¿Qué debe entenderse por la expresión : « estará *subordinado* al curador »? Entendemos por ello que el apoderado especial tendrá que dar cuenta al curador general del modo como cumpla con las instrucciones del ausente, pero el curador no puede en esta materia imponerle su voluntad contrariando la del mandante, por cuanto el artículo mismo lo obliga á ocurrir al juez si se quiere modificar de algún modo las instrucciones dadas por el ausente, pues dicho cambio

[1] Cód. ch., art. 480.

[2] Cód. ch., art. 479. — Nótese la impropiedad de la expresión « *por* ciertos actos » Debió decirse « *para* ciertos actos ».

es de suyo grave; el apoderado deberá, en el desempeño de su encargo, ceñirse á las prescripciones del título del mandato. No es dudoso, en todo caso, que el curador de bienes no puede revocar el poder conferido por el ausente al procurador especial; éste poder sólo concluirá á consecuencia del fallecimiento probado del ausente, ó por el decreto de posesión provisional ó definitiva.

§ 5.° *Fin de la curaduría de bienes del ausente.*

918. Además de las causas que ponen fin á la curaduría, por parte del curador, la que se organiza para atender á los bienes del ausente termina en los casos indicados por el inciso 1° del

ART. 579 [1]. La curaduría de los derechos del ausente expira á su regreso; ó por el hecho de hacerse cargo de sus negocios un procurador general debidamente constituido; ó á consecuencia de su fallecimiento; ó por el decreto que en el caso de desaparecimiento conceda la posesión provisoria.

Debió decirse también que termina asimismo la curaduría por el decreto que confiere la posesión definitiva de los bienes del desaparecido en los casos (art. 98) en que este decreto se expida sin que haya precedido el de la posesión provisional. Aunque no se haya dicho, esto debe admitirse por argumento *a fortiori*.

Sección II. — Curaduría de la herencia yacente.

919. La herencia yacente es la que no ha sido aceptada, según lo dice el artículo 569. El **1297** exige para que pueda considerarse como yacente una herencia : 1° que no exista albacea tenedor de bienes, nombrado por el testador, que haya aceptado el encargo; 2° que hayan trascurrido quince días, por lo menos, desde la apertura de la sucesión, sin que ninguno de los herederos haya aceptado la herencia; 3° que haya habido un decreto de juez que así la declare. Si hay

[1] Cód. ch., art. 491.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

varios herederos, basta que uno acepte para que la herencia no sea yacente.

Dice el inciso 1º del citado

ART. 569 [1]. Se dará curador á la herencia yacente, esto es, á los bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada.

920. Y el inciso 2º agrega :

La curaduría de la herencia yacente será dativa.

En realidad no tiene cabida la curaduría testamentaria ni la legítima : no la primera, porque si el testador prevé el caso de que sus herederos no acepten la herencia, tendrá naturalmente cuidado de nombrar un albacea, que es, en el fondo, un curador de bienes testamentario de naturaleza especial; no la legítima, porque se funda en relaciones de familia que no pueden existir sino entre personas naturales, y la herencia yacente á quien se da curador es una persona jurídica, como se desprende del artículo 2530. Por otra parte, si se diera la curaduría legítima de la herencia yacente á los próximos parientes del difunto, eso supondría : ó que no aceptan la herencia, ó que otros han sido instituídos herederos, y en ninguno de tales casos convendría darles la administración.

921. Conforme al

ART. 570. Si el difunto á cuya herencia es necesario nombrar curador, tuviere herederos extranjeros, el cónsul de la nación de éstos tendrá derecho para poner el curador ó curadores que hayan de custodiar y administrar los bienes [2].

Aun cuando el texto no habla sino del cónsul, debe entenderse que la misma facultad corresponde también, á falta de cónsul, al respectivo agente diplomático de la nación á que el extranjero pertenezca.

Debería extenderse asimismo la intervención de los funcionarios diplomáticos y consulares no sólo al caso de que existan herederos extranjeros del *de cujus,* sino también al en

[1] Cód. ch., art. 481.
[2] Cód. ch., art. 482

que sólo haya acreedores extranjeros, pues la misión protectora del cónsul ó del agente diplomático en favor de sus nacionales los comprende á todos.

922. El juez tendrá que discernir el encargo al individuo propuesto por el cónsul si fuere idóneo, es decir, si en él no concurre ninguna de las causales de incapacidad, y si tuviere aptitudes para el cumplido desempeño de sus funciones, según la clase de bienes y la cuantía de ellos. Á esto se refiere el

ART. 571. El magistrado discernirá la curaduría al curador ó curadores propuestos por el cónsul, si fueren personas idóneas; y á petición de los acreedores, ó de otros interesados en la sucesión, podrá agregar á dicho curador ó curadores otro ú otros, según la cuantía y situación de los bienes que compongan la herencia [1].

La facultad concedida al juez en la parte final del artículo, tiende á conciliar los derechos de los interesados colombianos ó pertenecientes á otra nacionalidad.

923. Conforme al

ART. 572. Después de trascurridos cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría, el juez ó prefecto, á petición del curador y con conocimiento de causa, podrá ordenar que se vendan todos los bienes hereditarios existentes, y se ponga el producido á interés con las debidas seguridades, ó si no las hubiere se deposite en las arcas de la nación [2].

Como se ve, el Código exige para la venta de los bienes tres requisitos : 1º que hayan trascurrido cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría, lo cual cede en beneficio de los herederos, quienes durante ese plazo podrán aceptar la herencia antes de que se cambie la forma de los bienes; 2º que se haga á petición del curador, porque si éste se presta á continuar administrando, puede no haber necesidad de proceder á la venta, y sí conveniencia en conservar la forma primitiva de la masa hereditaria; 3º que el juez la autorice con conocimiento de causa, á fin de que en las diligencias que con tal objeto se

[1] Cód. ch., art. 483.
[2] Cód. ch., art. 484.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

practiquen pueda demostrarse le conveniencia de tal enajenación.

924. Por último, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 579,

> La curaduría de la herencia yacente cesa por la aceptación de la herencia, ó en el caso del artículo 572, por el depósito del producto de la venta en las arcas de la nación.

Hemos dicho que basta que uno solo de los herederos acepte la herencia, para que ésta deje de considerarse como yacente[1].

Sección III. — Curaduría de los bienes del que está por nacer.

925. Vimos en el título 2º que la personalidad humana comienza con el nacimiento, pero con efecto retroactivo al día de la concepción si la criatura vive siquiera un momento después de la separación de su madre, de modo que los derechos que se deferirían á la criatura que está en el vientre materno quedan en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe (art. 95).

En esta hipótesis hay también lugar al nombramiento de un curador de bienes, con el objeto de que cuide de los que puedan corresponder al que está por nacer hasta que se sepa á quién han de adjudicarse definitivamente.

El caso de que hablamos se presenta sobre todo cuando hay hijo póstumo, es decir, cuando un hombre muere dejando á su mujer en cinta. Pero puede presentarse también en otras hipótesis. Así, cuando una persona distinta del padre del niño concebido, pero no nacido, le deja bienes por testamento, si el testador muere antes de que se efectúe el nacimiento de la criatura, hay lugar á la curaduría de bienes.

Con razón, pues, habla el artículo 433 del curador que se de á los derechos eventuales del que está por nacer; el artículo 573, que luego veremos, no se refiere, con la expresión hijo póstumo, sino al caso más frecuente de esta clase de curaduría.

[1] V. los artículos 1237 á 1245 del Código Judicial, y el 247 de la Ley 105 de 1890, relativos á la herencia yacente y á las funciones del curador respectivo. V. también la Ley 124 de 1890, *sobre sucesión abintestato de extranjeros*.

Cualquiera que sea el caso de que se trate, el curador no tendrá que ocuparse sino en el cuidado de los bienes cuya adjudicación es incierta.

926. Esto sentado, veamos cómo se nombra el curador y cuándo termina la curaduría.

1.º Si no se trata de un hijo póstumo, es decir, si no se trata de la sucesión paterna, no hay otra curaduría posible que la dativa. De lo dispuesto para el caso del hijo póstumo, se desprende que tienen derecho á pedir este nombramiento los que han de suceder en los bienes si el que está por nacer no naciere vivo.

Respecto del hijo póstumo, la curaduría puede ser testamentaria ó dativa.

El padre en su testamento puede, en efecto, designar el curador del hijo que esté por nacer, como lo dice el

> Art. 573. Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo, y en el tiempo debido, estarán á cargo del curador que haya sido designado á este efecto por el testamento del padre, ó de un curador nombrado por el juez ó prefecto, á petición de la madre, ó á petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo.
>
> Podrán nombrarse dos ó más curadores si así conviniere[1].

927. Y si el padre, sin prever este caso, ha nombrado tutor al hijo, dicho tutor será curador de bienes si el padre muere antes de que el niño nazca. Tal es el sentido del

> Art. 574. La persona designada por el testamento del padre para la tutela del hijo, se presumirá designada asimismo para la curaduría de los derechos eventuales de este hijo, si mientras él está en el vientre materno fallece el padre[2].

928. Á falta de curador designado expresamente ó como tutor en el testamento del padre, habrá lugar á nombrar uno

[1] Cód. ch., art. 485. — *Bello*, sobre el inciso 2º : « L. 1, § 19, *De ventre in possess.* ».

[2] Cód. ch., art. 487.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

dativo, « á petición de la madre, ó á petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo ».

Esta disposición se explica fácilmente : el curador de los bienes del que está por nacer, conserva estos bienes no sólo en favor del póstumo sino en favor de aquellos á quienes se darán los bienes en caso de que no nazca vivo.

El curador no representa ni al que está por nacer ni á otros herederos; conserva y administra los bienes por cuenta de la persona ó personas á quienes en definitiva hayan de corresponder legalmente.

929. 2.° La curaduría de los bienes del que está por nacer es, por su misma naturaleza, muy corta. Sobre ello dice el inciso 1° del

Art. 580 [1]. La curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer, cesa á consecuencia del parto.

Si el hijo concebido nace vivo, á su tutor ó á su padre se dará la administración de los bienes que le pertenezcan; si nace muerto, dichos bienes se entregarán á los herederos que, en su defecto, deban suceder.

930. Fuera de las tres curadurías de bienes de que habla el título 30, el Código reconoce otras, á saber : 1ª la de que habla el artículo 808 y á que nos referimos en el n° 738, ó sea cuando se dispusiere que mientras pende la condición de un fideicomiso se reserven los frutos para la persona que, en virtud de cumplirse ó de faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, pues entonces el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que sólo ejercerá las facultades de los curadores de bienes; 2ª la de que trata el inciso 2° del artículo 1297, según el cual, si sólo alguno ó algunos de los herederos hubieren aceptado la herencia, las facultades del heredero ó herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente, pero sin que estén obligados á prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligren los

[1] Cód. ch., art. 491, inc. 3.°

bienes; 3ª la de que habla el artículo 1353, según el cual, cuando el testador confiere al albacea la tenencia de cualquiera parte de los bienes, dicho albacea tiene las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente, pero sin obligación de dar caución, salvo en el caso á que el artículo 1354 se refiere.

Sección IV. — Reglas comunes á todas las curadurías de bienes.

931. Por regla general puede decirse que los curadores de bienes tienen facultades menos amplias en su administración que los curadores generales. En efecto, y esto sí es carácter distinto de las curadurías de bienes, en el ejercicio de ellas el curador no tiene que hacer otros gastos que los que requiere la conservación de los bienes, mientras que en los casos de curatela general, hay que atender á los gastos del menor, del disipador ó del demente. La necesidad de procurarse recursos exige que se conceda á los curadores generales poderes más amplios.

Por esto dice el

Art. 575. El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración á todas las trabas de los tutores ó curadores, y además se les prohibe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados [1].

Se prohibe al curador de bienes la ejecución de todos los actos administrativos, no mencionados en el texto anterior, porque importa que en los bienes haya los menos cambios posibles, toda vez que, muy probablemente, deben pasar á otras personas.

932. De conformidad con el

Art. 576. Se les prohibe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, á no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, ó que el pago de las deudas la requiera [2].

[1] Cód. ch., art. 487.
[2] Cód. ch., art. 488.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En consecuencia, el curador de bienes no puede contraer empréstitos, operación que, por olvido sin duda, no se prohibió al curador general; no puede enajenar los muebles sino los corruptibles, mientras que al curador general sólo se le prohibe enajenar los preciosos ó los que tengan valor de afección.

933. No obstante, el curador de bienes puede ejecutar los actos que le están especialmente prohibidos por las disposiciones anteriores, si para ello obtiene autorización del juez, mediante la comprobación de la necesidad ó utilidad del acto, como lo dice el inciso 1º del

ART. 577[1]. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos precedentes, los actos prohibidos en ellos á los curadores de bienes, serán válidos, si justificada su necesidad ó utilidad, los autorizare el juez ó prefecto previamente.

El inciso 2º agrega :

El dueño de los bienes tendrá derecho para que se declare la nulidad de cualquiera de tales actos, no autorizado por el juez ó prefecto; y declarada la nulidad será responsable el curador de todo perjuicio que de ello se hubiere originado á dicha persona ó á terceros.

Respecto de esta disposición, que no hace otra cosa que aplicar al curador de bienes las reglas del derecho común en materia de actos ó contratos hechos en nombre de otro sin autorización legal suficiente, observaremos que los perjuicios que pueden reclamarse son en general, los que resulten de la ejecución del acto, no sólo los provenientes de la declaración de la nulidad del mismo acto ó contrato, como parece desprenderse de la expresión « que de ello » con que termina el inciso.

Los curadores de bienes tienen, pues, como función principal la de conservar las cosas puestas á su cargo y administrarlas, pero únicamente en cuanto sea necesario para su conservación.

934. Por lo demás, según el

ART. 578. Toca á los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados, y las personas que tengan créditos contra los bienes podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores[1].

[1] Cód. ch., art. 489.

Esto es natural y necesario; lo propio debe decidirse acerca de los tutores ó curadores generales, aunque el Código no contenga disposición especial respecto de ellos. En tal virtud, los curadores de bienes representan activa y pasivamente en juicio á las personas ó entidades cuyos intereses administran.

935. Por último, el inciso 2º del artículo 580 dice :

Toda curaduría de bienes cesa por la extinción ó inversión completa de los mismos bienes.

Verdad elemental es esta sin duda. No puede haber curaduría de bienes si no hay bienes. Sin embargo, la anterior disposición puede tener una consecuencia práctica. Cuando se trate de la curaduría de un ausente, si hay acreedores, aquélla concluye con la extinción de los bienes; y si luego, antes de que se declare la muerte presunta, se abre una sucesión en favor del ausente, será preciso nombrar otro curador.

TÍTULO XXXI.º

De los curadores adjuntos.

936. Vimos al tratar del artículo 434, que los curadores adjuntos son 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. Aun cuando, por regla general, no administrarán sino una parte de los bienes del pupilo, puede suceder, sin embargo, que les toque la administración de todos los que

[1] Cód. ch., art. 490.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

al pupilo correspondan, como ocurrirá cuando se quite al padre de familia la administración de los bienes del hijo por dolo ó grave negligencia habitual (art. 299).

937. Según lo establecido en el

ART. 581. Los curadores adjuntos tienen sobre los bienes que se pongan á su cargo, las mismas facultades administrativas que los tutores, á menos que se agreguen á los curadores de bienes.

En este caso no tendrán más facultades que las de curadores de bienes[1].

En consecuencia, los curadores adjuntos, salvo el caso á que la parte final del texto se refiere, quedarán sujetos en su administración á las reglas generales del título 24.

Si se agregan á un simple curador de bienes, es claro que el adjunto no puede tener otras facultades que las que corresponden á los curadores de bienes que, como ya vimos, son muy restringidas.

938. De acuerdo con el inciso 1º del

ART. 582[2]. Los curadores adjuntos son independientes de los respectivos padres, maridos ó guardadores.

Esta disposición es completamente justificable : si se quitan á los padres ó al marido los bienes de sus hijos ó de su mujer, no se explicaría que pudiesen luego ejercer autoridad sobre el curador nombrado para administrar tales bienes. Y respecto de los guardadores generales se explica también la independencia en que el texto coloca á los curadores adjuntos, pues si la administración separada se les confiere precisamente porque los primeros no pueden atender á ella, es natural que obren independientemente en el manejo de lo que conocen mejor. Además, esta independencia está contrapesada por la responsabilidad directa que á los curadores adjuntos les atribuye la ley.

939. Dice el inciso 2º del mismo artículo 582 :

La responsabilidad subsidiaria que por el artículo 508 se impone á los tutores ó curadores que no administran, se extiende á los respectivos padres, maridos ó guardadores respecto de los curadores adjuntos.

[1] Cód. ch., art. 492.
[2] Cód. ch., art. 493.

Efectivamente, aunque los padres, maridos ó guardadores generales no administren los bienes puestos al cuidado del curador adjunto, sí pueden ejercer sobre sus actos la necesaria inspección ó vigilancia para cerciorarse del modo como desempeñan su encargo; y en virtud de la facultad conferida por el artículo 505 de ocurrir al juez para pedir que el curador adjunto exhiba las cuentas de su administración ó manifieste las existencias que tiene en su poder, pueden impedir una administración dolosa ó descuidada. Si á pesar de ello no lo hacen así, resulta justificable la sanción de la responsabilidad subsidiaria de que habla el texto anterior. Esto, por lo demás, armoniza con lo establecido en el inciso final del artículo 508, que dice : « Los tutores ó curadores generales están sujetos á la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administración de los curadores adjuntos ».

No incumbe á los curadores adjuntos igual responsabilidad respecto de los padres, maridos ó guardadores, porque como á aquéllos sólo les toca una administración especial, no habría motivo para exigirles que extendieran su vigilancia á la administración de todos los demás bienes del pupilo confiados á otras personas.

TÍTULO XXXII.º

De los curadores especiales.

940. Curador especial es, según el artículo 435, el que se nombra para un negocio determinado.

De acuerdo con el inciso 1º del

ART. 583[1]. Las curadurías especiales son dativas.

[1] Cód. ch., art. 494.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Esta disposición no se opone, naturalmente, á que si, en un caso extraordinario, el testador ha indicado una persona á fin de que se ocupe, por cuenta del heredero ó legatario incapaz, en un negocio pendiente, el juez tenga en cuenta esta indicación.

941. El inciso 2º agrega :

Los curadores para pleito ó *ad litem,* son dados por la judicatura ó prefectura que conoce en el pleito.

Cuando se trate de un menor adulto, este nombramiento debe hacerse, según el Código Judicial[1], por el menor mismo, y si no lo hiciere, lo hará el juez. En los demás casos, cuando se trate de un sordomudo, de un demente, etc., tocará siempre al juez, conforme al texto que examinamos, nombrar el curador para la litis.

942. Al tenor del

Art. 584. El curador especial no es obligado á la confección de inventario sino sólo á otorgar recibo de los documentos, cantidades ó efectos que se pongan á su disposición para el desempeño de su cargo y de que dará cuenta fiel y exacta[2].

La práctica de un inventario solemne en estos casos sería dispendiosa de tiempo y de dinero, con perjuicio de los bien entendidos intereses del pupilo. Basta para la seguridad de los mismos, el recibo exigido por el artículo 584.

Por otra parte, conforme al numeral 3º del artículo 465, están eximidos de prestar fianza los curadores que se dan para un negocio especial sin administración de bienes.

[1] V. los artículos 304 y 307 de este Código y el 23 de la Ley 100 de 1892.
[2] Cód. ch., art. 495.

TÍTULO XXXIII.º

De las incapacidades y excusas para la tutela ó curaduría.

943. Las tutelas y curadurías son cargos públicos obligatorios para las personas llamadas á desempeñarlos.

Esta obligación se ha establecido á fin de asegurar la protección de los incapaces y la administración de sus bienes. El peligro de que los incapaces no encuentren guardador es, sin embargo, menos de temer en países como en Colombia y Chile, en los cuales los tutores y curadores son remunerados. El peligro no existe sino para los pupilos pobres. Otra cosa sucede en Francia, en donde la tutela, además de obligatoria, es gratuita.

Pero si ha sido preciso evitar que el guardador rehuse la guarda, casos hay en que imponerla sería una verdadera iniquidad. Por esto se han establecido causales de excusa, limitativamente enumeradas por la ley, que permiten al guardador designado eximirse de la guarda.

El interés del incapaz exige, por otra parte, que el guardador sea persona hábil en el manejo de los negocios, íntegra y de buenas costumbres. No basta dar al incapaz un guardador, es preciso darle uno que no ponga en peligro sus bienes ni su moralidad. Con este último fin, el Código establece causales de impedimento ó de incapacidad.

La incapacidad es un obstáculo absoluto para el ejercicio de una guarda; la excusa es una causa de dispensa que el guardador puede invocar ó no.

Al tenor del

Art. 585. Hay personas á quienes la ley prohibe ser tutores ó curadores, y personas á quienes permite excusarse de servir la tutela ó curaduría[1].

[1] Cód. ch., art. 496.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En el primer capítulo de este título el legislador trata de las incapacidades y en el capítulo 2º de las excusas. En un tercer capítulo expone las reglas comunes á unas y á otras.

Estudiaremos rápidamente esta materia, en la cual hay muchas disposiciones de mero detalle que, por lo mismo, no necesitan comentario.

CAPÍTULO I.º

DE LAS INCAPACIDADES.

944. Este capítulo está dividido en siete parágrafos, de los cuales los cinco primeros enumeran las causas de impedimento, clasificadas en cinco categorías, el sexto trata de las incapacidades sobrevinientes; en el séptimo se exponen reglas generales sobre las incapacidades.

§ 1.º *Reglas relativas á defectos físicos y morales.*

945. Según el

Art. 586. Son incapaces de ejercer tutela ó curaduría :

1.º Los ciegos;

2.º Los mudos;

3.º Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;

4.º Los fallidos, mientras no hayan satisfecho á sus acreedores;

5.º Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación;

6.º Los que carecen de domicilio en la nación;

7.º Los que no saben leer ni escribir, con excepción del padre ó madre llamados á ejercer la guarda legítima ó testamentaria de sus hijos legítimos ó naturales;

8.º Los de mala conducta notoria;

9.º Los condenados judicialmente á una pena de las designadas en el artículo 315, número 4º, aunque se les haya indultado de ella;

10.º La mujer que ha sido divorciada por adulterio;

11.º El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según el artículo 310; y

12.º Los que por torcida ó descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, ó en el juicio subsiguiente á ésta han sido condenados por fraude ó culpa grave, á indemnizar al pupilo[1].

Son tan obvias las razones que justifican el que las anteriores causales se consideren como motivos de impedimento para el ejercicio de la guarda, que basta reproducir el texto.

Observaremos, sí, que las causales de que tratan los numerales 6º y 7º no son propiamente defectos *físicos* y *morales* que inhabiliten para el ejercicio de la tutela ó de la curaduría.

§ 2.º *Reglas relativas al sexo.*

946. Por regla general, las mujeres son incapaces de ejercer la guarda de un pupilo, pero el Código admite excepciones respecto de la madre en relación con sus hijos y de la esposa respecto de su marido en los casos á que se refiere el

Art. 587. Las mujeres son incapaces del ejercicio de la tutela ó curaduría salvas las excepciones siguientes :

1.ª La mujer que no tiene marido vivo, puede ser guardadora de sus descendientes legítimos ó de sus hijos naturales;

2.ª La mujer no divorciada puede ser curadora de su marido demente ó sordomudo;

3.º La mujer, mientras vive su marido, puede ser guardadora de los hijos comunes, cuando en conformidad al capítulo 4º, título *De las capitulaciones*

[1] Cód. ch., art. 497. — *Bello*, núm. 1.º : « La Ley 4, tit. 16, p. 6, no excluye á los ciegos; pero la falta de la vista es un impedimento tan grave como el del oido para todo cargo importante que requiera vigilancia y á que es anexo una ciudadosa administración de que es preciso dar cuenta.

« Núm. 6.º Ley 14, título 16, partida 6; Ley 4, C., *Qui dare tutores.*

« Núm. 7.º El no saber leer y escribir es excusa en la Ley 2, t. 17, p. 6; pero en el dia, que es mucho menos común que en otros tiempos este defecto, debe presumirse que el que ignora esas dos artes es incapaz de un cargo tan importante como la tutela. Leyes 4 y 14, tit. 16, part. 6; Cód. prus., part. II, tit. 18, art. 316.

« Núm. 8.º De malas maneras. Ley 4, tit. 16, p. 6.

« Núm. 10. Ley 9, tit. 16, p. 6; esta ley exige que la guardadora sea *buena mujer.*

« Núm. 11. Es una consecuencia precisa de las causas de la emancipación judicial.

« Núm. 12. Se infiere de la Ley 4, título 16, partida 6; Código prusiano, parte II, tit. 18, artículo 136 ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

matrimoniales y de la sociedad conyugal, se le confiere la administración de la sociedad conyugal;

4.ª La madre adoptante puede ser guardadora de la hija adoptiva. Estas excepciones no excluyen las inhabilidades provenientes de otra causa que el sexo [1].

La última parte del numeral 4° ha podido omitirse, por su absoluta evidencia.

§ 3.° *Reglas relativas á la edad.*

947. El inciso 1° del artículo 588 establece el principio de que el menor, aun habilitado de edad, no puede ser guardador :

ART. 588 [2]. No pueden ser tutores ó curadores los que no hayan cumplido veintiún años, aunque hayan obtenido habilitación de edad.

Esto se comprende fácilmente : la guarda exige que haya capacidad completa en el guardador; á quien es incapaz para el manejo de sus bienes debe considerársele como mayor razón incapaz para el manejo de los bienes ajenos, y el habilitado de edad no goza sino de una capacidad parcial.

948. Conforme al inciso 2° del mismo artículo 588,

Sin embargo, si es deferida una tutela ó curaduría al ascendiente ó descendiente que no ha cumplido veintiún años, se aguardará que los cumpla para conferirle el cargo; y se nombrará un interino para el tiempo intermedio [3].

Esta disposición, que se refiere á la guarda legítima, se explica por cuanto importa sobremanera al pupilo que su guardador sea, en lo posible, un próximo pariente suyo que, como es natural suponer, tendrá más solícito interés por él que un extraño.

[1] Cód. ch., art. 499. — *Bello :* « Leyes 4, 5 y 9, título 16, partida 6; Ley última, C., *Quando mulier;* Código francés, 507. « Núm. 1.° Ley última, C., *Quando mulier.* »

[2] Cód. ch., art. 500. — *Bello :* sobre este inciso : « Ley 4, t. 16, p. 6. »

[3] *Bello :* « ¿Por qué no ha de concedérseles igual favor que á los tutores testamentarios? »

El inciso 3°, fundado en idénticos motivos, dice, refiriéndose á la guarda testamentaria,

Se aguardará de la misma manera al tutor ó curador testamentario, que no ha cumplido veintiún años [1].

949. Por último, el inciso 4° agrega :

Pero será inválido el nombramiento del tutor ó curador menor, cuando llegando á los veintiún años sólo tendría que ejercer la tutela ó curaduría por menos de dos años.

Se ha establecido así especialmente con el fin de evitar los cambios de administrador de los intereses del pupilo, sin grande utilidad para éste por el poco tiempo que duraría la administración del segundo.

950. Al tenor del

ART. 589. Cuando no hubiere certidumbre acerca de la edad, se juzgará de ella según el artículo 400, y si en consecuencia se discierne el cargo al tutor ó curador nombrado, será valido y subsistirá, cualquiera que sea realmente la edad [2].

En tal virtud, cuando no fuere posible calificar la edad del guardador nombrado, por documentos ó declaraciones que fijen la fecha de su nacimiento, se le atribuirá una edad media entre la mayor y la menor que parecieren compatibles con el desarrollo y el aspecto físico del individuo, oyendo previamente el dictamen de facultativos ó de otras personas idóneas.

Esta disposición se refiere especialmente al guardador testamentario, bien que, en nuestro concepto, puede también aplicarse al tutor ó al curador legítimos llamados al desempeño de la guarda. No así á la tutela ó curaduría dativa, por que es natural que para ella nombre el juez una persona acerca de cuya edad tenga certidumbre.

Por lo demás, como la guarda es un cargo, según se ha dicho, el artículo 589 no era, á lo menos en su primera parte, estrictamente necesario : bastaba lo dispuesto sobre el

[1] *Bello* : « § 2, Inst., *Qui test. tut.;* L. 32, § 2, *De test. tut.* Véase la glosa 5 de Greg. López á la Ley 4, tit. 18, p. 6. »

[2] Cód. ch., art. 501.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

particular, en términos generales por el 400 á que aquella misma disposición se refiere.

951. De observar es que el Código guarda silencio respecto de la edad máxima después de la cual no pueda ejercerse la guarda. Cierto es que el punto era delicado, pero no puede negarse que un individuo que llega á una avanzada edad se hace inhábil para atender debidamente á los negocios del pupilo y aun á los suyos propios. El legislador no señala edad máxima (sesenta y cinco años) sino como motivo de excusa. Queda, sin embargo, un recurso contra el que, á pesar de su inhabilidad por senectud, persiste en ejercer la guarda, y es el de solicitar la remoción conforme al artículo 627. Pero toda remoción, aun por este motivo, es dolorosa para el guardador removido.

§ 4.° *Reglas relativas á las relaciones de familia.*

952. Conforme al

ART. 590. El padrastro no puede ser tutor ó curador de su entenado[1].

Lo cual se funda en la presunción de que el padrastro, como con frecuencia sucede, no abrigará sentimientos de justicia para con el entenado, y no será, por lo mismo, adecuado para el competente manejo de sus bienes.

No se dispone otro tanto, de un modo especial, respecto de la madrastra, porque ella queda comprendida en la regla general de que las mujeres, en principio, son legalmente incapaces de ejercer una guarda.

Parece natural que, por igual motivo al en que se funda el artículo 590, se declarara incapaz al entenado para desempeñar las funciones de guardador de su padrastro y de su madrastra.

953. Al tenor del

ART. 591. El marido no puede ser tutor ó curador de sus hijos naturales, sin el consentimiento de su mujer[2].

[1] Cód. ch., art. 502. — *Bello*, « Gutiérrez, *De tut.* part. 1, cap. 8, n. 77.
[2] Cód. ch., art. 503.

Esta disposición, que armoniza con la del inciso 2° del artículo 61 de la Ley 153 de 1887, según el cual la persona casada no podrá tener un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer ó marido, tiene por objeto guardar las buenas relaciones entre los esposos evitando este motivo de posible perturbación en el hogar.

Tratándose de la curaduría del pródigo, había dicho el numeral 2° del artículo 537 : « los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo, es decir, el de curadores de sus hijos ». Prohibición es ésta más absoluta que la del artículo que estudiamos, pues el último permite al padre natural el ejercicio de la curaduría con el consentimiento de su mujer. ¿Cuál de las dos disposiciones prevalece? Esta última, conforme á las disposiciones de la Ley 57 de 1887 (art. 5).

No era preciso advertir nada con relación á la mujer, porque ella, mientras viva su marido, no puede ser guardadora de sus hijos naturales, por ministerio del artículo 587, bien que sí puede y debe atender al cuidado personal de los hijos naturales que haya reconocido (Ley 153, art. 61, inc. 1°)[1].

954. Según el

ART. 592. El hijo no puede ser curador de su padre disipador[2].

Implícitamente lo había dicho ya el artículo 537, que excluye entre los llamados á la curaduría del pródigo á sus descendientes.

[1] El art. 592 del tercer Proyecto del señor Bello decía : « El padre ó madre naturales casados no pueden ser tutores ó curadores de sus hijos naturales, sin el consentimiento de su cónyuge ». Esta disposición es acompañada de la nota siguiente :

« Pero, ¿qué diremos si la madre natural está casada ó se casa con el padre? Si éste también ha reconocido al hijo con las solemnidades legales, necesarias para conferirle los derechos de natural, no hay madre ni padre natural desde el matrimonio, puesto que por dicho matrimonio se legitima *ipso jure* el hijo que siendo menor, cae bajo la patria potestad. Si, por el contrario, el padre no le ha reconocido es á los ojos de la ley un extraño, y el matrimonio incapacita á la madre para la guarda. Pero, ¿qué si el padre confiesa que el hijo es suyo, aunque no está dispuesto á reconocerlo con las solemnidades legales? Debe decirse lo mismo ; la ley lo considera como un extraño, excepto en cuanto á la prestación de alimentos. ¿Y cómo fiar de un padre que no es presumible tenga los sentimientos de tal para con un hijo á quien, por su parte, no ha querido sacar de la clase degradada de los espurios? »

[2] Cód. ch., art. 504.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Pero el artículo 592 no se refiere sino á los hijos y no á los demás descendientes, de lo cual se deduce que la incapacidad no comprende á los nietos del disipador que, aun cuando es difícil que el caso se presente en la práctica, podrán ser nombrados para ejercer la guarda de su abuelo en entredicho por prodigalidad, á falta de las personas enumeradas en el artículo 537.

§ 5.° *Reglas relativas á la oposición de intereses ó diferencia de religión entre el guardador y el pupilo.*

955. En principio, no puede ser guardador quien tiene intereses opuestos á los del pupilo. Esta doctrina se aplica en caso de pleito entre uno y otro, y, en armonía con ella, dice el

ART. 593. No podrá ser tutor ó curador de una persona el que le dispute su estado civil[1].

Como se ve, el texto se refiere al que actualmente dispute su estado civil al pupilo; no comprende al que, en una litis anterior al discernimiento de la guarda, le hubiese disputado dicho estado civil.

956. Según el

ART. 594. No pueden ser solos tutores ó curadores de una persona los acreedores ó deudores de la misma, ni los que litiguen con ella, por intereses propios ó ajenos.

El juez ó prefecto, según le pareciere más conveniente, le agregará otros tutores ó curadores que administren conjuntamente, ó los declarará incapaces del cargo.

Al cónyuge y á los ascendientes y descendientes del pupilo no se aplicará la disposición de este artículo[2].

En cuanto el texto se refiere al caso de pleito entre el guardador y el pupilo, nada tenemos que observar, puesto que aquéllos, por lo regular, duran largo tiempo, engendran re-

[1] Cód. ch., art. 505.
[2] Cód. ch., art. 506. — Nótese que en el inciso 2°, donde se dice « *le* agregará » debe ser « *les* agregará ».

sentimientos y, sobre todo, el tutor ó curador podrían prevalerse de sus funciones para perjudicar al pupilo en beneficio propio ó en el de su cliente. Más discutible es el otro caso de impedimento, ó sea el que se refiere á los acreedores ó deudores del incapaz. Basta el pago para que la oposición de intereses desaparezca. Si se hace poco después de que principie la guarda, en lo sucesivo no habrá dificultad ninguna para su cumplido desempeño. Así lo que se establece como regla, no debería ser sino una rara excepción. Tan cierto es esto, que el legislador mismo ha establecido tantas excepciones, que aquélla casi pierde su importancia.

957. La primera de dichas excepciones es la de que trata el inciso 3° del artículo 594, en favor del cónyuge y de los ascendientes y descendientes del pupilo. Las demás son las de que habla el

ART. 595. Las disposiciones del precedente artículo no comprenden al tutor ó curador testamentario, si se prueba que el testador tenía conocimiento del crédito, deuda ó litis, al tiempo de nombrar á dicho tutor ó curador.

Ni se extienden á los créditos, deudas ó litis que fueren de poca importancia en concepto del juez ó prefecto[1].

Nótese el defecto de redacción en la parte final del texto: en lugar de referirse á los tutores ó curadores, que son el sujeto de que se ha venido hablando, se refiere á la cuantía de los créditos, deudas ó litis.

958. Finalmente, al tenor del

ART. 596. Los que profesan diversa religión de aquella en que debe ser ó ha sido educado el pupilo, no pueden ser tutores ó curadores de éste, excepto en el caso de ser aceptados por los ascendientes, y á falta de éstos por los consanguíneos más próximos[2].

Como el texto permite á los ascendientes aceptar al guardador cualquiera que sea su religión, resulta que si un ascendiente mismo es guardador, no estará impedido por la diferencia de religión, especialmente si se trata del padre ó de la madre.

[1] Cód. ch., art. 507. — *Bello,* sobre el inciso 1°: « Ley 14, tit. 16. part. 6 »; sobre el inc. 2°: « Gutiérrez, *De tut.* part. 1, cap. 20, n. 1, 2, 3, etc. ».
[2] Cód. ch., art. 508. — *Bello:* « C. prus., *ib.*, art. 137. »

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

959. Suponiendo que ambos padres hayan premuerto. ¿Cuál es la religión en que *debe ser educado* el pupilo? Creemos, de acuerdo con el espíritu del legislador, que debe entenderse la religión de los padres de aquél. En caso de no haber sido una misma la religión del padre y la de la madre, ¿en cuál debe educarse el incapaz? Podría suceder que haya habido convenio entre los padres al tiempo de celebrarse el matrimonio y en tal caso deberá respetarse. Si no hubo tal convenio expreso, se tendrá en cuenta, en lo posible, lo que sobre el particular hayan hecho los padres, así como su voluntad presunta.

960. Obsérvese que no debería comprender esta disposición al disipador, á quien la diferencia de religión con el guardador no puede perjudicar. En todo caso, no comprende á los curadores de bienes, pues es claro que las razones que justifican la disposición legal cuando se trata de un guardador que tiene á su cargo el cuidado personal del pupilo, no existen en la curaduría de bienes. Tampoco debe hacerse extensiva la disposición á los curadores adjuntos ni á los curadores especiales.

§ 6.º *Reglas relativas á la incapacidad sobreviniente.*

961. Hasta aquí hemos supuesto que la causa de incapacidad ha existido antes del discernimiento de la guarda. Preciso es, sin embargo, prever el caso en que sobrevenga durante el ejercicio de la tutela ó de la curaduría. En tal evento se aplicará el

ART. 597. Las causas antedichas de incapacidad que sobrevengan durante el ejercicio de la tutela ó curaduría, pondrán fin á ella[1].

Claro es que algunas de las causales de incapacidad que hemos examinado, no pueden, por su misma naturaleza, sobrevenir durante la guarda, tales como el no saber leer y escribir, el no ser mayor de edad, etc., otras pueden sobrevenir por muy diversas causas.

[1] Cód. ch., art. 509.

962. Según el

ART. 598. La demencia del tutor ó curador viciará de nulidad todos los actos que durante ella hubiere ejecutado, aunque no haya sido puesto en interdicción[1].

Los actos del demente no tienen ningún valor, ora se refieran á él mismo, ora á su representado; pero los que ejecute en intervalos lúcidos, mientras no se le haya puesto en interdicción, serán validos. Basta, pues, aquí aplicar las reglas generales sobre la incapacidad del demente. No creemos que el texto tenga otro alcance; sólo habla de los actos ejecutados *durante la demencia*. Al que invoque la nulidad de un acto del guardador, tocará probar que fué ejecutado en estado de demencia.

963. Al tenor del

ART. 599. Si la ascendiente legítima ó madre natural ó adoptiva, tutora ó curadora, quisiere casarse, lo denunciará previamente al juez ó prefecto, para que nombre la persona que ha de sucederle en el cargo; y de no hacerlo así, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido aun á los actos de la tutora ó curadora anteriores al matrimonio[2].

Esta disposición armoniza con la del artículo 587 que prohibe á la mujer desempeñar una guarda cuando tiene marido vivo; con la del 175 que ordena á la viuda que tuviere hijos de precedente matrimonio bajo su tutela ó curaduría, hacer, cuando trate de volver á casarse, la denunciación de que habla el texto preinserto, y aun con la del **1331**, según el cual la viuda que fuere albacea de su marido difunto, deja de serlo por el hecho de pasar á otras nupcias. Con todo ello ha querido el legislador que los intereses de los pupilos no sufran menoscabo administrados por una persona que, por el hecho del matrimonio, se coloca bajo extraña potestad, con lo cual puede recibir influencias perniciosas para el incapaz.

Muy bien se comprende que el marido sea responsable

[1] Cód. ch., art. 510.
[2] Cód. ch., art. 511. — *Bello :* « L. 5, t. 16, p. 6ª; L. 26, t. 13, p. 5ª; C. F. 395, con el com. de Rogron. »

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

solidariamente de la administración futura con su mujer si ésta conserva indebidamente la guarda; pero ¿por qué le declara el Código responsable aun de la administración anterior al matrimonio, aunque no haya tenido parte en ella? El motivo es que al casarse la mujer guardadora debería rendir inmediatamente sus cuentas al nuevo guardador; el hecho de conservar la guarda, hecho de que es responsable en cierto modo el marido, puesto que lo permite, impide que se rindan estas cuentas, y es prefectamente justificable que el marido responda de los perjuicios que con ello se causen al pupilo.

§ 7.° *Reglas generales sobre las incapacidades.*

964. El guardador está obligado á denunciar las causas de incapacidad anteriores ó sobrevinientes, so pena de perder los emolumentos que le corresponden. Así lo establece el inciso 1° del

ART. 600[1]. Los tutores ó curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían en el tiempo de deferírseles el cargo, ó que después hubieren sobrevenido, además de estar sujetos á todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo.

Si de mala fe se encarga de la guarda un tutor ó curador ó continúa ejerciéndola, es natural que no tenga derecho á exigir remuneración y que responda, en favor del pupilo, de todos los actos de su administración.

965. El inciso 2° agrega :

Las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor ó curador; pero, sabidas por él, pondrán fin á la tutela ó curaduría.

¿Quiere decir esto último que si el guardador tiene conocimiento de su incapacidad, la guarda cesará de pleno derecho? Los términos explícitos del texto imponen esta interpretación. Basta, en consecuencia, que el guardador conozca su incapacidad para que de pleno derecho pierda su carácter

[1] Cód. ch., art. 512.

legal de guardador : los actos que ejecute después son actos de una persona sin poder : al guardador no puede considerársele sino como agente oficioso, y sus actos no obligarán al incapaz sino en el caso de que le sean útiles. Creemos, sí, que el guardador que siga ejerciendo indebidamente la guarda será responsable de los perjuicios que dichos actos irroguen á terceros. El sistema con todo es criticable; la incapacidad puede no ser aparente, y hay inconvenientes, aun para el pupilo, en que el guardador deje de serlo en virtud de hechos ocultos; puede haber muchas dificultades para determinar la época precisa en que cesó la guarda.

966. Conforme al

ART. 601. El guardador que se creyere incapaz de ejercer la tutela ó curatela que se le defiere, tendrá para provocar el juicio sobre su incapacidad los mismos plazos que para el juicio sobre excusas, se prescriben en el artículo 608.

Sobreviniendo la incapacidad durante el ejercicio de la tutela ó curaduría, deberá denunciarla al juez ó prefecto dentro de los tres días subsiguientes á aquel en que dicha incapacidad haya empezado á existir ó hubiere llegado á su conocimiento; y se ampliará este plazo, de la misma manera que el de treinta días que en el artículo 608 se prescribe.

La incapacidad del tutor ó curador podrá también ser denunciada al juez ó prefecto por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge y aun por cualquiera persona del pueblo[1].

¿Cuál será la misión del juez en este caso? No será la de privar al incapacitado del título de guardador, puesto que lo perdió de pleno derecho, desde el día en que conoció su incapacidad, que difícilmente podrá ignorar; el juez no puede hacer otra cosa que dejar constancia de que el guardador ha perdido su calidad de tal desde la época en que él tuvo conocimiento de su incapacidad[2].

[1] Cód. ch., art. 513.
[2] V. el artículo 1448 del Código Judicial.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

CAPÍTULO II.º

DE LAS EXCUSAS.

967. Sabemos la diferencia que hay entre incapacidad y excusa : aquélla es un impedimento que inhabilita á un individuo para ser guardador ; ésta un motivo de dispensa que puede invocarse ó no. Estudiaremos : 1º las causas de excusa ; 2º los plazos en que deben alegarse.

Sección I. — Causas de excusa.

968. Las causas que permiten al guardador eximirse de su cargo las enumera el

ART. 602. Pueden excusarse de la tutela ó curaduría :

1.º Los empleados nacionales, el presidente de la Unión y los que ejercen funciones judiciales ;

2.º Los administradores y recaudadores de rentas nacionales ;

3.º Los que están obligados á servir por largo tiempo un empleo público, á considerable distancia del territorio en que se ha de ejercer la guarda ;

4.º Los que tienen su domicilio á considerable distancia de dicho territorio ;

5.º Las mujeres ;

6.º Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual, ó han cumplido sesenta y cinco años ;

7.º Los pobres que están precisados á vivir de su trabajo personal diario ;

8.º Los que ejercen ya dos guardas, y los que estando casados ó teniendo hijos, ejercen ya una guarda ; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales.

Podrá al juez ó prefecto contar como dos la tutela ó curaduría que fuere demasiado complicada ó gravosa ;

9.º Los que tienen bajo su patria potestad cinco ó más hijos vivos ; contándoseles también los que han muerto en acción de guerra, bajo las banderas de la Unión [1].

[1] Cód. ch., art. 514. — *Bello* : « Núm. 1º, L. 2, t. 17, p. 6ª, *e los que han de juzgar, e cumplir la justicia por obra :*
« Núm. 2.º L. 2, t. 17, p. 6.ª
« Núm. 3.º Delvincourt, t. 1, p. 117.
« Núm. 5.º L. 14, t. 16, p. 6.ª
« Núm. 6.º L. 14, t. 16, p. 6ª ; y L. 2, t. 17 ; C. F. 433, 434.
« Núm. 8.º inc. 2º, L. 2, t. 17, p. 6ª ; L. 31, § 4, *de excus. tut.* Por el derecho de las partidas y el romano se piden tres tutelas ó curatelas ; pero dos han parecido bastante. C. F. 435.
« Núm. 9.º L. 2, t. 17, p. 6ª. *Fr.* Inst. *de excus. tut.* : L. 17, *de test. tut.* ; C. F. 436. »

Las tres primeras causales de excusa se relacionan con el desempeño de funciones públicas ; las demás se refieren á motivos enteramente particulares ó privados del guardador. Aquéllas no tienen sólo en mira el interés del tutor ó curador, sino el interés social, á fin de que las atenciones de la guarda no perjudiquen al buen servicio público.

La cuarta de las causas enumeradas comprenderá, en la mayor parte de los casos, la tercera, pues ya sabemos (art. 80) que el hecho de aceptar un empleo fijo por largo tiempo determina el domicilio.

Apenas parece necesario advertir que la 5ª causal de excusa, relativa á las mujeres, no tendrá aplicación sino en los casos excepcionales en que, conforme al artículo 387, pueden aquéllas ejercer la guarda.

Las causas de excusa de que tratan los numerales 6º y 7º se explican por sí mismas. En efecto, no sería justo para con el guardador obligarlo, á pesar de una grave enfermedad habitual ó de su avanzada edad, á ocuparse en las múltiples tareas que puede imponerle la guarda. Esto, por otra parte, no sólo cede en beneficio del tutor ó curador, sino del pupilo mismo, cuyos intereses requieren los cuidados de una persona física é intelectualmente capaz de administrar aquéllos con provecho.

Los pobres que están obligados á vivir de su trabajo personal diario tienen naturalmente que velar por sí mismos y por los suyos antes que por intereses de un pupilo, persona extraña las más de las veces.

Respecto del numeral 8, conviene observar : 1º que, como lo dice el mismo señor Bello, la disposición viene del derecho romano y de las partidas que exigían tres guardas, pero que al legislador chileno, que sigue en esto el artículo 435 del Código francés, le parecieron suficientes dos, que ciertamente bastan para excusarse de aceptar una tercera ; 2º que la circunstancia de estar casada una persona se ha considerado,

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

por las obligaciones que semejante estado impone, como equivalente, para los efectos de que aquí tratamos, á una tutela ó curaduría; 3º que los hijos á que el texto se refiere son los legítimos, pues son ellos los que se encuentran bajo el poder del padre, y porque, por motivos de moralidad, no se hacen extensivas á la paternidad natural exenciones de esta clase.

Las curadurías especiales no se toman en cuenta porque ellas ordinariamente son de poca duración.

Debe tenerse presente, además, que, conforme á los principios generales, aun cuando dos ó más pupilos se coloquen bajo el cuidado de un guardador, mientras no haya división de patrimonios debe considerarse que hay una sola guarda, sin perjuicio, además, como lo dice la parte segunda del numeral 8º, de que el juez, para los efectos de las excusas, pueda contar como dos la tutela ó curaduría que fuere demasiado complicada ó gravosa.

Acerca del numeral 9º, puede observarse, en efecto, que el cuidado personal de cinco hijos es de suyo tan gravoso, que no sería justo obligar al padre que los tiene bajo su potestad, á que atendiese, quizá con menoscabo de los intereses de dichos hijos, á los de un pupilo extraño. Desde el derecho antiguo se han considerado, para este efecto, como vivos, los hijos que han fallecido en defensa de la patria; el padre que los pierde tiene privilegios ó exenciones especiales. La de que se trata es en verdad de poca consideración. Podría comprenderse también á los que hayan muerto en defensa de la patria, aun cuando no fallezcan precisamente en acción de guerra, como dice el texto.

969. Conforme al

ART. 603. En el caso del artículo precedente, número 8º, el que ejerciere dos ó más guardas de personas que no son hijos suyos, tendrá derecho para pedir que se le exonere de una de ellas, á fin de encargarse de la guarda de un hijo suyo; pero no podrá excusarse de ésta [1].

El cuidado personal del hijo, ya en virtud de la patria potestad, ya en ejercicio de la guarda, es uno de los deberes

[1] Cód. ch., art. 515.

primordiales del padre, impuesto por la naturaleza misma. De aquí que no deba permitirse á un individuo excusarse, alegando que tiene otros pupilos á su cargo, de la guarda de un hijo suyo, y que por el contrario, le sea lícito, para atender debidamente á la de éste, eximirse de otras que se lo impidan.

Por iguales motivos pudo también disponer el legislador que una persona tuviese derecho á pedir que se le exonerase de servir más de una tutela ó curaduría de individuos extraños, á fin de servir la del cónyuge, ascendiente ó descendiente de cualquier grado del mismo tutor ó curador, y que, cuando se le discierna la guarda de alguna de las personas últimamente nombradas, no le sea lícito alegar que tiene ya dos ó más guardas para excusarse de servir aquélla.

970. Al tenor del

ART. 604. La excusa del numeral 9º, artículo 602, no podrá alegarse para no servir la tutela ó curaduría del hijo [1].

No se justificaría, en efecto, que el padre pudiese favorecer en esto más á unos hijos que á otros, alegando la guarda que ejerce en beneficio de unos para eximirse de la tutela ó curaduría de otro ú otros.

971. Según lo prescripto en el

ART. 606. El que por diez ó más años continuos haya servido la guarda de un mismo pupilo, como tutor ó curador, ó como tutor ó curador sucesivamente, podrá excusarse de continuar en el ejercicio de su cargo; pero no podrá alegar esta excusa el cónyuge, ni un ascendiente ó descendiente legítimo, ni un padre ó hijo natural [2].

Otros códigos no aplican esta regla cuando se trata de un menor. Inconveniente es, en realidad, que transcurridos diez años, el tutor de un impúber pueda excusarse. Con este sistema un individuo puede tener tres tutores ó curadores hasta su mayor edad. No debería permitirse invocar dicha excusa cuando se trate de una tutela ó curaduría cuyo fin es determinado, y cuando para que expire falta poco tiempo.

[1] Cód. ch., art. 516.
[2] Cód. ch., art. 518.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

El tutor que se encarga de la tutela de un impúber de diez años, y después ejerce la guarda como curador, puede excusarse cuando el pupilo tenga veinte años, de modo que sólo falta un año para que expire la guarda. Como ya lo hemos dicho, estos cambios inmotivados en la persona del administrador, son perjudiciales al incapaz.

972. El artículo 605 dice :

ART. 605. No se admitirá como excusa el no hallar fiadores, si el que la alega tiene bienes raíces; en este caso será obligado á constituír hipoteca sobre ellos hasta la cantidad que se estime suficiente para responder de su administración [1].

Resulta implícitamente de la primera parte del texto que quien no tenga bienes raíces suficientes para garantizar con ello el buen desempeño de la tutela ó curaduría, podrá excusarse. En cuanto á la hipoteca á que el artículo se refiere es de observar que será muy difícil obligar á constituirla á quien voluntariamente no se preste á ello, ya que la hipoteca judicial no existe en la legislación colombiana.

Sección II. — De los plazos para alegar las excusas.

973. Al tenor del

ART. 607. Las excusas consignadas en los artículos precedentes deberán alegarse, por el que quiera aprovecharse de ellas, al tiempo de deferirse la guarda; y serán admisibles, si durante ella sobrevienen [2].

La primera parte de este artículo, en cuanto establece que las excusas deberán alegarse al tiempo de deferirse la guarda, no armoniza con los artículos siguientes, que señalan plazos para que tal cosa pueda hacerse. Por tanto, debería suprimirse. De la parte final del texto resulta que se ha suprimido la distinción que se hacía en derecho romano entre las excusas *a suscipienda tutela* y *tam a suscepta quam a suscipienda tutela*.

[1] Cód. ch., art. 517.
[2] Cód. ch., art. 519.

974. Conforme al

ART. 608. Las excusas para no aceptar la guarda que se defiere, deben alegarse dentro de los plazos siguientes :

Si el tutor ó curador nombrado se halla en el territorio en que reside el juez ó prefecto que ha de conocer de ellas, las alegará dentro de los treinta días subsiguientes á aquel en que se le ha hecho saber su nombramiento; y si no se halla en dicho territorio, sino en cualquiera otra parte fuera de él, se ampliará este plazo de cuatro días por cada cincuenta kilómetros de distancia entre la ciudad cabecera de dicho territorio y la residencia actual del tutor ó curador nombrado [1].

Para computar los plazos de que aquí se trata, pudiera creerse que, cuando la guarda sea legítima, el punto de partida debe ser el día en que el guardador conoce el suceso que da lugar á la guarda, y en caso de que sea testamentaria, el día de la muerte del testador, si el nombrado hubiere conocido antes su nombramiento, y de no, aquel en que lo conozca. Creemos, sin embargo, que, en toda especie de guarda, deberá entenderse, para los efectos del artículo 608, que al tutor ó curador « se le hace saber su nombramiento » por la notificación judicial respectiva. Esto es lo más sencillo, y no se opone al espíritu de la mencionada disposición legal.

975. ¿Cuál es la sanción establecida para el caso de que el guardador no haga valer las causales dentro de los respectivos plazos? La de que trata el

ART. 609. Toda dilación que exceda del plazo legal, y que con mediana diligencia hubiera podido evitarse, impondrá al tutor ó curador la responsabilidad de los perjuicios que se siguieren de su retardo en encargarse de la tutela ó curaduría; y hará, además, inadmisibles sus excusas voluntarias, á no ser que por el interés del pupilo convenga aceptarlas [2].

Acerca de la parte final de la disposición, es de observar que puede efectivamente suceder que convenga, no tanto al guardador como al pupilo, el que se acepten las causas de excusa alegadas, á fin de que no sufran los intereses del último.

[1] Cód. ch., art. 520. — *Bello*, sobre el inc. 2º : « Modificación de la L. 4, t. 17, p. 6ª. » — La expresión « ampliar *de* cuatro días » que emplea el texto es incorrecta.
[2] Cód. ch., art. 521. — *Bello*, L. 11. C. *de excusat.*

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Respecto del tutor ó curador testamentario que sin causa legítima se excusa del ejercicio de la guarda, el inciso 1º del artículo 1028 establece una sanción más fuerte, como quiera que lo declara indigno de suceder.

976. Según el

ART. 610. Los motivos de excusa, que durante la tutela sobrevengan, no prescriben por ninguna demora en alegarlos[1].

Las razones que hay para señalar términos precisos dentro de los cuales deban hacerse valer las excusas que tenga un tutor ó curador con el objeto de eximirse inicialmente de una guarda, no existen respecto de las excusas sobrevinientes : en el primer caso, el pupilo queda privado de la protección del guardador mientras éste no se encargue de la tutela ó curaduría; en el segundo, antes conviene al incapaz, por regla general, que el guardador no haga uso de su derecho, presentando, tan pronto como sobrevengan, las excusas que ocurran. De aquí el artículo 610.

El texto se refiere sólo á la *tutela*, pero no hay duda de que se extiende á la curaduría, porque en uno y otro caso existen los mismos motivos.

977. Por último, de acuerdo con el

ART. 611. Si el tutor ó curador nombrado está en país extranjero, y se ignora cuándo ha de volver, ó si no se sabe su paradero, podrá el juez ó prefecto, según las circunstancias, señalar un plazo dentro del cual se presente el tutor ó curador á encargarse de la tutela ó curaduría, ó á excusarse; y expirado el plazo podrá, según las circunstancias, ampliarlo ó declarar inválido el nombramiento el cual no convalecerá, aunque después se presente el tutor ó curador[2].

De la naturaleza misma de esta disposición se desprende que ella no es aplicable sino á la tutela ó curaduría testamentaria y á la legítima, pues no es razonable suponer que el juez nombre como guardador una persona que reside en país extranjero ó cuyo paradero se ignora.

Si el juez, según las circunstancias, señala un plazo para

[1] Cód. ch., art. 522.
[2] Cód. ch., art. 523.

que el tutor ó curador nombrado comparezca á desempeñar la guarda ó á excusarse, deberá nombrar, en caso de urgencia, mientras dicho plazo expira, un guardador interino que vele por los intereses del pupilo. Cuando así suceda, si más tarde se declara insubsistente el nombramiento del tutor ó curador principal, al interino que haya desempeñado bien su encargo podrá confiársele definitivamente la guarda.

Dispone el Código que una vez declarado inválido ó insubsistente el nombramiento del tutor ó curador nombrado, no convalecerá aun cuando después se presente dicho tutor ó curador, porque, como lo hemos repetido, no conviene al pupilo el frecuente cambio de administrador.

CAPÍTULO III.º

REGLAS COMUNES Á LAS INCAPACIDADES Y Á LAS EXCUSAS.

978. Quiere el legislador que las excusas alegadas por el guardador se decidan en un juicio contradictorio entre la persona que se excusa, por una parte, y el respectivo agente del ministerio público, por otra, á fin de que las causales que se hagan valer sean debidamente calificadas. El artículo 612 dispone en efecto :

ART. 612. El juicio sobre las incapacidades ó excusas alegadas por el guardador, deberá seguirse con el respectivo defensor[1].

979. Y el artículo 613 agrega :

ART. 613. Si el juez ó prefecto en la primera instancia no reconociere las causas de incapacidad alegadas por el guardador, ó no aceptare sus excusas, y si el guardador no apelare, ó por el tribunal de apelación se confirmare el fallo del juez ó prefecto *a quo*, será el guardador responsable de cualesquiera perjuicios que, de su retardo en encargarse de la guarda, hayan resultado al pupilo.

No tendrá lugar esta responsabilidad si el tutor ó curador, para exonerarse de ella, ofreciere encargarse interinamente de la tutela ó curaduría[2].

[1] Cód. ch., art. 524. — Acerca del juicio que debe seguirse en estos casos, véase el artículo 1448 del Código Judicial.
[2] Cód. ch., art. 525. — *Bello*, L. 8, t. 23, p. 3.ª

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Si por el hecho de no encargarse el tutor ó curador del ejercicio de la guarda, el juez hubiere nombrado uno interino, ¿se extenderá la responsabilidad de que habla el texto á los perjuicios provenientes de la torcida administración del guardador interino? Así pudiera deducirse de la expresión « de cualesquiera perjuicios » empleada en el artículo 613. Sin embargo, creemos que interpretarla de tal modo sería por todo extremo riguroso. En dicho supuesto la no aceptación del guardador primeramente nombrado no es causa próxima y forzosa de semejantes perjuicios : más bien la culpa es del juez que no ha sabido elegir la persona del tutor ó curador interino.

Si el guardador puede eximirse de la responsabilidad á que el inciso 1° del artículo 613 se refiere, por medio del ofrecimiento de que trata el inciso 2°, tocará á la prudencia del juez aceptar ó no dicho ofrecimiento, según que estime que el desempeño de las funciones de guardador en tales términos conviene ó no al pupilo, y teniendo además en cuenta la mayor ó menor probabilidad que haya para que, de un modo definitivo, se reconozca ó no la causa de incapacidad ó de excusa alegada.

TÍTULO XXXIV.°

De la remuneración de los tutores y curadores.

980. El cargo de tutor ó curador, obligatorio según hemos dicho, implica un trabajo que puede ser muy gravoso. Por lo mismo, es justo que se remunere debidamente. Así lo establece el Código en el título que vamos á estudiar.

Trataremos : 1° de los casos en que hay lugar á remuneración; 2° de la décima; 3° de la remuneración asignada por testamento.

Sección I. — De los casos en que hay lugar á remuneración.

981. De acuerdo con lo establecido en el inciso 1° del

Art. 614 [1]. El tutor ó curador tendrá, en general, en recompensa de su trabajo, la décima parte de los frutos de aquellos bienes de su pupilo que administra.

982. No siempre, efectivamente, puede el tutor ó curador exigir esta remuneración. Así, no tendrá derecho á ella en los casos siguientes :

1.°) Cuando las rentas del pupilo apenas alcanzan para su precisa subsistencia, pues entonces la guarda será gratuita, como lo dispone el

Art. 622. Si los frutos del patrimonio del pupilo fueren tan escasos que apenas basten para su precisa subsistencia, el tutor ó curador será obligado á servir su cargo gratuitamente ; si el pupilo llegare á adquirir más bienes, sea durante la guarda ó después, nada podrá exigir el guardador en razón de la décima correspondiente al tiempo anterior [2].

983. 2.°) Pierde el guardador todo derecho á la remuneración, y aún á la ya percibida, si administra fraudulentamente ó si contraviene á la disposición que prohibe, en los términos del numeral 13 del artículo 140, el matrimonio entre el guardador y su pupila. Así lo establece el inciso 1° del

Art. 621 [3]. El tutor ó curador que administra fraudulentamente ó que contraviene á la disposición del inciso 13, artículo 140, pierde su derecho á la décima, y estará obligado á la restitución de todo lo que hubiere percibido en remuneración de su cargo.

Es de observar que el texto no cita el numeral 14 del artículo 140, que prohibe el matrimonio entre los descendientes del guardador y el pupilo ó pupila. No puede, en consecuencia, privarse al tutor ó curador de remuneración en el caso de que se viole este último texto.

[1] Cód. ch.. art. 526. — *Bello :* « Gut., part. 3, cap. 2, n. 17, et cap. 3, n. 6, 8, 9, 12 ».

[2] Cód. ch., art. 534. — *Bello :* « Estoy por Baeza, contra Gutiérrez. Véase á este último. *De tut.*, part. 3, c. 12 ».

[3] Cód. ch., art. 533.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Semejante diferencia se justifica difícilmente, pues una misma razón existe en ambos casos. Débese ello, sin duda, á olvido del legislador colombiano, pues en el artículo 533 del Código de Chile se cita el 116, que incluye una y otra disposición.

Y aun cuando el artículo 14 de la Ley 57 de 1887 sustituyó los numerales 13 y 14 del artículo 140 del Código, dicho cambio no modificó en nada lo que acabamos de anotar.

984. 3.°) Los incisos 2° y 3° del artículo 621 agregan :

Si administra descuidadamente, no cobrará la décima de los frutos en aquella parte de los bienes que por su negligencia hubiere sufrido detrimento ó experimentado una considerable diminución de productos.

En uno y otro caso queda, además, salva al pupilo la indemnización de perjuicios.

985. 4.°) Finalmente, la remuneración no corresponde sino á los guardadores generales ó adjuntos : los curadores de bienes y los especiales no tienen este derecho, al tenor de lo dispuesto en el

Art. 626. Los curadores de bienes de ausentes, los curadores de los derechos eventuales de un póstumo, los curadores de una herencia yacente, y los curadores especiales, no tienen derecho á la décima. Se les asignará por el juez ó prefecto una remuneración equitativa sobre los frutos de los bienes que administran, ó una cantidad determinada, en recompensa de su trabajo[1].

En cuanto á los curadores especiales, la regla anterior se comprende fácilmente, puesto que no tienen á su cargo la administración de un patrimonio, y en cuanto á los curadores de bienes, debe recordarse que se les prohibe ejecutar todo acto administrativo que no se reduzca á la mera custodia ó conservación (art. 575), lo que excluye hasta el cultivo de los bienes. Aun cuando esta última disposición parece exagerada, á lo menos en el caso de curaduría de bienes del ausente, ella basta para explicar la disposición del artículo 626.

986. El tutor ó curador interino sí tiene derecho á remu-

[1] Cód. ch., art. 538.

neración, y debe partirla con el titular, según las reglas del

Art. 620. Si un tutor ó curador interino releva de todas sus funciones al propietario, corresponderá su décima íntegra al primero por todo el tiempo que durare su cargo ; pero si el propietario retiene alguna parte de sus funciones, retendrá también una parte proporcionada de su décima.

Si la remuneración consistiere en una cuota hereditaria ó legado, y el propietario hubiere hecho necesario el nombramiento del interino por una causa justificable, como la de un encargo público ó la de evitar algún grave perjuicio en sus intereses, conservará su herencia ó legado íntegramente, y el interino recibirá la décima de los frutos de lo que administre[1].

Sección II. — De la décima.

987. La remuneración del guardador consiste, por lo general, en la décima parte de los frutos de los bienes que administra (art. 614, inc. 1°.)

Estos frutos pueden ser, conforme á los artículos 714 y 717, ó *naturales*, que son los que da la naturaleza, ayudada ó no de la industria humana, ó *civiles*, que son los precios, pensiones ó cánones de arrendamiento ó censo, y los intereses de capitales exigibles, ó impuestos á fundo perdido.

988. De la regla del inciso 1° del artículo 614 resulta que si hay varios guardadores entre los cuales se haya dividido la administración, cada uno tiene derecho á la décima parte de los frutos de los bienes cuya administración le corresponde. La misma regla se aplica á los curadores adjuntos.

Según el inciso 2° de dicho artículo 614,

Si hubiere varios tutores ó curadores que administren conjuntamente, se dividirá entre ellos la décima por partes iguales. Pero si uno de los guardadores ejerce funciones á que no está anexa la percepción de frutos, deducirá el juez ó prefecto de la décima de los otros la remuneración que crea justo asignarle.

No habría sido justo, en efecto, en el caso á que se refiere la primera parte del inciso, tomar dos ó más décimas para repartirlas entre los varios guardadores que administran

[1] Cód. ch., art. 532.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

conjuntamente, así como tampoco se justificaría que, por el hecho de que á uno de los guardadores le toquen funciones á que no va anexa la percepción de frutos, se le obligara á servir gratuitamente la guarda. La regla acerca de la división de la décima, cuando hay varios guardadores, tampoco es absoluta; el juez puede modificarla, como lo dice el inciso 3º del artículo que comentamos :

Podrá también aumentar la décima de un guardador, deduciendo este aumento de la décima de los otros, cuando hubiere una manifiesta desproporción entre los trabajos y los emolumentos respectivos.

989. ¿Á petición de quiénes, puede el juez hacer tomar la providencia de que tratan los incisos 2º y 3º transcritos? Nos lo dice el inciso final del artículo 614 :

Se dictarán estas dos providencias por el juez ó prefecto, en caso necesario, á petición del respectivo guardador, y con audiencia de los otros.

990. De que el juez pueda tomar esas providencias no se desprende que á los guardadores les esté prohibido, sin necesidad de ocurrir á aquél, arreglar de común acuerdo la división de lo que á cada uno debe corresponder en la décima, según la clase de funciones que á cada cual corresponda en la administración de los intereses del pupilo. Este arreglo es aceptable al tenor del

Art. 615. La distribución de la décima se hará según las reglas generales del artículo precedente y de su inciso 1º, mientras en conformidad á los incisos 2º y 3º no se altere por acuerdo de las partes ó por decreto del juez ó prefecto; ni regirá la nueva distribución sino desde la fecha del acuerdo ó del decreto [1].

991. Evidente es lo dispuesto en el

Art. 616. Los gastos necesarios ocurridos á los tutores ó curadores en el desempeño de su cargo se le abonarán separadamente, y no se imputarán á la décima [2].

Obsérvese que sólo se habla de gastos *necesarios* : en la liquidación de cuentas se hará por quien corresponda la calificación respectiva.

[1] Cód. ch., art. 527.
[2] Cód. ch., art. 528.

992. La décima, además, no se toma sino de los frutos líquidos, es decir, con deducción de todos los gastos y cargas que puedan gravar el patrimonio del pupilo, como lo dice el

Art. 623. El guardador cobrará su décima á medida que se realicen los frutos.

Para determinar el valor de la décima, se tomarán en cuenta, no sólo las expensas invertidas en la producción de los frutos, sino todas las pensiones y cargas usufructuarias á que esté sujeto el patrimonio [1].

No se deducirán, por consiguiente, para el cálculo de la décima, los gastos de crianza y educación del pupilo : no son propiamente « pensiones y cargas usufructuarias á que esté sujeto el patrimonio ».

993. Por otra parte, conforme al

Art. 624. Respecto de los frutos pendientes á tiempo de principiar ó expirar la tutela, se sujetará la décima del tutor ó curador á las mismas reglas á que está sujeto el usufructo [2].

Según esto, se tienen en cuenta los frutos percibidos por el tutor ó curador al principiar la guarda, aunque no haya trabajado en producirlos, y á la inversa, no se incluyen los frutos no percibidos al fin de la guarda, á pesar de que el tutor ó curador haya trabajado en producirlos.

994. La décima no se refiere, en principio, sino á los frutos propiamente dichos y no á los productos, que no tienen el carácter de frutos. Estos son los productos periódicos de las cosas, y los productos propiamente dichos, lo que se deriva de una cosa pero no periódicamente.

El artículo 625 presenta ejemplos de lo que acabamos de exponer :

Art. 625. En general, no se contarán entre los frutos de que debe deducirse la décima, las materias que separadas no renacen, ni aquellas cuya separación deteriora el fundo ó disminuye su valor.

Por consiguiente, no se contará entre los frutos la leña ó madera que se vende, cuando el corte no se hace con la regularidad necesaria para que se conserven en un sér los bosques y arbolados.

[1] Cód. ch., art. 535. — G. J. VIII, 216, 2.
[2] Cód. ch., art. 536. — *Bello :* « Véase Gutiérrez, *De tut.*, part. 3, c. 10 ».

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

La décima se extenderá, sin embargo, al producto de las canteras y minas [1].

Respecto de las canteras y minas, no se sigue la regla del usufructo (art. 843) : el usufructuario no tiene derecho sino á las « en actual laboreo ». La excepción se explica porque el guardador no tiene derecho sino á la décima : aun cuando, con el fin de obtener una mayor remuneración, active mucho la explotación de las canteras ó de las minas en laboreo y empiece á explotar otras, todo esto redundará en beneficio del pupilo.

Sección III. — De la remuneración asignada por testamento.

995. En los casos en que la tutela ó la curaduría sea testamentaria, es posible que el testador mismo haya asignado al guardador lo que deba corresponderle por su trabajo. Á tal evento se aplican las reglas del

Art. 617. Toda asignación que expresamente se haga al tutor ó curador testamentario en recompensa de su trabajo, se imputará á lo que de la décima de los frutos hubiere de caber á dicho tutor ó curador; y si valiere menos, tendrá derecho á que se le complete su remuneración; pero si valiere más, no será obligado á pagar el exceso mientras éste quepa en la cuota de bienes de que el testador pudo disponer á su arbitrio [2].

Según esto, el guardador tiene derecho á la remuneración asignada por testamento, aunque sea más cuantiosa que la remuneración legal. Aquélla puede consistir en toda la cuota de que al testador le sea lícito disponer libremente, y además, en la décima parte de los frutos de los bienes del pupilo que el guardador administre, lo cual no introduce modificación alguna al derecho común; lo que pasa de la décima tiene el carácter de liberalidad.

Téngase en cuenta que, según los términos del artículo, las asignaciones hechas á un guardador testamentario, no se imputarán á lo que de la décima de los frutos hubiese de

[1] Cód. ch., art. 537. — *Bello :* « Véase Gutiérrez, *De tut.*, part. 3, cap. 14 ».
[2] Cód. ch., art. 529. — *Bello :* « Véase el por y el contra de esta disposición en Gutiérrez, *ib.*, cap. 5, n. 21 y siguientes ».

caber á dicho guardador, sino en el caso de que el testador haya dicho *expresamente* que se las deja en recompensa de su trabajo; tal circunstancia no se presume.

996. Según el

Art. 618. Las excusas aceptadas privan al tutor ó curador testamentario de la asignación que se le haya hecho en remuneración de su trabajo.
Pero las excusas sobrevinientes le privarán solamente de una parte proporcional [1].

Si la asignación testamentaria se le ha hecho al guardador en recompensa de su trabajo, es claro que si se excusa de desempeñarlo, la remuneración deja de tener causa justificativa. La voluntad del testador ha sido la de que se pague el servicio que el tutor ó curador debe prestar al pupilo.

Por lo demás, sabemos ya que, de acuerdo con el artículo 1028, son indignos de suceder el tutor ó curador que nombrados por el testador se excusen sin causa legítima.

Conforme al inciso 2º del artículo 618, las excusas sobrevinientes en el ejercicio de la guarda no impiden el que el tutor ó curador cobre, como es justo, una parte proporcional de la consignación que el testador le haya dejado en recompensa de su trabajo. Lo difícil será á veces establecer la proporción, sobre todo si la guarda es de duración indefinida, como la de un demente.

997. Al tenor del inciso 1º del

Art. 619 [2]. Las incapacidades preexistentes quitan al guardador todo derecho á la asignación antedicha.

Como se ve, el texto no distingue el caso en que el guardador haya ejercido la guarda á pesar de la incapacidad : la solución es muy justa si ha habido mala fe de parte del guardador, pero nos parece rigurosa en el caso contrario.

El inciso 2º agrega :

Si la incapacidad sobreviene sin hecho ó culpa del guardador, ó si éste fallece durante la guarda, no habrá lugar á la restitución de la cosa asignada en todo ó en parte [3].

[1] Cód. ch.. art. 530.
[2] Cód. ch., art. 531.
[3] Debe decirse *ni* en todo *ni* en parte.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En este caso particular la regla, según puede observarse, es distinta cuando se trata de *excusa* sobreviniente. Y con cierta razón : quien tiene excusa puede, á su arbitrio, continuar ejerciendo la guarda, y conservar así el derecho á la asignación deferida; otra cosa sucede en caso de incapacidad que sobreviene sin culpa ó hecho del guardador, por ejemplo en caso de que quede ciego, se vuelva demente, etc.

Ya sabemos que en caso de que se nombre tutor ó curador interino, sin falta del testamentario, la remuneración del interino no se toma de la asignación testamentaria, sino que consiste en la décima de los frutos de los bienes administrados (art. 620, inc. 2°); esta solución, así como la anterior, no armoniza con la regla del artículo 617, conforme á la cual la asignación testamentaria hecha al guardador se imputa á la décima, y recíprocamente.

TÍTULO XXXV.°

De la remoción de los tutores y curadores

998. La remoción del tutor ó curador se realiza por un decreto de juez que lo priva de la guarda.

El artículo 627 enumera los motivos por los cuales debe removerse á un guardador :

ART. 627. Los tutores ó curadores serán removidos : 1° por incapacidad; 2° por fraude ó culpa grave en el ejercicio de su cargo y en especial por las señaladas en los artículos 468 y 523; 3° por ineptitud manifiesta; 4° por actos repetidos de administración descuidada; 5° por conducta inmoral de que pueda resultar daño á las costumbres del pupilo.

Por la cuarta de las excusas anteriores no podrá ser removido el tutor ó curador que fuere ascendiente, ó descendiente, ó cónyuge del pupilo; pero se le asociará otro tutor ó curador en la administración[1].

[1] Cód. ch., art. 539. — *Bello* : L. 1, t. 18, p. 6.ª

La incapacidad de que habla el numero 1° puede ser sobreviniente ó anterior al discernimiento, aunque comprobada más tarde.

Entre las culpas graves á que se refiere el numero 2° figuran las de que tratan el artículo 568, ó sea la que consiste en no averiguar el paradero del ausente, lo que debe hacer el curador á fin de ponerse en comunicación con él, y el 523, es decir la continuada negligencia del tutor en proveer á la congrua sustentación y educación del pupilo.

La ineptitud del guardador, señalada por el numero 3° del artículo 627 como causa de remoción es distinta de la incapacidad : con aquélla ha querido significar el legislador la carencia absoluta de habilitados para desempeñar la respectiva guarda con provecho para el pupilo; la incapacidad la constituyen uno ó más de los motivos de impedimento enumerados en el capítulo 1° del título 33. Por lo demás, la ineptitud debe ser *manifiesta,* es decir, indiscutible, lo que exige la ley, á fin de evitar abusos y difíciles ó arbitrarias calificaciones de la idoneidad del guardador.

Si, conforme al numero 2° del artículo 627, el fraude ó la culpa grave cometidos por el tutor ó curador en el ejercicio de la guarda autorizan la remoción, la culpa leve no la autoriza sino cuando aparece de actos *repetidos* de administración descuidada. La culpa levísima, de que ni siquiera responde el guardador (art. 481) naturalmente no lo coloca bajo la sanción de la remoción.

Por razones obvias, la reiterada culpa leve en que incurra el tutor ó curador en la guarda de uno de sus ascendientes ó descendientes, no autoriza para removerlo, sino tan sólo para darle, como lo dispone el inciso 2° del artículo 627, un tutor ó curador adjunto.

Así como la conducta inmoral del padre es motivo para privarlo de la crianza y educación del hijo y aun para privarlo de la patria potestad, así la conducta inmoral del guardador es causa de remoción, como lo prescribe el numero 5° del artículo 627 : ante todo debe procurarse evitar lo que sea parte á causar daño á las costumbres del pupilo. Un tutor ó curador que pervierte al menor puesto bajo su

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

guarda, falta gravemente á las obligaciones fundamentales de su delicado encargo.

999. Según el

ART. 628. Se presumirá descuido habitual en la administración por el hecho de deteriorarse los bienes, ó disminuirse considerablemente los frutos; y el tutor ó curador que no desvanezca esta presunción, dando explicación satisfactoria del deterioro ó diminución, será removido [1].

El texto anterior explica la cuarta de las causas que, según el artículo 627, autorizan la remoción del guardador. Nótese que en este caso la carga de la prueba, para desvanecer la presunción legal establecida contra el tutor ó curador, le corresponde á éste.

Es claro que si el hecho sólo de disminuirse considerablemente los frutos ó de deteriorarse los bienes, no explicado de un modo satisfactorio por el guardador, determina su remoción, la destrucción total ó parcial de los mismos bienes, no justificada, acarreará, con mayor razón, tal pena.

1000. Al tenor del

ART. 629. El que ejerce varias tutelas ó curadurías y es removido de una de ellas por fraude ó culpa grave, será por el mismo hecho removido de las otras, á petición del respectivo defensor ó de cualquiera persona del pueblo, ó de oficio [2].

Muy sospechoso se hace en realidad el tutor ó curador á quien se le remueve por fraude ó culpa grave en el desempeño de una de las guardas que ejerce, y, por lo mismo, se justifica la disposición del artículo 629.

Se habla sólo de remoción por fraude ó culpa grave, porque las otras causas enumeradas en el artículo 627 pueden ser relativas á una guarda en particular y no existir en las demás que desempeñe el tutor ó curador.

Bien ha podido omitirse el artículo 629, pues basta al efecto el numero 12 del 586, según el cual son incapaces de ejercer tutela ó curaduría los que por torcida ó descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, ó con el juicio subsiguiente á ésta han sido condenados por fraude

[1] Cód. ch., art. 540.
[2] Cód. ch., art. 541.

ó culpa grave, á indemnizar al pupilo. Y, según se ha visto, el artículo 627 considera como motivo para la remoción la incapacidad del tutor ó curador.

1001. ¿Quién puede provocar la remoción? Nos lo dice el

ART. 630. La remoción podrá ser provocada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, y por su cónyuge, y aun por cualquiera persona del pueblo.

Podrá provocarla el pupilo mismo que haya llegado á la pubertad, recurriendo al respectivo defensor.

El juez ó prefecto podrá también promoverla de oficio.

Serán siempre oídos los parientes y el ministerio público [1].

El artículo 287 de la Ley 105 de 1890 así como los artículos 1443 á 1447 del Código Judicial señalan el procedimiento que debe seguirse en estos juicios.

1002. Según lo prescrito en el

ART. 631. Se nombrará tutor ó curador interino para mientras penda el juicio de remoción. El interino excluirá al propietario que no fuere ascendiente, descendiente ó cónyuge; y será agregado al que lo fuere [2].

El juicio comienza desde la contestación de la demanda. Como una litis de esta naturaleza puede dilatarse considerablemente, el legislador ha obrado con prudencia al disponer que, mientras penda, se ponga al pupilo bajo la guarda de un tutor ó curador interino, pues las sospechas que recaen sobre el guardador principal lo inhabilitan temporalmente para continuar en el desempeño de su cargo : no sería natural dejar al pupilo bajo poder de un individuo que puede causarle daño en su persona ó en sus intereses.

La segunda parte del artículo, que dispone que el tutor interino no excluye al propietario que fuere ascendiente, descendiente ó cónyuge, sino que, mientras pende el juicio de remoción, se considerará como simplemente agregado al último, guarda armonía con otras disposiciones, ya vistas, introducidas por consideraciones especiales al parentesco ó al matrimonio.

[1] Cód. ch., art. 542.
[2] Cód. ch., art. 543. — *Bello :* Leyes 2, 3, t. 18, p. 6.ª

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

1003. Finalmente, al tenor del

ART. 632. El tutor ó curador removido deberá indemnizar cumplidamente al pupilo.

Será, asimismo, perseguido criminalmente por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo [1].

Á pesar de los términos absolutos del primer inciso de este artículo, entendemos que la sanción impuesta en él al guardador no puede aplicarse sino en los casos de falta que le sea imputable, pues desde luego se comprende que hay causas de remoción que no implican culpabilidad en el guardador, aunque el pupilo sufra perjuicios por ellas. Hubiera sido preferible omitir el artículo 632, y dejar que sobre el particular se aplicasen las reglas generales del derecho común sobre responsabilidad de los guardadores.

En cuanto al inciso 2°, no sólo pudo omitirse, sino que, en rigor, no es materia del Código Civil. Basta para ello la ley penal [2].

TÍTULO XXXVI.°

De las personas jurídicas.

Sección I. — Generalidades. Definición y división de las personas jurídicas.

1004. Todos los hombres, hemos dicho, son, en las legislaciones modernas, personas en derecho. Así lo proclama el artículo 74, cuando dice : « Son personas todos los miembros de la especie humana ». En otros términos, todas las personas físicas tienen personalidad jurídica, y, en principio, sólo ellas la tienen y tienen derechos.

[1] Cód. ch., art. 544.
[2] V. los artículos 504 y 836 á 839 del Código Penal.

Pero hay también otras personas creadas y reconocidas por la ley, que el Código denomina *jurídicas,* por oposición á las personas naturales ó físicas. En otras legislaciones se las llama personas *morales*, pero la expresión de que se vale el legislador colombiano es más precisa y exacta.

De observar es, sin embargo, que las personas naturales tienen, asimismo personalidad jurídica, y, por lo tanto, la división de que hablamos se ha hecho teniendo en cuenta el *origen* de la personalidad : se considera que las personas naturales derivan su personalidad jurídica de la naturaleza misma, mientras que las personas jurídicas la derivan de la ley.

El inciso 1° del artículo 633 define las personas jurídicas así :

ART. 633 [1]. Se llama *persona jurídica,* una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Los tres caracteres reconocidos por el texto á las personas jurídicas, ó sea capacidad para ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representadas, les son comunes con las otras personas, y, por lo mismo, no son elementos distintivos, necesarios en su definición. Bastaría decir simplemente : « las personas jurídicas son entidades á las cuales la ley concede ficticiamente personalidad ». La personalidad implica facultad de adquirir derechos, de contraer obligaciones y de ser representado. La definición de las personas jurídicas debe hacerse con relación á las personas naturales, á que se oponen. No se trata de definir la persona sino la *persona jurídica*.

Claro es, además, que la capacidad de tener derechos y obligaciones, implica, la necesidad de revestir á la persona de los medios indispensables para hacer efectivas ante la justicia tales derechos y obligaciones [2]. No teniendo las perso-

[1] Cód. ch., art. 545.
[2] De acuerdo con los artículos 316 y 317 del Código Judicial, las demandas contra las comunidades ó sociedades legítimas legalmente reconocidas, se entenderán con sus síndicos, procuradores, tesoreros ó individuos que deban re-

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

nas jurídicas personalidad física, siendo creaciones del espíritu, meras abstracciones, no pueden obrar por sí mismas, y la representación, que es, en general, una mera facultad para las personas naturales, es una necesidad para las jurídicas.

Otro rasgo característico de las personas jurídicas, que podría figurar en la definición, es que, por el sólo hecho de ser personas, no adquieren la facultad de ejercer todos los derechos en general, sino sólo los derechos necesarios á su existencia y á su desarrollo, conforme á su naturaleza.

Casi innecesario es observar que ninguna persona jurídica podrá ejercer ciertos derechos que implican la existencia de una persona física : como son todos los que nacen de las relaciones de familia, y lo propio debe decirse en cuanto á las obligaciones de la misma naturaleza. De tal modo es esto cierto, que en todo el libro primero sólo en materia de domicilio (art. 86) hemos tenido ocasión, hasta ahora, de hablar de las personas jurídicas.

Aun entre los derechos reales, hay algunos cuya naturaleza es poco compatible con la de las personas jurídicas. Tales son los de uso y habitación, que, según el inciso 1º del artículo 874, se limitan á las necesidades personales del usuario ó del habitador. Sin embargo, el artículo 643, derogado por la Ley 57 de 1887, concedía de un modo expreso á las personas jurídicas la facultad de conservar los derechos de usufructo, uso y habitación, y, por consiguiente, la de adquirir estos últimos. El artículo 27 de la referida Ley 57, lejos de privar á las personas jurídicas de los derechos anteriormente concedidos, declara que pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título, con el carácter de enajenables. En consecuencia, las personas jurídicas pueden ejercitar los derechos de uso y de habitación, y para esto debe tenerse en cuenta la naturaleza de la respectiva persona jurídica, á fin de determinar el modo como ha de gozar de la cosa.

presentarlas en juicio, en caso de que los tengan establecidos, de una manera conocida, y si no, con las personas que presidan dichas comunidades ó sociedades cuando estas tengan que comparecer en juicio como demandantes.

Las personas jurídicas se obligan por los contratos válidamente celebrados por sus representantes, pero no se concibe que se obliguen por delito ó cuasidelito : desde este punto de vista, no hay representación. Los cuasicontratos podrían dar nacimiento á obligaciones contra una persona jurídica en los casos en que no se necesita para ello intervención activa de la persona obligada. Así, por ejemplo, en materia de agencia oficiosa, una persona jurídica no puede ser obligada como *negotiorum gestor*, pero sí como *dominus rei*.

Tratándose de la capacidad de las personas jurídicas, conviene citar las siguientes disposiciones del Código que, relativas á diversas materias, se refieren á ella.

En primer lugar, conforme al inciso 3º del artículo 1504, las personas jurídicas son relativamente incapaces; al explicar dicho artículo será cuando estudiemos esta disposición.

Las corporaciones de derecho público y las personas jurídicas se asimilan en cuanto á la nulidad de sus actos ó contratos á las personas que están bajo tutela ó curaduría (art. 1745, inc. 2º). Nos reservamos explicar también esta regla en su debido lugar.

Las herencias que se les defieran deben aceptarse con beneficio de inventario (art. 1307).

Los fideicomisos y usufructos, lo mismo que los derechos de uso y de habitación, y las asignaciones de prestaciones periódicas hechas en favor de una persona jurídica, no podrán durar más de treinta años (arts. 800, 829, 871 y 1145).

Finalmente, las obligaciones de una persona jurídica pueden ser afianzadas (art. 2372).

1005. Conforme á los incisos 2º y 3º del artículo 633,

Las personas jurídicas son de dos especies; corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.

Se entiende por *corporación* una reunión ó conjunto de individuos como las academias, los clubs, etc., que ordinariamente se constituyen con algún fin científico, de caridad ó de honesta recreación. Y no debe confundírselas con las

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

sociedades que se proponen por objeto el lucro, que el mismo Código Civil llama sociedades *industriales*.

Las *fundaciones* son los establecimientos de beneficencia que, como los hospitales, se erigen ó fundan para el bien público, creándoles rentas y dándoles estatutos para que subsistan y se conserven.

1006. Según el

ART. 634. No son personas jurídicas las fundaciones ó corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley[1].

Creemos que este artículo está virtualmente derogado por el 49 de la Constitución de la República, mucho más favorable al reconocimiento de la personería jurídica de las corporaciones. Dice así :

Las corporaciones legítimas y públicas tienen derecho á ser reconocidas como personas jurídicas, y á ejecutar en tal virtud actos civiles y gozar de las garantías aseguradas por este título, con las limitaciones generales que establezcan las leyes por razones de utilidad común.

El inciso 1° del artículo 47 de la Constitución reconoce el derecho que todos los habitantes de la República tienen de « formar compañías ó asociaciones públicas ó privadas que no sean contrarias á la moralidad ni al orden legal ».

1007. De acuerdo con el inciso 1° del

ART. 635 [2]. Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título : sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código, y por el Código de Comercio.

Aunque sometidas las sociedades industriales, especialmente en cuanto á su constitución y administración, á reglas particulares, no por eso deja de ser cierto que los principios generales establecidos en el presente título se aplican también á ellas. Son personas jurídicas distintas de los socios individualmente considerados (art. 2079, inc. 2°), y les cuadra muy bien la definición del artículo 633, inciso 1.°

Lo mismo diremos respecto de las corporaciones ó fundaciones de derecho público á que se refiere el inciso 2° del artículo 635 :

Tampoco se extienden las disposiciones de este título á las corporaciones ó fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del Tesoro nacional.

[1] Cód. ch., art. 546. Nótese la diferencia de redacción.

[2] Cód. ch., art. 547. — *Bello* : « Véase Pothier, *Des personnes*, t. 7. *Des communautés*. Savigny, *Droit romain*, § 87 hasta 100 ».

En el presente título se habla de las personas jurídicas consideradas desde el punto de vista del derecho civil, y si bien es cierto que las reglas que contiene relativas á la constitución de las corporaciones y fundaciones, no se aplican cuando se trata de corporaciones de derecho público, estas corporaciones son, sin embargo, personas jurídicas en derecho civil, y, como tales, capaces de adquirir derechos y de obligarse conforme á los principios generales del título que comentamos. Hay, por consiguiente, exageración en declarar substraídas por completo las personas jurídicas de derecho público á las reglas que rigen las personas jurídicas en general.

Sección II. — Formación y constitución de las corporaciones y fundaciones.

1008. Por lo que toca á su formación, las corporaciones se dividen en dos clases : unas que han sido declaradas formalmente personas jurídicas por ley expresa, y otras á quienes, mediante la aprobación de sus estatutos, confiere el Poder Ejecutivo dicha personería.

1.°) Los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 57 de 1887 declaran personas jurídicas la Iglesia católica, las iglesias y las asociaciones religiosas católicas, en los términos siguientes :

Son personas jurídicas las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica (art. 24).

La Iglesia católica y las particulares correspondientes á la misma Iglesia, como personas jurídicas, serán representadas en cada diócesis por los respectivos legítimos prelados, ó por las personas ó funcionarios que éstos designen (art. 25).

Las asociaciones religiosas cuya existencia esté autorizada por la respectiva superioridad eclesiástica, serán representadas conforme á sus constituciones ó reglas. La misma superioridad eclesiástica determinará la persona á quien, conforme á los estatutos, corresponde representar á determinada asociación religiosa (art. 26).

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

En cuanto á la Iglesia católica, la Ley 57 no hizo otra cosa que reproducir el principio formulado en el artículo 53 de la Constitución nacional:

La Iglesia católica podrá libremente en Colombia administrar sus asuntos interiores, y ejercer actos de autoridad espiritual y de jurisdicción eclesiástica, sin necesidad de autorización del Poder Civil; y como persona jurídica, representada en cada diócesis por el respectivo prelado, podrá igualmente ejercer actos civiles por derecho propio que la presente Constitución le reconoce.

En virtud de su carácter de personas jurídicas, la Iglesia, las iglesias y las asociaciones religiosas[1] pueden gozar de los derechos civiles compatibles con su naturaleza, y especialmente adquirir, á cualquier título, toda clase de bienes, y recibir donaciones ó asignaciones testamentarias conforme á lo que, en la sección siguiente, diremos de las personas jurídicas en general.

Los artículos 4º y 5º de la Ley 35 de 1888 (Concordato) confirman la doctrina constitucional y legal anteriormente expuesta, así:

En la Iglesia representada por su legítima autoridad jerárquica reconoce el Estado verdadera y propia personería jurídica y capacidad de gozar y ejercer los derechos que le corresponden (art. 4.º)

La Iglesia tiene facultad de adquirir por justos títulos, de poseder y administrar libremente bienes muebles é inmuebles en la forma establecida por el derecho común, y sus propiedades y fundaciones serán no menos inviolables que las de los ciudadanos de la República (art. 5.º)

1009. Respecto de las entidades políticas y administrativas, así como de las corporaciones creadas ó reconocidas por la ley, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 dice:

La nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas ó reconocidas por la ley, son personas jurídicas.

[1] Acerca de las asociaciones religiosas, dice el inciso 3º del artículo 47 de la Constitución:

« Las asociaciones religiosas deberán presentar á la autoridad civil, para que puedan quedar bajo la protección de las leyes, autorización expedida por la respectiva autoridad eclesiástica ».

1010. La Santa Sede, como entidad de Derecho Internacional, así como los Gobiernos extranjeros, se consideran en Colombia como personas jurídicas, especialmente por lo tocante á adquisiciones por testamento, pero no para adquirir bienes raíces, al tenor de la prohibición expresa del artículo 81 de la citada Ley 153 de 1887[1].

En Colombia los Gobiernos extranjeros no tienen representación jurídica para adquirir bienes raíces.

Esta regla que, tratándose de Gobiernos extranjeros, se justifica por múltiples consideraciones de seguridad y tranquilidad internacionales, y que es emanación directa del derecho absoluto de soberanía territorial, podría quizá modificarse, tanto en favor de la Santa Sede como de los demás Gobiernos, en lo tocante á la adquisición de los inmuebles indispensables para el servicio diplomático.

1011. 2.º) Ya hemos dicho (n. 998) que, en virtud del inciso 1º, artículo 47 y del artículo 49 de la Constitución nacional, les es permitido á los particulares formar asociaciones públicas que no sean contrarias á la moralidad ni al orden legal, y que las corporaciones legítimas y públicas tienen derecho á ser reconocidas como personas jurídicas.

Este reconocimiento corresponde al Poder Ejecutivo, quien previamente examinará y aprobará ó no los respectivos estatutos ó reglamentos, conforme al artículo 636 del Código Civil:

Art. 636. Los reglamentos ó estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos á la aprobación del Poder Ejecutivo de la Unión, quien se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, á las leyes ó á las buenas costumbres.

Todos á quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al Poder Ejecutivo ya citado, para que en lo que perjudicaren á terceros, se corrijan, y aun después de aprobados les quedará expedito su recurso á la justicia contra toda lesión ó perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado ó pueda resultarles[2].

[1] El artículo único de la Ley 2ª de 1886 expresaba la misma idea en los términos siguientes: « En Colombia no es transferible la propiedad raiz á Gobiernos extranjeros ».

[2] Cód. ch., art. 548.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

De observar es que el artículo sólo habla de las corporaciones, de donde parece resultar que si se trata de una fundación, segunda clase de personas jurídicas que reconoce el artículo 633, no sería aplicable el texto. Sin embargo, no es dudoso que los estatutos de dichas personas deben también someterse al Poder Ejecutivo para que examine si no contienen nada contrario al orden público, á las leyes ó á las buenas costumbres.

Á este propósito debe observarse la diferencia de lo que, en la práctica, puede ocurrir ya se trate de una corporación, ya de una fundación.

Si se trata de la primera, el Poder Ejecutivo rehusará naturalmente aprobar los estatutos que contravengan en alguna manera el orden público, las leyes[1] ó las buenas costumbres, y, en tal caso, los miembros de la corporación ó sus dignatarios procurarán modificar los estatutos á fin de obtener la correspondiente aprobación, requisito indispensable para el reconocimiento de la personería jurídica. Lo propio sucederá cuando se trate de una fundación hecha por acto entre vivos, como la donación.

Más delicado será este asunto cuando la fundación de beneficencia se haya hecho por testamento. Las personas jurídicas de esta clase deben regirse por los estatutos que haya dictado su fundador, y á falta de ellos, por los que dicte el Presidente de la República :

Art. 650. Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad á este respecto, ó sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la Unión[2].

Pero si el fundador ha introducido en los estatutos algo contrario al orden público ó á las buenas costumbres, no se comprendería que, en todo caso, el encargado del Poder Ejecutivo rehusara pura y simplemente aprobarlos : la consecuencia de aquéllo sería, ó que se suprimiría la fundación, ó que debería considerarse como sin estatutos, de tal modo que el Presidente podría dictarlos.

[1] Leyes de orden público se entiende de las que no pueden derogarse por voluntad de los particulares, por lo cual bastaba decir : orden público y buenas costumbres.

[2] Cod. ch., art. 562.

En semejante ocurrencia es preciso distinguir : si la parte de los estatutos contraria al orden público, no es substancial, la fundación podría subsistir, y si, suprimida dicha parte, los estatutos quedaren insuficientes, al Poder Ejecutivo tocará complementarlos.

Mas si las disposiciones ilícitas ó inmorales de los estatutos deben considerarse como el motivo determinante de la liberalidad del fundador, de tal suerte que aparezcan como condición de dicha liberalidad, no habrá fundación.

Así, por ejemplo, si un testador funda una escuela gratuita para niños pobres, y en los estatutos impone á los maestros el deber de enseñar el ateísmo, es claro que tales estatutos no podrán, de ningún modo, aprobarse; pero tampoco puede subsistir la fundación disponiendo que en la escuela se enseñe la religión católica; es preciso examinar si el motivo determinante de la liberalidad fué el de que á los niños se les educara en el ateísmo, pues, en tal caso, no habrá fundación.

Sección III. — De las corporaciones.

1012. Teniendo la corporación personalidad jurídica, es claro que esta personalidad es independiente de la de las personas físicas que la forman.

El inciso 1° del artículo 637 expresa una consecuencia de esta idea, consecuencia por lo demás evidente y que se deduce de la noción misma de la personalidad jurídica :

Art. 637[1]. Lo que pertenece á una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte á ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación, no dan á nadie derecho para demandarlas, en todo ó parte, á ninguno de los individuos que componen la corporación ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

El inciso 2° es también mera aplicación del derecho común :

[1] Cód. ch., art. 549.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria si se estipula expresamente la solidaridad.

Por el contrario, el inciso 3º contiene una excepción difícil de explicar :

Pero la responsabilidad no se extiende á los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente.

Cuando los miembros de una corporación se obligan personalmente á responder de deudas de la corporación, su obligación constituye una fianza respecto de la corporación. Pero si los miembros de ésta contraen expresamente la obligación como solidaria, ¿por qué no han de pasar esta responsabilidad contractual y esta solidaridad á los herederos, de la misma manera que á ellos pasan toda obligación y toda responsabilidad civil?

1013. Evidentes son las disposiciones de los artículos 638 y 639, concebidos en estos términos :

Art. 638. La mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos voto deliberativo, será considerada como una *sala* ó reunión legal de la corporación entera.

La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren á este respecto.

Art. 639. Las corporaciones son representadas por las personas autorizadas por las leyes y las ordenanzas respectivas, y á falta de unas y otras, por un acuerdo de la corporación que confiera este carácter[1].

1014. Según el

Art. 640. Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante[2].

La primera parte de este artículo consigna un principio de derecho común indiscutible; sólo podrá haber dificultad en

[1] Cód. ch., art. 550.
[2] Cód. ch., art. 552.

determinar los límites del ministerio de los representantes de las personas jurídicas; para ello deberán consultar en primer término los estatutos; en general, estos representantes estarán sometidos en su administración á las reglas que señala el título 24 del presente libro para los tutores y curadores; esto se desprende del espíritu general del Código que, en varias disposiciones, asimila las personas jurídicas á impúberes (art. 646) ó á menores (art. 1504), y del artículo 62 que declara representantes legales de las personas jurídicas « los designados en el artículo 639 ».

De la parte final del texto se desprende que los actos que ejecute el representante de una corporación fuera de los límites de sus poderes, le obligan á él como si los hubiera ejecutado en su propio nombre. De nuevo encontramos mal aplicada la teoría de la representación.

El representante que trata en nombre de la corporación, no es parte en los actos que ejecuta, y, por lo mismo, no pueden obligarlo. Solamente es responsable en razón de las faltas ó del dolo que pueda cometer : responsabilidad delictual ó cuasi delictual y no contractual. Así, un individuo compra una casa en nombre de una corporación : resulta que no tenía los poderes suficientes; respecto de la corporación el acto es nulo. Respecto del representante, la venta tampoco puede producir efectos : no adquirió la propiedad del inmueble, ni se constituyó deudor del precio. Sólo será responsable si ha cometido dolo ó culpa para con el otro contratante, exhibiendo, por ejemplo, falsos poderes; pero si ha obrado de buena fe, no le cabrá ninguna responsabilidad. El artículo 2105, aplicable en caso de sociedad colectiva, tiene una redacción menos defectuosa que la del 640, pues no habla de obligación sino de responsabilidad, pero tiene el inconveniente de que deja suponer que el socio que trata en nombre de los demás, sin los poderes suficientes, se hace responsable por el solo hecho de contratar aunque lo haga en nombre de la sociedad, lo que juzgamos inexacto.

1015 Conforme al

Art. 646. Los acreedores de las corporaciones tienen acción contra sus

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

bienes como contra los de una persona natural, que se halla bajo tutela [1].

Sobre esto observaremos que la acción que tiene un acreedor contra su deudor no está modificada por la circunstancia de que se halle éste bajo tutela, por cuanto puede decirse que desde este punto de vista la disposición carece de importancia práctica. Si se quiso decir que la acción debe dirigirse contra el representante de la persona jurídica esta es cuestión de procedimiento.

1016. Apenas si era necesaria la disposición, de suyo tan obvia, del

ART. 641. Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre ella, y sus miembros están obligados á obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan [2].

Por lo que concierne á las penas, cabe observar que en ningún caso podrá tratarse de penas corporales, atentatorias de la libertad individual, cuya aplicación está vedada á los particulares : si penas semejantes se impusieran por los estatutos de una corporación, el Poder Ejecutivo estaría en el deber de improbarlos.

La misma observación debe hacerse respecto del

ART. 642. Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerá este derecho en conformidad á ellos [3].

1017. Los artículos 643, 644 y 645, que prohibían á las asociaciones religiosas adquirir bienes raíces y limitaban la conservación de los mismos bienes adquiridos por todas las demás corporaciones, fueron derogados [4] por la Ley 57 de

[1] Cód. ch., art. 558.
[2] Cód. ch., art. 553.
[3] Cód. ch., art. 554.
[4] Art. 643. Las corporaciones pueden adquirir bienes de todas clases á cualquier título, pero no pueden conservar la posesión de los bienes raíces que adquieran, sin permiso especial del Congreso de la Unión.
Sin este permiso especial, estarán obligados á enajenar dichos bienes raíces, dentro de los cinco años subsiguientes al día en que hayan adquirido la posesión de ellos ; y si no lo hicieren, caerán en comiso los referidos bienes.
Esta prohibición no se extiende á los derechos de usufructo, uso ó habitación ú otros asegurados sobre bienes raíces.
Art. 644. Las comunidades, corporaciones, asociaciones y entidades religiosas

1887, cuyo artículo 27 ha establecido, por el contrario, lo siguiente :

Las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título, con el carácter de enajenables.

La parte final del texto, ó sea la condición establecida de que los bienes raíces conservarán siempre su condición de enajenables, es consecuencia del artículo 37 de la Constitución, según el cual : « No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles ».

En cuanto al fondo mismo de la disposición, conviene observar que, según los artículos 19 y 20 de la Ley 53 de 1887, el estado civil adquirido conforme á la Ley vigente en la época de su constitución subsistirá aunque aquella ley fuere abolida, de lo cual resulta que al expedirse una ley que exija nuevas condiciones para la constitución de las personas jurídicas, las existentes subsistirán, aunque no llenen estas condiciones; pero para el ejercicio de los derechos que la ley les reconoce, sí quedarán sometidas inmediatamente á la ley nueva. En consecuencia, si una ley restableciera los artículos del Código que prohibían á las corporaciones poseer bienes inmuebles sin permiso del Congreso, esta nueva ley se aplicaría inmediatamente á las corporaciones existentes, aunque no lo dijese de un modo expreso. Una corporación no tiene derecho adquirido á vivir conforme á las disposiciones que regían cuando fué establecida.

son absolutamente incapaces para adquirir bienes raíces, aunque tales comunidades, corporaciones, asociaciones ó entidades tengan el carácter de personas jurídicas.
Art. 645. Los bienes raíces que las corporaciones posean, con permiso del Congreso, están sujetos á las reglas siguientes :
1.ª No pueden enajenarse ni gravarse con hipoteca, usufructo ó servidumbre ni arrendarse por más de ocho años, si fueren predios rústicos, ni por más de cinco, si fueren urbanos, sin previo decreto de juez ó de prefecto, con conocimiento de causa, y por razón de necesidad ó utilidad manifiesta;
2.ª Enajenados, puede adquirirlos otra vez la corporación, y conservarlos sin especial permiso, si vuelven á ella por la resolución de la enajenación y no por un nuevo título; por ejemplo, cuando el que los ha adquirido con ciertas obligaciones deja de cumplirlas, y es obligado á la restitución, ó cuando ella los ha vendido, reservándose el derecho de volver á comprarlos dentro de cierto tiempo, y ejercita este derecho.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

1018. La Ley 100 de 1888 contiene algunas disposiciones transitorias relativas á las corporaciones que existían al promulgarse la Constitución de 1886.

Según el artículo 1° de dicha ley,

A las asociaciones, corporaciones y entidades que hubieren sido reconocidas como personas jurídicas con anterioridad á la promulgación de la Constitución, se les retira la personería jurídica hasta tanto que soliciten y obtengan de nuevo su incorporación[1].

Para obtener su incorporación debían las entidades respectivas someter sus estatutos al Poder Ejecutivo á fin de que los aprobara como se deduce del artículo 2° :

El Gobierno no concederá el beneficio de que trata el artículo anterior á las entidades, asociaciones ó corporaciones cuya existencia, fundación ó estatutos, sean contrarios á la Constitución y á las leyes, ó que no estén autorizadas por ellas.

1019. El artículo 3° contiene una excepción á la regla del artículo 639 del Código que reconoce á las corporaciones la facultad de nombrar sus representantes, cuando no lo han sido por la ley que las ha creado ó por los estatutos :

Las entidades, asociaciones y corporaciones que tengan por objeto atender conjuntamente la enseñanza y la beneficencia, en el caso de que no sean católicas, deben, además, someter el nombramiento de sus representantes legales y el de los empleados que dirijan sus colegios, hospitales ó establecimientos, á la aprobación del Gobierno del departamento en que tengan su residencia.

Dado el carácter especial del texto, debe entenderse restrictivamente y, por lo mismo, no es aplicable sino á las corporaciones que tenían por objeto atender *conjuntamente* la enseñanza y la beneficencia, y no á las que tenían sólo uno de estos dos objetos.

Pero ¿se refiere el texto únicamento á las corporaciones de que se habla en el artículo 1°, es decir, á las existentes al promulgarse la Constitución, ó bien es de carácter perma-

[1] El texto, tal como lo hemos transcrito, es el del *Diario oficial* (n. 7597 y 7604); en la colección de leyes de 1888 aparece con un error fundamental, pues, en lugar de *retira*, se lee *reitera*. En el número 7604 del *Diario* se señala este error.

nente, aplicable aun á las corporaciones fundadas después? El punto es dudoso, porque, si bien puede creerse que el legislador habla en el artículo 3° de las mismas corporaciones á que se ha venido refiriéndose en los anteriores, y á creerlo nos inclinamos, el texto está, sin embargo, concebido en términos generales.

1020. El artículo 4° debe considerarse como una aplicación del 649 del Código, que en seguida explicaremos :

Si por causa de las anteriores disposiciones quedaren extinguidas algunas personas jurídicas, el Gobierno asumirá la administración y el manejo de los bienes que posean y la dirección de los establecimientos que estén á su cargo, y procederá á organizarlos convenientemente, pudiendo confiar uno y otro á alguna asociación católica.

Aun cuando inspirado en la idea plausible de evitar el funcionamiento, como personas jurídicas, de asociaciones ó corporaciones peligrosas, y de procurar, de acuerdo con el sentimiento religioso predominante en el país y con el precepto constitucional que manda organizar y dirigir la educación pública en concordancia con la religión católica, la facultad conferida al Poder Ejecutivo por el artículo 4° de la Ley 100 de 1888, era muy peligrosa, por los abusos á que pudo dar lugar.

1021. El artículo 647 del Código que establecía, como disposición de carácter permanente, que las corporaciones podrían ser disueltas á pesar de la voluntad de sus miembros, si llegaban á comprometer la seguridad ó los intereses del Estado, ó no correspondían al objeto de su institución, fué derogado por la Ley 57 de 1887[1] ¿Por qué? Sin duda por temor de los abusos posibles en la aplicación de este artículo en relación con el

ART. 649. Disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades, en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades á la Nación, con la obligación de emplearlas en objetos análogos á los de la institución. Tocará al Congreso de la Unión señalarlos[2].

[1] Art. 647. Las corporaciones pueden ser disueltas, á pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan á comprometer la seguridad ó los intereses de la Unión, ó no corresponden al objeto de su institución.

[2] Cód. ch., art. 561.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Al Estado corresponde la facultad de conceder y retirar la personería jurídica á las corporaciones. Pero es preciso que una medida de esta clase no sirva de pretexto para llevar á cabo expoliaciones. Abusa, en consecuencia, el Estado que suprime las asociaciones religiosas, para apoderarse de sus bienes, mientras subsiste el culto que están destinadas á sostener[1].

1022. Según el

ART. 648. Si por muerte ú otros accidentes quedan reducidos los miembros de una corporación á tan corto número que no pueden ya cumplirse los objetos para que fué instituida, ó si faltan todos ellos y los estatutos no hubieren prevenido el modo de integrarla ó renovarla en estos casos, corresponderá á la autoridad que legitimó su existencia dictar la forma en que haya de efectuarse la integración ó renovación[2].

Sección IV. — De las fundaciones de beneficencia pública.

1023. Ya hemos dicho que se puede llamar, y efectivamente se llama, fundación el acto por el cual una persona dispone de todo ó de parte de sus bienes, por donación ó por testamento, en favor de una entidad que, merced á aquel acto, debe constituírse como persona moral.

En el lenguaje jurídico se llama más propiamente fundación la persona jurídica formada así, con prescindencia de toda persona física, de todo grupo de personas naturales.

Por regla general no pueden hacerse liberalidades por donaciones ó testamentos sino á personas ciertas y determinadas, naturales ó jurídicas (art. **1113** y **1447**). No se admite excepción á esta regla sino cuando se trata de obras de beneficencia, que es, precisamente el caso de las fundaciones: sucede entonces que la liberalidad no se hace á ninguna persona; se crea la persona misma (art. **1113**, num. **2°**). Así, un individuo al disponer de sus bienes por testamento puede ordenar que se establezca, después de su muerte, un hospital, con el carácter de fundación.

[1] Según el artículo 34 de la Constitución : « No se podrá imponer pena de confiscación ».
[2] Cód. ch., art. 560.

¿Qué clase de fundaciones son posibles? Tanto el artículo **633** como el **1113** no hablan sino de fundaciones de beneficencia pública. No es permitido, en consecuencia, erigir en fundación un establecimiento privado de instrucción, á menos que pueda reconocérsele como de beneficencia, como sucedería con una escuela gratuita para niños pobres. Además, una ley especial podría conferir personería jurídica á una fundación que no tuviese tal carácter.

Por tanto, fuera del caso en que se expida una ley especial, no podrán hacerse fundaciones sino para objetos de beneficencia pública.

1024. Conforme al artículo **120**, numeral **21°** de la Constitución nacional, corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa,

Ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de sus fundadores.

Hemos hablado (n. **1003**) del artículo 650 del Código. El **651** fué derogado por la Ley 57 de 1887[1].

1025. Según el

ART. 652. Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados á su manutención[2].

Como la fundación se constituye por un conjunto de bienes, á diferencia de la corporación, que es unión de personas, claro es que desaparece con aquéllos.

Sección V. — Personas jurídicas extranjeras.

1026. Así como el legislador debe preocuparse por determinar la condición jurídica de las personas naturales extranjeras, desde el punto de vista de los actos de la vida civil, asimismo, es preciso determinar la de las personas jurídicas extranjeras. El principio fundamental en esta materia

[1] Art. 651. Lo que en los artículos 637 hasta 649 se dispone acerca de las corporaciones y de los miembros que las componen, se aplicará á las fundaciones de beneficencia y á los individuos que las administran.
[2] Cód. ch., art. 564.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

está consignado en el artículo 14 de la Constitución bajo la rúbrica « nacionales y extranjeros ».

Las sociedades ó corporaciones que sean reconocidas en Colombia como personas jurídicas no tendrán otros derechos que los correspondientes á personas colombianas.

Para determinar el carácter nacional ó extranjero de una sociedad ó corporación, debe tenerse en cuenta el principio ya expuesto, de que aquéllas constituyen una persona distinta de los socios ó miembros, individual y colectivamente considerados, y, por lo mismo, no podría calificarse como extranjera una institución sólo porque todos los miembros que la compusieran fuesen extranjeros. No pueden, en efecto, confundirse las calificaciones jurídicas de los individuos *uti singuli* con las calificaciones jurídicas *uti universitas*[1]. Como las personas jurídicas no son sino meras ficciones autorizadas por una ley, es preciso saber, á fin de determinar su nacionalidad, á favor de la ley de qué país se han constituído, con prescindencia de la nacionalidad de los individuos que la han formado. Determinada así su calidad de extranjera, una institución no perderá su carácter de tal aunque, por la sucesiva subrogación de sus miembros, todos ellos lleguen á ser nacionales, y viceversa.

Aun cuando el texto constitucional habla de sociedades en general, no comprende sino á las corporaciones extranjeras que no tengan el carácter de sociedades comerciales ó industriales.

Respecto de estas últimas, debe admitirse que conforme á los principios generales del derecho internacional, gozan, en Colombia, de los derechos compatibles con su naturaleza, con tal de que no tengan objeto ilícito, y sin que sea necesario que sometan sus estatutos al Gobierno de Colombia. Las demás corporaciones, por el contrario, no gozarán de personería jurídica en la República sino mediante la aprobación de sus estatutos, ó, lo que es lo mismo, del reconocimiento por el Poder Ejecutivo.

[1] Fiore, *Derecho internacional privado*, t. I, n. 305.

APÉNDICE

Impresos ya los primeros quince pliegos de este volumen, obtuvimos otras notas del señor Bello, relativas unas al *Proyecto* definitivo (3º) del Código Civil, y otras al Código ya sancionado, todas las cuales han sido recientemente y por primera vez publicadas en Chile.

Aun cuando nuestro propósito ha sido, según se ha visto, colocar al pie de cada artículo la nota respectiva, ya que esto, por la circunstancia apuntada, no nos fué posible con las que se verán en seguida, á fin de no omitir nada que sea parte á establecer la genuina inteligencia del Código, reproducimos, tomadas de diversas fuentes, dichas notas, con la indicación del artículo del Código colombiano á que cada una corresponde, y, abajo, el del Código de Chile.

Las notas de los primeros 87 artículos fueron escritas para el Código sancionado, con excepción de las de los artículos 4º y 27; todas las demás se encuentran en el tercer Proyecto que, como se sabe, se adoptó sin modificaciones.

TÍTULO PRELIMINAR

Este título debe considerarse como una introducción, no sólo al presente *Código Civil*, sino á la legislación toda. Cualquiera, por ejemplo, que sea la ley que se trate de interpretar, ya pertenezca al presente Código, ya á los Códigos que sucesivamente se publiquen, ya á la legislación española, que estuvo en vigor hasta el 1º de Enero de 1857, ó que todavía lo está, es preciso observar en su interpretación las reglas contenidas en el párrafo 4 de este título preliminar.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

ART. 4[1]. Los señores Irarrázaval (Ramón Luis) y García Reyes (Antonio) objetaron que la definición de la ley era demasiado vaga y abstracta; que correspondía definir, no la ley en abstracto, sino la ley chilena. Se opuso por B. (Bello) que sólo tocaba á la Constitución dar á conocer la ley chilena; pero convino en que se reformase el artículo por medio de una referencia expresa á la Constitución, adoptando con ligeras modificaciones la opinión del señor Irarrázaval. Se observó también por los señores García Reyes y Bello que el artículo parecía más propio de un tratado doctrinal que de un cuerpo de leyes, y se propuso suprimirlo. Al fin se adoptó la opinión del Presidente, que conservaba la definición añadiendo una referencia al derecho constitucional chileno (Actas de la Comisión Revisora).

ART. 3 DEL CÓDIGO DE CUNDINAMARCA[2]. La costumbre como fuente del derecho ocupa poco lugar en los Códigos de este siglo. En Inglaterra, al contrario, el derecho consuetudinario (*Common Law*) tiene el mayor y más importante, desde tiempo inmemorial. Interpretado por los jueces y aplicado á los casos que ocurran, está consignado en voluminosos repertorios de sentencias que es necesario consultar para conocerlo á fondo. Las autoridades que componen el organismo social le están casi enteramente sometidas, y si los Estatutos del Parlamento lo modifican, ellos, asimismo, interpretados, aplicados, armonizados por la lógica de las judicaturas, pasan en cierto modo al dominio y forman otros tantos capítulos de la *Common Law*.

ART. 6, INC. 2º[3]. L. 3, *de legibus* (D. 1, 3); Merlin, *Répertoire :* Palabra, *Nullité*.

ART. 9[4]. C. L. 7.

ART. 13[5]. C. L. 8; C. A. 5 y 8.

ART. 15[6]. C. L. 11. Unicuique licet contemnere hac quæ pro se introducta sunt : l. 4, *de minoribus* (D. 4. 4).

ART. 17[7]. C. F. 5.

L. 57 DE 1887, ART. 5, REGLA 1ª[8]. — *In toto jure generi per speciem derogatur;* l. 80, *de regulis juris* (D. 50. 17). — La oposición debe aparecer en una misma ley, para que haya lugar á lo que en este artículo se dispone : la regla no sería segura, si la oposición resultase de la comparación de una ley con otra distinta. Todos los artículos de un Código, y aun de distintos Códigos, coordinados entre sí, como, por ejemplo, los Códigos franceses civil, comercial y de enjuiciamiento, constituyen una misma ley.

ART. 19[9]. Delvincourt (comentario al art. 3, § 3º, C. F.); C. A. 4.

El número 2º es un corolario del 1.º Un chileno que se domicilia en país extranjero, es obligado, por ejemplo, á la porción conyugal y á las legítimas respecto de su mujer, de sus ascendientes y descendientes chilenos. Pero ¿qué sucedería si se naturalizase en país extranjero? Esta naturalización no es reconocida por la ley de Chile. La calidad de chileno es... ante la ley chilena. Así se deduce claramente de la Constitución.

ART. 20[10]. C. L. 9 y 10.

1 Cód. ch., art. 1.
2 Cód. ch., art. 2.
3 Cód. ch., art. 10.
4 Cód. ch., art. 8.
5 Cód. ch., art. 9.
6 Cód. ch., art. 11.
7 Cód. ch., art. 3, inc. 2.º
8 Cód. ch., art. 13.
9 Cód. ch., art. 15.
10 Cód. ch., art. 16.

ART. 22[1]. Los requisitos probatorios son materia de derecho público, contra el cual nada valen ni las leyes de un país extranjero ni las convenciones privadas.

ART. 27[2]. « Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen á la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido. La interpretación podrá ser en estos casos unas veces extensiva y otras restrictiva.

Si, por ejemplo, la ley ordenase que no puedan enajenarse los bienes raíces del pupilo sin autorización de la justicia, debería extenderse esta prohibición á la hipoteca, porque la hipoteca equivale á una enajenación condicional.

En las leyes penales se adopta siempre la interpretación restrictiva : si falta la razón de la ley, no se aplica la pena aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición.

Donde la ley no distingue, dice una máxima vulgar, no debe distinguir el hombre. Entendida como suena, se hallaría muchas veces en conflicto con la que permite restringir el sentido literal de la ley, cuando así lo requiera la intención del legislador, suficientemente conocida. Su legítima aplicación es á los casos en que, para limitar la extensión de la ley, no hay alguna razón poderosa deducida de los motivos manifiestos que han obrado en el ánimo del legislador (Bello, Apuntes inéditos).

ART. 27, INC. 1.º — « Nos inclinamos á creer que muchas cuestiones no se suscitarían ó llegarían con más facilidad á una solución satisfactoria, si por una y otra parte se siguiesen unas mismas reglas de interpretación legal. Pero, mientras unos adhieren estrictamente al texto y tratan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador y asistir á sus consejos. Por este medio, según conciben, se toman por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede las más veces es que el intérprete substituye á la idea del legislador la suya propia. Y de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse á la letra; que no debemos ampliarla ó restringirla, sino cuando de ella resulten evidentes absurdos ó contradicciones; y que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta á la arbitrariedad, y destruye el imperio de la ley » (Bello, *Araucano,* núm. 632).

INC. 2.º[3] El interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio, es atribución del Poder Legislativo. Pero los litigios recaen á menudo sobre el sentido que cada una de las partes atribuye á la ley, y no es una ley nueva sino la opinión del juez, lo que debe dirimir la cuestión. El juez no podría ejercer su ministerio sin esta facultad de interpretar. Véase Merlin, *Répertoire*, palabra *interprétation*.

ART. 30. *Incivile est, nisi ista lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere;* l. 24, *de legibus* (D. 1. 3).

ART. 32[4]. C. L. 21.

ART. 33. INC. 2º[5]. Es una regla que no necesita de más autoridad que el sentido común. Y sin embargo, han querido algunos extender al viudo pobre el beneficio de la cuarta que la l. 7, t. 13, p. 6ª concede á la viuda.

ART. 34[6]. La menor edad terminaba á los veinticinco años en el derecho

1 Cód. ch., art. 18.
2 Cód. ch., art. 19.
3 Cód. ch., art. 22.
4 Cód. ch., art. 24.
5 Cód. ch., art. 25, inc. 2.º
6 Cód. ch., art. 26.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

romano como en el real de España, y lo mismo se establece en este *Codigo* pero con una diferencia importante : la edad mayor trae necesariamente la emancipación absoluta y completa, cuando no hay una causa excepcional de incapacidad, como en los dementes, pródigos y sordomudos. En esta materia ofrecen gran variedad los Códigos modernos. En el de Baviera, dura la menor edad hasta la emancipación, que no puede negarse sin causa grave á los que han cumplido veinticinco años. El *Código Sardo* emancipa á los veinticinco, pero esta emancipación no se puede decir completa hasta los treinta. Los *Códigos Prusiano* y *Austriaco* limitan la menor edad á los veinticuatro cumplidos; pero, según el primero, puede el padre prolongarla hasta los treinta, y las mujeres solteras están sometidas á varias incapacidades por toda su vida. En el... la mujer no se emancipa nunca, pues, si no vive bajo potestad marital, se le da un consultor que autorice todos sus actos importantes. El *Holandés* emancipa completamente á los dos sexos á la edad de veintitrés años, y el *Proyecto* del señor Garcia Goyena, á los veintiuno; concordando en esto con el *Francés* y el de las *Dos Sicilias;* pero en el *Francés* es necesario al hijo varón el consentimiento paterno, hasta los treinta, para contraer matrimonio; á lo que se añaden, en el de las *Dos Sicilias,* varias incapacidades, que embarazan notablemente la administración de los bienes.

En el nuestro, la mayor edad empieza á los veinticinco cumplidos; pero la completa emancipación que ella confiere por el ministerio de la ley, para varones y hembras, y además la libertad que se concede á los hijos, antes de esa edad, para administrar lo que han adquirido por toda especie de industria; la habilitación que puede otorgárseles desde los veintiún años, y la reducción del usufructo legal del padre, los coloca en una situación que compensa sobradamente, á nuestro juicio, la desventaja aparente á que en la duración de la menor edad los sujeta, conservando al mismo tiempo á la autoridad paterna cierto influjo que el espíritu de los tiempos y la tendencia de nuestras costumbres americanas, hacen más necesario que nunca.

ART. 52. INC. 2º [1]. El sentido que se da en este Código á la denominación de hijo natural, á los requisitos legales del reconocimiento, y á la extensión de derechos que esto acarrea, forman una de las importantes innovaciones del presente *Código*. Oportunamente la justificaremos.

ART. 67. INC. 1º y 2º [2]. Tres días contados, por ejemplo, desde el 4 de Abril principian en la media noche del 4 al 5 de Abril, y determinan en la media noche del 7 al 8 de Abril; y dos meses contados desde el 8 de Enero, principian en la media noche del 8 al 9 de Marzo siguiente : y seis años contados desde el 10 de Mayo de 1850, principian en la media noche del 10 al 11 de Mayo del mismo año, y terminan en la media noche del 10 al 11 de Mayo de 1856; sin tomarse en cuenta si un mes tiene 28, 29, 30 á 31 días, ó si un año es de 365 ó 366 días.

INC. 3.º Así el plazo de un mes, que principie en la media noche del 31 de Enero al 1º de Febrero, se entenderá cumplido en la media noche del 28 á 29 de Febrero al 1º de Marzo. Y el plazo de tres años que principie en la media noche del 29 de Febrero al 1º de Marzo de 1852, termina en la media noche del 28 de Febrero al 1º de Marzo de 1855.

INC. 4.º Tal vez se mirarán como demasiado minuciosas estas reglas; pero el tiempo hace nacer y expirar una multitud de derechos, y es un elemento jurídico de grande importancia. En este *Código* se adopta una medida uniforme para todos los casos; y adoptada, no habrá cuestión sobre si los días, años ó meses deben contarse de momento á momento, ó sobre si el mes es de treinta días siempre ó de más ó menos días, según el caso, y sobre si basta que haya

1 Cód. ch., art. 36.
2 Cód. ch. art. 48.

principiado el día final para contarlo, ó sobre si entre los días fatales en que prescribe una acción debe incluírse el de la demanda, etc. Savigny ha dedicado á esta materia gran número de páginas en su *Tratado de Derecho romano*, que pueden consultar los curiosos desde el § 177 hasta el 195. Allí se verán justificados los principios en que se fundan las reglas precedentes (Véanse en particular los §§ 181 y 182).

ART. 72 [1]. En nuestro actual Derecho, no se puede nunca alegar el desuso contra la ley escrita (Leyes 11, título 3, libro 2; y 2, título 16, libro 10, de la *Novísima Recopilación;* ley 2 del *Código : Quæ sit longa consuetudo*). Pero esta regla absoluta no carece de graves inconvenientes. Una ley que ha dejado de observase treinta años, ó contra la cual han fallado repetidas veces los tribunales mismos ó proceden habitualmente los hombres en sus negocios extrajudiciales, ¿debería mirarse como una norma actual y vigente de las acciones humanas?

LIBRO PRIMERO

ART. 80 [2]. *Animus perpetuo consistendi duabus et rebus colligitur : ex muniis vitæ cotidianæ...; item ex condicione personæ, si ob eam aliquo in loco consistere necesse est;* Vinnius, *Part. jur.,* libro 3, capítulo 8.

ART. 84 [3]. Esta disposición parece menos expuesta á inconvenientes prácticos que las contenidas para el mismo caso en otros Códigos. Coincide con la del artículo 44 del *Proyecto* del señor García Goyena.

ART. 85 [4]. C. F. 111; C. D. S. 116, y otros varios.

ART. 87 [5]. C. F. 108, con el comentario de Rogrón.

ART. 89 [6]. Delvincourt, nota 2, p. 44.

ART. 97, numeral 6º [7] : Es necesario fijar el día de la muerte presunta para calificar por él los derechos de los que sobreviven al desaparecido, derechos que pueden nacer ó extinguirse de un momento á otro.

En el Código Francés, se refiere la muerte presunta al día de las últimas noticias. No se determina si por este día se entiende el de la fecha de las últimas noticias, ó el de la fecha en que se reciben. Admitida la primera suposición, si la última noticia es una carta del desaparecido, ¿qué motivo habría para presumir su fallecimiento en la misma fecha de la carta? Si en la segunda, pudiendo trascurrir mucho tiempo entre la fecha de las últimas noticias y la de su recibo ¿ qué motivo habría para excluir de la herencia á todos los herederos presuntivos que hubiesen fallecido en el tiempo intermedio?

Se ha tenido presente el Código Francés, título *De los ausentes,* con los comentarios de Rogrón y de Delvincourt; á Favard de l'Anglade, palabra *Absence;* el Código de la Luisiana, colocado en esta parte sobre el de los franceses, etc.

La diferencia de más bulto entre estos Códigos y el presunte proyecto consiste en que, según aquéllos, la posesión definitiva no se pronuncia sino á la

1 Cód. ch., art. 53.
2 Cód. ch., art. 64.
3 Cód. ch., art. 68.
4 Cód. ch., art. 69.
5 Cód. ch., art. 71.
6 Cód. ch., art. 73.
7 Cód. ch., art. 81 num. 6.º

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

expiración de treinta años, contados desde el decreto de posesión provisoria, ó de cien años, contados desde el nacimiento del desaparecido ».

ART. 97, numeral 7º[1] : « Por ejemplo, el desaparecido, según las últimas noticias, se embarcó el día 1º de Octubre de 1845 en Cádiz con destino á Méjico, y desde entonces no se han tenido noticias suyas, ni del buque en que se embarcó. Es de presumir naufragio; pero, ¿en qué día? La determinación judicial de este día no puede menos de ser hasta cierto puento arbitraria. Un término medio en la duración ordinaria del viaje es el que más razonablemente podrá elegir el juez », cuando no haya presunciones peculiares á favor de otra determinada época de la travesía; como, por ejemplo, si se supiese haber habido recios temporales ó huracanes en que hubiesen zozobrado otros buques, navegando al mismo tiempo y por el mismo derrotero.

Se sabe que un individuo estaba en París en Octubre de 1845, y desde entonces no ha vuelto á saberse de él. Si en esa época, ó poco después, hubiese prevalecido una epidemia destructora en París, pudiera conjeturarse que había perecido en la epidemia, y fijarse, como en el caso anterior, un termino medio en la duración de ella : no habiendo habido estas circunstancias, y probándose por otra parte, que el individuo solía escribir á los suyos cada dos ó tres meses, y que durante cuatro años no se había recibido carta suya, ni noticia de su paradero, pudiera fijarse, para la muerte presunta, un término medio en el primer trimestre subsiguiente á la última fecha de su correspondencia.

Se sabe que un individuo se encontró en una batalla, después de la cual ha desaparecido completamente : en este caso, empieza á ser presumible la muerte desde el mismo día de la batalla ».

ART. 108[2] : Observación del señor Ocampo (José Gabriel). « La acción rescisoria concedida á la mujer del desaparecido, parece que no tiene objeto, porque aquélla no la necesita para reclamar los derechos que tenga que ejercitar en la sucesión del desaparecido ».

Contestación de don Andrés Bello :

« Se trata del cónyuge con quien ha contraído matrimonio el desaparecido durante el desaparecimiento. Dada la posesión definitiva, se presenta la mujer del desaparecido. Subsistiendo el decreto de posesión definitiva, ¿qué derechos tendrá esta mujer? No los concibo. No pueden nacer sino de su matrimonio con una persona que, en el concepto de la ley, al tiempo de celebrarlo había muerto. Le es necesario en todo punto, á mi juicio, la rescisión de dicho decreto ».

ART. 109[3]. En el tercer proyecto se había introducido un numeral 5º, en el art. 96, que corresponde al 109 del Código colombiano, y que dice : « No se extenderá la restitución á los frutos ». Sobre ello existe la siguiente nota : « Observación del señor Ocampo :

« El número 5º, de este artículo parece innecesario, porque, según el inciso 2º del artículo 93 (art. 104, C. C.) los poseedores provisorios hacen suyos los frutos, y, por consiguiente, no están obligados á restituirlos sino en el caso de que se les pruebe mala fe ».

Don Andrés Bello dió la siguiente contestación :

« Yo había propuesto á la Comisión, y ésta aceptado, no sólo la supresión del número 5º, sino la de la restitución del precio de los enajenados en el 4.º »

ART. 163[4]. « Según este título, no adquiere el marido la *propiedad* de ninguna parte de los bienes de la mujer que ha dado causa al divorcio. No parece conveniente dar al marido un interés, que podría ser á veces grande, en el crimen de su mujer. El dinero no resarse la injuria hecha al honor; y si se trata de castigar un crimen, abierta está al marido la acción criminal ».

1 Cód. ch., art. 81, num. 7.º
2 Cód. ch., art. 93.
3 Cód. ch., art. 94.
4 Cód. ch., art. 171.

ART. 164[1]. Es claro que esta disposición no se refiere á las donaciones hechas por un cónyuge al otro durante el matrimonio, las cuales son siempre revocables *ad libitum* por el donante. La revocación concedida por este artículo es una consecuencia del derecho de revocar las donaciones por causa de ingratitud ».

ART. 165[2] : Observación del señor Ocampo :

« No sería fuera de propósito decir en este artículo : *la mujer divorciada* MAYOR DE EDAD, etc. »

Contestación de D. Andrés Bello :

« Yo había puesto : *administra con entera independencia* DEL MARIDO; — lo cual no se opone á que, si tuviese curador por su edad, ú otra causa, le sea necesaria la aprobación de éste para sus actos administrativos : esta curaduría es materia de otros títulos ».

ART. 214[3]. El Código Prusiano, parte II, título 2, dispone lo siguiente :

« 1. Las leyes establecen la presunción de que los hijos engendrados ó nacidos durante el matrimonio han sido engendrados por el marido.

2. El marido no puede ser admitido á reclamar contra esta presunción legal sino cuando esté en estado de probar completamente que hay absoluta y manifiesta imposibilidad en que el hijo haya sido engendrado por él.

3. Si alega su impotencia, debe probar que trescientos dos días antes del nacimiento del hijo estaba ya privado de los órganos necesarios á la generación.

4. Si se funda sobre su ausencia, es preciso que pruebe que desde el 302º hasta el 210º día anterior al nacimiento del hijo ha estado constantemente lejano de la madre, de manera que no ha podido hallarse en estado de cumplir para con ella el deber conyugal ».

ART. 221[4] : Observación del señor Ocampo :

« ¿Tendrá lugar el inciso 2º del art. 211 (Proyecto, 221, C. C.) aunque la posesión hubiese sido tomada cuando el hijo menor carecía de tutor ó curador, y estaba, por consiguiente, en la incapacidad legal de oponerse por sí mismo? »

Contestación de Bello :

« La falta de guardador no priva al hijo de la facultad de presentarse en juicio contra los herederos cuando lo tenga ó cuando llegue á la edad mayor. Los herederos le oponen la excepción de ilegitimidad y el hijo la refuta si puede ».

ART. 20, LEY 57 DE 1887[5]. Observación del señor Ocampo :

« Convendría determinar en el artículo 215 (Proyecto) cuáles son los actos positivos que importan reconocimiento de la filiación, para no dejar sometido al capricho judicial un punto tan grave como éste. Recuérdese que el artículo 209 (Proyecto 219, C. C.) exige que el reconocimiento haya sido hecho en testamento ó en otro instrumento auténtico para hacer cesar el derecho que él confiere á los herederos del marido y demás personas á quienes la ilegitimidad del hijo puede irrogar perjuicio actual, y se comprenderá la necesidad de hacer una designación explícita de los actos recognitivos de la filiación ».

Contestación de Bello :

« Tengo por punto menos que imposible la enumeración ó descripción de esos actos. Obsérvese que en el caso del artículo 209 los actos recognitivos tendrán el limitado espacio de sesenta días; lo que no sucederá regularmente en el segundo. Un niño de diez y ocho ó veinte años que reclama su legitimidad se halla en posición diferente ».

1 Cód. art. art. 172.
2 Cód. ch., art. 173.
3 Cód. ch., art. 180, inc. 1.º
4 Cód. ch., art. 186.
5 Cód. ch., art. 190.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca. Sala de Patrimonio Documental

ART. 236 [1]. El señor Bello trae una nota al art. 203 del Código chileno, artículo que no figura en el Código colombiano. Dicha nota, que reproducimos sin embargo, por su importancia, es como sigue : « Hay ciertos matrimonios á los cuales, aunque nulos, da la ley los efectos civiles, en consideración á la buena fe de las partes, ó de una de ellas, que ignoraban el impedimento que anulaba el matrimonio. Se pregunta si esos matrimonios pueden legitimar á los hijos nacidos de la conexión que tuvieron los padres antes del matrimonio putativo, y en un tiempo en que pudieron casarse. — No. — Si se dan á este matrimonio los efectos civiles para que los hijos habidos en él sean legítimos es porque ellos han debido el ser á una conexión inocente á lo menos por parte de uno de los padres; pero los que han nacido de la conexión que tuvieron sus padres antes del matrimonio putativo, habiendo debido el ser á una conexión criminal de ambos padres, no son acreedores á que se haga en su favor una excepción á las reglas generales. El vicio de la conexión á que deben el ser no puede purgarse y no pueden ser legitimados sino por la fuerza y la eficacia de un verdadero matrimonio que intervenga después entre el padre y la madre : un matrimonio putativo no puede producir este efecto. Molina, *De justitia et jure*, Tractatus II, disputatio 172, n. 12 ».

ART. 237 Y 52 DE LA L. 153 DE 1887. — C. F. 331, con el comentario de Delvincourt, t. I, pag. 217.

Observación del señor Ocampo :

« El inciso segundo de este artículo 230 (Proyecto) es una repetición del inciso segundo del artículo 205 (214, C. C.).

Contestación de D. Andrés Bello :

« No hay repetición. El 205 habla de los hijos que nacen después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio. El 230, de los que nacen antes de expirar estos ciento ochenta días ».

ART. 241 [2]. Observación del señor Ocampo :

« Este artículo podría omitirse sin inconveniente.

Contestación del señor Bello :

« No soy de la opinión del señor Ocampo.

« La legitimación por subsiguiente matrimonio es un derecho excepcional y exhorbitante, desconocido en los mejores tiempos de la jurisprudencia romana. Apareció por la primera vez bajo Constantino y no llegó á su forma final sino en el reinado de Justiniano. Según las constituciones de este príncipe, no se otorgaba sino á los hijos naturales, esto es, nacidos en concubinato, que, como todos saben, era una conexión reconocida por las leyes, entre personas que podían casarse. El que se casaba con la concubina, *dotalibus instrumentis compositis*, legitimaba á los hijos habidos anteriormente en ella ; y se exigió el otorgamiento de escritura, no para el matrimonio, *quod solo consensu perficiebatur*, sino para que constase que la concubina pasaba á la categoría de mujer legítima, y si existían hijos cuáles de ellos se legitimaban. — Por instrumentos dotales debemos entender aquí, dice Vinnio, ciertos instrumentos nupciales, aunque nada se haya dispuesto en ellos acerca de la dote... Lo que se dispone en todos los lugares en que se trata de esta legitimación acerca de estos instrumentos, es una prueba muy fuerte de que, sin su intervención no se legitiman los hijos antes nacidos. A la verdad, es cierto que el matrimonio se perfecciona por solo el consentimiento; pero aquí, no sólo se trata de la celebración de éste, y de la fuerza y efecto de este contrato, sino del efecto especial de la legitimación, que tiene el matrimonio, no por sí, sino por autoridad de la ley, la que con este objeto exige la solemnidad de los instrumentos; no por otra razón, sin duda, sino para que perpetua y claramente pueda constar, no

[1] Cód. ch., art. 202. — El artículo 203 dice : « El matrimonio putativo no basta para legitimar á los hijos que hubieran sido concebidos antes ».

[2] Cód. ch., art. 210.

sólo que la que antes fué concubina, después, por el amor conyugal, se ha tomado por mujer, sino también si existían ó no hijos, y si han sido legitimados; todo lo que ha de ponerse en el instrumento. — Pero ni aun así estaban obligados los hijos á aceptar la legitimación. Generalmente (dice Justiniano, *Novela 89*, capítulo II), en todos los casos de legitimación sólo queremos que ésta tenga lugar si la consienten los hijos. Colocar al hijo bajo la patria potestad cuando éste lo rehusa, como temiendo asociarse á la condición paterna, no es justo. *Metuentem* (temiendo), añade la glosa, tal vez porque este padre es de un trato depravado y de perversas costumbres.

« En la *Novela 74*, capítulo 2, introduce el mismo principio la legitimación por testamento, pero sujetándola á la misma regla : *Suplicantibus tamen filiis ostendentibus patris testamentum*, etc.

« De este modo, el beneficio de la legitimación se limitaba á los hijos naturales, á los de soltero y soltera, que vivían bajo un mismo techo y no tenían impedimento para casarse. Con respecto á esos hijos, podía decirse *Pater est quem cohabitatio demostrat;* y sin embargo, no los legitimaba *ipso jure* el matrimonio : sin la confección de instrumento y sin el consentimiento de los hijos, no había legitimación.

« El derecho canónico relajó estos saludables principios concediendo la legitimación *ipso jure* por el solo efecto del matrimonio. Después veremos los gravísimos inconvenientes que esto tiende á producir en el orden social. Pero observemos desde ahora que es á la potestad temporal á la que toca fijar las condiciones precisas para la adquisición de derechos civiles.

« La legislación de las *Partidas* parece haberse doblegado hasta cierto punto á las disposiciones canónicas declarando legítimos á los *fijos que ome ha en la mujer que tiene par barragana si después desso se casa con ella*. No pide declaración escrita; prescinde de la voluntad del padre y de los hijos; pero á lo menos exige una condición importante, que sean *fijos de barragana*, que sean hijos naturales; á éstos solos otorga *ipso jure* la legitimación por subsiguiente matrimonio; en lo que conviene con el artículo 231 del Proyecto (238, C. C); con esta diferencia que, no siendo admitido ni pudiendo admitirse entre nosotros el concubinato autorizado por las leyes romanas y por las *Partidas*, se ha sustituído á este modo de constituir los hijos naturales el reconocimiento voluntario.

« Gregorio López, glosando esta ley, que es la 1ª, tit. 13, *Partida* 4ª, vacila entre las constituciones de Justiniano y las disposiciones canónicas, y citando opiniones contrarias, parece inclinarse á transigir; pero, desde que callan los cánones, como en la legitimación por rescripto, mira como indispensable el consentimiento del hijo. *Iste non debet esse invitus quia non teneret legitimatio;* glosa 2ª á la ley 9, título 18, Partida 3.ª I en la glosa 9 á la ley 1ª título 15, *Partida* 4ª : *Requiritur etiam ut valida sit legitimatio consensus filii.*

« La Inglaterra no se dejó arrastrar por la influencia del derecho canónico, aun cuando todavía era una de las naciones más obsecuentes y sumisas á la Iglesia. En un estatuto de Enrique III se ve que, rogando los obispos á los magnates consintiesen en que los nacidos antes del matrimonio fuesen legitimados como los nacidos después, porque la Iglesia los miraba como legítimos, todos los condes y barones respondieron á una voz : *Nolumus leges Angliæ mutari*. Según las leyes de ese país, que es uno de los más notables por la ternura de los afectos de familia y la disciplina doméstica, no hay legitimación posible para los hijos ilegítimos, sino la del artículo 230 del Proyecto (237, C. C.); todos los que no se hallan en ese caso viven y mueren en la condición degradante de bastardos, si no los saca de ella un acto especial del Parlamento expedido en rarísimos casos y por los más calificados motivos. Siendo el fin del matrimonio, dice Blackstone, determinar una persona cierta en quien recaiga el cuidado, sustentación y educación de los hijos, es indudable que se consigue mejor este fin legitimando solamente á la prole que nace de él y no á los hijos de las mismas personas habidos antes.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

« Pasando á los Códigos modernas, el francés, artículo 331, dice : — Los hijos nacidos fuera de matrimonio, como no sean de comercio incestuoso ó adulterino, podrán legitimarse por el matrimonio subsecuente de sus padres, cuando éstos los hayan reconocido legalmente. — Ni podía ser de otro modo una vez que por el artículo 340 del mismo Código está prohibida á los hijos ilegítimos la indagación de la paternidad. No se legitiman, pues, según el derecho francés, sino los reconocidos voluntariamente por sus padres, pero precediéndo este reconocimiento, ya no es facultativa la legitimación; exactamente como se propone en el artículo 231 del Proyecto. Se preguntará si es obligatorio á los hijos el aceptar la legitimación. Parece claro que no, porque, si la rechazasen y el padre insistiese en ella, sería preciso proceder judicialmente á la indagación de la paternidad, prohibida en el artículo 340. Sólo, pues, cuando se admitiese la paternidad por parte del hijo, parece que podría serle conferida la legitimación contra su voluntad. La ley romana, que iguala bajo este respecto al padre y al hijo, es indudablemente más equitativa.

« El Código de la Luisiana, artículo 217, traduce literalmente el 331 francés. Lo mismo el 171 sardo, el 327 holandés, el 8 bávaro, el 161 austriaco. El Código de las Dos Sicilias, artículo 253, legitima *ipso jure*, mediante el subsiguiente matrimonio de los padres, cuando éstos hayan sido reconocidos legalmente antes del matrimonio ó lo sean en el acto mismo de la celebración. Lo mismo el Código de Parma, Plasencia y Guastaba y el Código del Cantón del Vicino. Hay diferencias en cuanto al tiempo en que se permite la declaración. El del Cantón de Vaud no la exige. El proyecto de Goyena prescribe la legitimación por subsiguiente matrimonio, con tal que los padres hayan reconocido al hijo antes del matrimonio, ó en el acto de celebrarlo. Pero téngase presente que en ese Proyecto se prohibe la indagación de la paternidad y aun la de la maternidad. La obligación pesa, pues, exclusivamente sobre los hijos.

« Ahora, pues, si entre los romanos el subsecuente matrimonio no legitimaba sino á los hijos designados en el instrumento dotal, aunque nacidos de concubinato, que era una especie de unión legítima, ¿con cuánta más razon no deberá ser lo mismo entre nosotros, donde el subsiguiente matrimonio puede elevar á la clase de esposa á una mujer de mala conducta que tal vez ha dado justísimos motivos de desconfianza al cómplice de sus flaquezas y ha tenido acaso trato ilícito con varios hombres á un tiempo?

« ¿Penetrará la ley hasta en las tinieblas de esas conexiones clandestinas? ¿Establecerá como principio de legitimación un comercio casual, raro, incierto, en que no hay nada que garantice la fidelidad de una mujer que se ha envilecido? ¿No sería prostituir el principio *Pater est quem nuptiæ demonstrant* el aplicarlo á enlaces tan precarios, furtivos y vergonzosos? Aun suponiendo que el padre creyese suya la prole ilegítima, ¿estaría obligado á legitimar á un hijo de malas costumbres, á un hijo que se ha manchado con acciones infames, á una hija que se ha prostituido y se le pondrá en la alternativa de no casarse ó de introducir en el seno de su familia un germen de inmoralidad y depravación? . . . . . .
. . . . . »

Art. 269[1]. Observación del señor Ocampo :

« Si al supuesto legitimado no se ha hecho la notificación prevenida en el artículo 233 (240, C. C.), y si no se ha aceptado la legitimación en la forma prevenida por el artículo 235 (242, C. C.) es inútil conferirle el derecho de impugnarla. Para todos los efectos de derecho, le bastará el derecho que tiene para excepcionarse contra todos los que pretendan fundar alguna reclamación en la legitimidad no notificada ni aceptada ».

Contestación de Don Andrés Bello :

1 Cód. ch.. art. 218.

« Excepcionarse el supuesto legitimado por haberse omitido la notificación ó aceptación, es impugnar por este medio la legitimación que se le atribuye ».

Art. 268[1]. Observación del señor Ocampo referente á este título en general :

« La lectura de los últimos artículos de este título me recuerda que no hay ninguno en que se haya declarado que los expósitos deben ser reputados hijos legítimos, como los declara una ley vigente ».

Contestación de Don Andrés Bello :

« Hijos legítimos ¿de quién? ¿Qué significaría la declaración de legitimidad y qué ganarían con ella? Inhabilidades civiles de que por ese medio quedarían exentos, no las hay en este Proyecto ».

Art. 297[2]. Observación del señor Ocampo :

« En este artículo deberían suprimirse como innecesarias, tanto las palabras *como tal* del primer período, cuanto la frase *si no hace inventario solemne* conque principia el segundo ».

Contestación de Don Andrés Bello :

« El padre de familia puede administrar los bienes del hijo, no sólo como tal padre, sino como mandatario ó como agente oficioso. El artículo 268 (297, C. C.), impone la obligación de llevar una descripción circunstanciada, á falta de inventario, cuando administra *como tal*, pero no se la impone cuando administra en otro carácter. Por otra parte, la tal obligación es en subsidio del inventario, y no está demás indicarlo. Si lo hace, ¿deberá además llevar esa descripción circunstanciada? »

Art. 36 de la L. 153 de 1887[3]. Observación del señor Ocampo :

« Si no se expresa en el artículo 296 (Proyecto, inciso 2º, del art. 56 de la L. 153) la persona de quien se ha tenido el hijo natural que se trata de reconocer resultará que, en fraude del artículo 293 se reconocerán diariamente hijos de dañado ayuntamiento ».

Contestación de Don Andrés Bello :

« Esta objeción ha sido prevista y discutida. Prevaleció sobre ella la consideración de no obligar al padre á manchar con una flaqueza deshonrosa el buen nombre de una mujer que no consiente en ello. Se presume, pues, que el hijo no es incapaz de ser reconocido : pero no se presume de derecho ».

Art. 58 de la L. 153 de 1887[4]. Observación del señor Ocampo :

« Parece que la regla 3ª de este artículo está comprendida en la 4.ª »

Contestación de Don Andrés Bello :

« La regla 3ª no exige sentencia ejecutoriada; la 4ª sí ».

TÍTULO XVIII.º[5]

Parecerá mal colocado aquí este título, y se creerá tal vez que su lugar propio era después de los relativos á los hijos legítimos.

Pero puede muy bien suceder que una mujer se pretenda madre de un hijo ilegítimo en perjuicio de los verdaderos padres.

1 Cód. ch., art. 239.
2 Cód. ch., art. 249.
3 Cód. ch., art. 270.
4 Cód. ch., art. 275.
5 Cód. ch., Tit. XV.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Art. 428[1]. Hubiera sido más sencillo llamar *tutores* á todos los guardadores que cuidan de la persona y los intereses en general, y *curadores* á los que solamente cuidan de los bienes; pero no he querido alejarme del uso corriente.

Art. 445[2]. § 1 Inst., *de curat.* (J. 1. 23); arg., l. 6, et l. 2, § 1, *De confirm. tut.* (D. 26. 3); l. 13, t. 16, p. 6ª cum glosa 5 Greg.

Art 463[3]. Esto no es práctica en Chile, pero debe serlo. ¿Qué seguridad pudiera haber de otro modo, de que no ejerza la guarda un incapaz? Las tutelas y curadurias son cargos públicos. Tapia, *Febrero Novísimo,* libro I, título 4, capítulo 1, número 5; Goyena, *Febrero Novísimo*, libro I, título 9. Puede verse en ambos cuál es la práctica de España.

Art. 465[4]. Gutiérrez, *De tutelis,* Pars I, capítulo 12, número 24.

Art. 466[5]. Gutiérrez, *De tutelis,* Pars I, capítulo 12, número 31.

Art. 483[6]. « Muebles preciosos serían verbigracia, una biblioteca, cuadros, estatuas, memorias de los antepasados del pupilo, ú otros objetos semejantes ».

1 Cód. ch., art. 338.
2 Cód. ch., art. 355.
3 Cód. ch., art. 373.
4 Cód. ch., art. 375.
5 Cód. ch., art. 376.
6 Cód. ch., art. 393.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO COLOMBIANO.

Números. Páginas.

1. División histórica del Derecho colombiano..... 1

§ 1.º *Primer período. — Derecho español.*

2. Compilaciones de leyes españolas que fueron de principal aplicación en Colombia..... 1
3. *Las Siete Partidas*..... 1
4. *La Nueva Recopilación*..... 2
5. *La Novísima Recopilación*..... 2
6. *La Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*..... 2

§ 2.º *Segundo período. — Derecho nacional.*

7. Vigencia del Derecho español después de la Independencia..... 2
8. Consecuencias de la Constitución federal de 1858, en lo tocante al derecho civil y penal..... 3

§ 3.º *Tercer período. — Los Códigos.*

N. 1.º *El Codigo Civil.*

9. Formación del Código Civil chileno..... 4
10. Adopción del Código Civil de Chile por varios de los extinguidos Estados Soberanos de Colombia..... 5
11. El *Código Civil de la Unión*..... 5
12. Unificación de la legislación nacional. Adopción de Códigos..... 5
13. Diferencias entre el Código Civil chileno y el colombiano..... 7
14. Enumeración de las leyes que han modificado el Código Civil colombiano..... 7
15. Abolición de las leyes españolas..... 9

N. 2.º *Los demás Códigos.*

16. Los *Códigos de Comercio* (terrestre y marítimo)..... 9
17. El *Código Penal*..... 9

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

18. El *Código Judicial. — Código de Organización Judicial*..... 10
19. El *Código Fiscal*..... 10
20. El *Código Militar*..... 11
21. El *Código de Minas*..... 11
22. El *Código Político y Municipal*..... 11
23. Los *Códigos de Policía*..... 11

CAPÍTULO PRELIMINAR

EL DERECHO Y SUS DIVISIONES.

24. No hay sociedad humana sin Derecho..... 12
25. El Derecho y la Moral..... 13
26. El *Derecho escrito* ó *promulgado* y el *Derecho no escrito* ó *consuetudinario*..... 14
27. El *Derecho Constitucional*..... 15
28. El *Derecho Administrativo*..... 15
29. ¿Qué comprende el *Derecho Público?*..... 15
30. El *Derecho Penal*..... 16
31. El *Derecho Nacional*..... 16
32. El *Derecho Internacional Privado*..... 16
33. El *Derecho Internacional Público*..... 16
34. El *Derecho Civil* y el *Derecho de Gentes*..... 17
35. El *Derecho Positivo*..... 17
36. El *Derecho Natural*..... 18
37. El *Derecho Mercantil*..... 19
38. El *Procedimiento Civil*..... 19
39. El Derecho sustantivo privado ordinario : *Código Civil*..... 19
40. División del Código Civil colombiano. Incorporación en él del Título III de la Constitución..... 19

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

TÍTULO PRELIMINAR

CAPÍTULO I.º

OBJETO Y FUERZA DE ESTE CÓDIGO.

41. Materias que comprende el Código Civil..... 21
42. Inutilidad del artículo 2.º..... 21
43. Inutilidad del artículo 3.º..... 22

Números. Páginas.

CAPÍTULO II.º

DE LA LEY.

44. Definición de la Ley..... 22
45. La sanción legal..... 23
46. Diferencia entre la sanción constitucional y la sanción legal..... 24
47. La costumbre como fuente de Derecho..... 24
48. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa..... 26
49. Orden de preferencia de los preceptos constitucionales ó legales en caso de incompatibilidad..... 26

CAPÍTULO III.º

EFECTOS DE LA LEY.

Sección I. — Formación de las leyes.

50. Requisitos para la expedición de las leyes..... 27
51. *Promulgación* y *publicación* de las leyes..... 28
52. Sanción del Gobierno..... 28
53. Sistemas empleados para poner en vigor una ley promulgada. Sistema de la legislación colombiana..... 29
54. Caso en que el Poder Ejecutivo tiene excepcionalmente facultad para expedir decretos de carácter legislativo..... 31
55. De la potestad reglamentaria..... 31

Sección II. — Aplicación de las leyes.

56. El *Poder Judicial*..... 31
57. Obligación para el juez de fallar en todo caso..... 31
58. Las sentencias no tienen sino fuerza relativa y no general y reglamentaria..... 32
59. Doctrina legal más probable y doctrina probable..... 33

Sección III. — De los efectos de la ley en cuanto al tiempo en que se aplica.

§ 1.º *Del principio de que la ley no produce efectos sino para lo futuro.*

60. Es principio constitucional que los derechos adquiridos no pueden ser vulnerados por leyes posteriores..... 35
61. Leyes inconstitucionales..... 36
62. Excepción á la regla de la no retroactividad respecto de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública..... 37
63. Efectos de las leyes interpretativas. No dan lugar á aplicación de los principios sobre efectos retroactivos..... 39

§ 2.º *Distinción entre los derechos adquiridos y las meras expectativas.*

64. ¿Qué debe entenderse por *derecho adquirido?*..... 39

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

§ 3.º *Aplicaciones.*

65. 1.ª) *Leyes penales.* — La Ley penal no tiene efecto retroactivo sino cuando es favorable..... 41
66. 2.ª) *Leyes políticas.* — No constituyen derechos adquiridos los derechos políticos, sino sólo los resultados obtenidos con su ejercicio... 42
67. 3.ª) *Leyes relativas al estado civil.* — ¿En qué sentido constituye el estado civil un derecho adquirido? Aplicaciones..... 42
68. 4.ª) *Leyes relativas á la capacidad y á la protección de los incapaces.* — La capacidad no constituye derecho adquirido. Consecuencias..... 44
69. 5.ª) *Leyes relativas á los derechos reales y á la posesión.* — ¿Cómo debe entenderse la regla de que á las leyes nuevas queda sujeta la extinción de los derechos reales? Prescripción. Servidumbres..... 45
70. 6.ª) *Leyes relativas á derechos condicionales.* — Un derecho condicional es un derecho adquirido. Carácter del derecho del fideicomisario..... 47
71. 7.ª) *Leyes relativas á las sucesiones, testamentos* y *donaciones.* — 1º Capacidad para disponer, y para recibir en materia de sucesión, donación, legado. Explicación del artículo 25 de la Ley 153 de 1887. 2º Testamento, condiciones extrínsecas y condiciones intrínsecas. 48
72. 8.ª) *Leyes relativas á los contratos y á sus efectos.* — Se aplica la ley vigente en la época de la celebración del contrato. Excepciones indicadas por la Ley 153 de 1887..... 51
73. 9.ª) *Leyes relativas á la forma de los actos.* — Regla *tempus regit actum*..... 53
74. 10.ª) *Leyes relativas á la prueba de los actos.* — Se aplica la ley del tiempo de la celebración..... 53
75. 11ª) *Leyes procedimentales.* — No hay derecho adquirido sino respecto de los términos que hubieren principiado á correr y respecto de las actuaciones y diligencias ya iniciadas..... 54

Sección IV. — De la influencia de la voluntad de los particulares sobre los efectos de la ley.

76. En principio, los derechos civiles pueden renunciarse..... 54
77. Derechos que no pueden renunciarse..... 55
78. Derechos que el Código permite expresamente renunciar..... 56
79. Las disposiciones de orden público no pueden derogarse por convenios particulares..... 57
80. Noción del *orden público*..... 58
81. Toca á los tribunales decidir en cada caso particular si determinada disposición es ó no de orden público..... 58
82. Sanción de la regla que prohibe contrariar las disposiciones de orden público..... 59
83. *Orden público interno* y *orden público internacional*..... 59

Sección V. — Efectos de la ley en cuanto á las personas á quienes se aplica y en cuanto al territorio en que rige.

84. Facultad privativa de cada Estado para determinar qué leyes han de aplicarse en su territorio. Necesidad de la aplicación de leyes extranjeras. División..... 59

Números. Páginas.

§ 1.º *Estatuto personal.*

85. La ley colombiana admite el principio de la territorialidad de las leyes; aplicación al estado civil..... 60
86. Crítica de este principio. Dificultades á que da lugar en la práctica. Discusión de los motivos que se alegan para sostenerlo..... 61
87. Los colombianos en el extranjero quedan sometidos á su estatuto personal..... 64
88. Aplicación de este principio á las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia..... 65

§ 2.º *Estatuto real.*

89. Los bienes situados en Colombia se rigen por la ley local. Las disposiciones sobre la propiedad raíz son de orden público..... 66
90. Principales aplicaciones..... 67

§ 3.º *Leyes relativas á los contratos.*

91. Tendencia á la unificación de legislaciones en materia de contratos.. 69
92. Principio de la autonomía de la voluntad..... 69
93. Distinciones necesarias para determinar la ley aplicable á los contratos: 1º) *Capacidad*..... 70
94. 2.º) *Forma.* Remisión..... 70
95. 3.º) *Naturaleza* de los contratos y de las obligaciones contraidas.... 70
96. 4.º) *Efectos* de los contratos. Distinción. A. *Contratos relativos á bienes situados en Colombia.* B. *Contratos que no tienen por objeto bienes situados en Colombia*..... 71
97. *Los demás contratos*..... 72
98. 5.º) *Ejecución*..... 73
99. Ningún contrato puede surtir efectos en Colombia en lo que sea contrario al orden público. Ejemplos..... 74
100. Determinación del lugar de la celebración de ciertos contratos: contratos por correspondencia..... 75
101. Contratos celebrados por corredores de comercio y contratos celebrados por mandatarios..... 75
102. Contratos sujetos á ratificación..... 76

§ 4.º *Leyes relativas á la forma de los actos jurídicos.*

103. Distinción de los elementos intrínsecos y de los extrínsecos en los contratos..... 76
104. De la regla *locus regit actum*..... 76
105. Motivos en que se funda..... 76
106. ¿Se ha admitido en Colombia?..... 77
107. La regla se aplica así á los actos jurídicos como á los instrumentos tanto públicos como privados..... 77
108. 1.º) Aplicación á los actos jurídicos..... 78
109. 2.º) Aplicación á los instrumentos públicos..... 78
110. Distinción entre la *forma* y la autenticidad de los instrumentos públicos..... 78
111. 3.º) Aplicación de la regla *locus regit actum* á los instrumentos privados..... 79
112. Documentos que no están escritos en lengua castellana..... 79

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

113. Valor de las escrituras privadas otorgadas en país extranjero, cuando la ley colombiana exige instrumento público..... 79
114. Distinción según que el acto esté ó no destinado desde su origen á surtir efectos en Colombia..... 80
115. Aplicaciones..... 81
116. ¿Es obligatoria la regla *locus regit actum?*..... 81
117. Competencia de los Agentes diplomáticos y consulares de Colombia para autorizar actos de colombianos en país extranjero. Valor de los actos del estado civil de extranjeros autorizados en Colombia por los respectivos ministros diplomáticos ó por los cónsules..... 82
118. Contratos celebrados en territorio de los Estados Soberanos en tiempo de la Federación..... 83

§ 5.º *Apéndice. — Prueba de la ley extranjera.*

119. Quien invoca una ley extranjera, debe dar á conocer su texto. Disposición del Código Judicial sobre el particular acerca de la nulidad del matrimonio y del divorcio..... 83
120. Principales decisiones del Congreso Sudamericano de Montevideo sobre Derecho civil internacional..... 85

CAPÍTULO IV.º

INTERPRETACIÓN DE LA LEY.

121. Necesidad de la interpretación..... 86
122. Distintas clases de interpretación..... 86

§ 1.º *Interpretación legislativa.*

123. Es la única que tiene fuerza de ley..... 86

§ 2.º *Interpretación judicial.*

124. ¿De quién emana? Su fuerza. Distinción entre la interpretación judicial y la doctrinal..... 86

§ 3.º *Interpretación doctrinal.*

125. Crítica de la definición legal. Valor de la interpretación doctrinal... 87

§ 4.º *Reglas de interpretación.*

126. Necesidad de estas reglas. Casos en que la interpretación es precisa. 88
127. Inconveniencia que hay en incorporar en los Códigos las reglas de interpretación..... 88
128. Reglas fundamentales aplicables : 1.ª) para la *determinación del sentido de la ley*. Regla primordial : atenerse al texto cuando sea claro. 89
129. Cuando el texto no es claro, puédese : 1.º interpretarlo por otras disposiciones de la misma materia ó de materia análoga..... 90

Números. Páginas.

130. 2.º) Consultar los trabajos preparatorios de la ley..... 90
131. 3.º) Estudiar las fuentes..... 91
132. 4.º) Buscar los motivos y el fin de la ley..... 91
133. 5.º) Examinar las consecuencias de la ley..... 91
134. 2.ª *Determinación del alcance de las leyes.* — En principio se aplican las mismas reglas de interpretación. Interpretación extensiva..... 92
135. Regla *cessante ratione legis, cessat lex.*..... 92
136. Lo favorable ú odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta para ampliar ó restringir su interpretación..... 92
137. Á falta de otra norma se tienen en cuenta el espíritu general de la legislación y la equidad..... 93
138. Principios formulados en la Ley 153 de 1887..... 93
139. Las reglas de interpretación de los contratos, que son ley de las partes, pueden servir también para la interpretación de los textos legales. 93

CAPÍTULO V.º

DEFINICIÓN DE VARIAS PALABRAS DE USO FRECUENTE EN LAS LEYES.

140. Reproducción de los artículos 33 á 70 del Código con las modificaciones que se les hicieron por leyes posteriores..... 94

CAPÍTULO VI.º

DEROGACIÓN DE LAS LEYES.

141. Una ley no puede ser derogada sino por otra ley..... 101
142. Derogación expresa y derogación tácita..... 102
143. Efectos de la derogación tácita..... 102
144. Derogación que consiste en estar reglamentada íntegramente una materia por nueva ley..... 102
145. ¿Puede revivir una ley derogada?..... 103

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS.

TÍTULO I.º

De las personas en cuanto á su nacionalidad y domicilio.

CAPÍTULO I.º

DIVISIÓN DE LAS PERSONAS.

146. ¿Qué es persona?..... 104
147. Crítica de la rúbrica del Título 1.º..... 104

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

148. División de las personas en naturales y jurídicas..... 104
149. Todos los hombres son, hoy, personas..... 105
150. División de las personas en domiciliadas y transeúntes. Crítica de esta disposición y del orden que observa el Código en el Libro Primero. 106

CAPÍTULOS II.º y III.º

DEL DOMICILIO EN CUANTO DEPENDE DE LA RESIDENCIA Y DEL ÁNIMO DE PERMANECER EN ELLA. — DEL DOMICILIO EN CUANTO DEPENDE DE LA CONDICIÓN Ó ESTADO CIVIL DE LA PERSONA.

Generalidades. — Noción del domicilio. — Distintas clases de domicilio.

151. ¿Qué se entiende por *domicilio?*..... 107
152. *Domicilio, residencia* y *habitación*..... 107
153. Importancia del domicilio en cuanto al ejercicio de los derechos políticos..... 108
154. Domicilio *civil* y domicilio *político*..... 108
155. El domicilio en lo tocante al régimen departamental, provincial ó municipal..... 108
156. Importancia de la determinación del domicilio para los efectos civiles. 109
157. Distintas clases de domicilio civil : domicilio *general* y domicilio *especial*..... 109

§ 1.º *Del domicilio general.*

158. Noción del domicilio general..... 110
159. Determinación del domicilio general. Domicilio *de origen.* Domicilios determinados por el estado civil ó la condición social..... 110
160. El pupilo tiene el domicilio del guardador..... 110
161. La mujer casada sigue el domicilio del marido..... 110
162. El criado ó dependiente tiene el domicilio del dueño de la casa si reside en ella..... 111
163. Domicilio determinado por la residencia y el ánimo de permanecer en ella..... 111
164. ¿Cómo se conoce el ánimo de permanecer en un lugar determinado?. 111
165. ¿Puede una persona tener varios domicilios?..... 112
166. Circunstancias que permiten y circunstancias que no permiten atribuir á la residencia el carácter de domicilio..... 113
167. Circunstancias que no hacen perder el domicilio..... 113
168. Adquisición del domicilio por manifestación expresa del ánimo de avencidarse..... 114
169. Caso en que la mera residencia hace las veces del domicilio civil.... 114

§ 2.º *Del domicilio especial.*

170. Noción del domicilio *especial* ó *de elección*..... 115
171. ¿La elección del domicilio, tiene forzosamente que recaer en una casa? 115
172. Diferencias entre el domicilio general y el especial..... 115

Apéndice. — Del domicilio de las personas jurídicas.

173. Noción del domicilio de las personas jurídicas. Regla general para determinarlo ¿Pueden tener varios? Crítica de la regla que somete el domicilio de las personas jurídicas á lo que decidan los estatutos..... 116

Números. Páginas.

TÍTULO II.º

Del principio y fin de la existencia de las personas.

CAPÍTULO I.º

DEL PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS.

174. ¿Cuándo empieza el hombre á existir legalmente? En principio, desde el nacimiento..... 119
175. Caso en que el niño concebido se considera como nacido..... 120
176. Providencias para proteger la existencia del que está por nacer..... 121
177. Cómo de la época del nacimiento se colige la de la concepción. Remisión..... 121

CAPÍTULO II.º

DEL FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS.

178. La personalidad legal desaparece con la muerte. Muerte natural y muerte civil..... 121
179. Teoría de los *commorientes*..... 122

CAPÍTULO III.º

DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO.

180. Noción de la ausencia en el sentido jurídico. Necesidad de reglamentar esta situación..... 124
181. Idea general del sistema del Código. División..... 125

Sección I. — Período anterior á la posesión provisional.

182. División..... 125

§ 1.º *De la administración de los bienes del desaparecido hasta el decreto de posesión provisional.*

183. Del caso en que el ausente tenga representante legal ó voluntario.... 125
184. ¿Qué debe hacerse si no los tiene? Remisión..... 126

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

§ 2.º *De la sentencia de presunción de muerte y de sus efectos.*

185. ¿Cuándo puede pedirse la declaración de presunción de muerte?..... 126
186. ¿Quién puede provocar esta declaración?..... 127
187. ¿Cuál es el juez competente?..... 127
188. ¿Á quién debe oírse? Intervención de los interesados..... 127
189. Publicidad que debe darse á las sentencias..... 128
190. Determinación del día de la muerte presunta..... 128
191. Condiciones requeridas para que se pueda declarar la muerte presunta..... 129
192. Regla especial al desaparecimiento en guerra, naufragio, etc..... 129
193. Efectos de la sentencia que determina la fecha de la muerte presunta; no produce efectos inmediatos..... 129
194. Efectos que produce para lo futuro. 1.º) Efectos de la sentencia misma. 130
195. 2.º) Efectos de la fijación del día presuntivo de la muerte..... 131

Sección II. — Período de la posesión provisional.

196. ¿Cuándo se concede la posesión provisional? División..... 132

§ 1.º *¿Quién tiene derecho á la posesión provisional?*

197. Los herederos presuntivos. ¿Qué se entiende por tales? *¿Quid* de los legatarios? Entre los herederos figura el cónyuge..... 133

§ 2.º *Efectos de la posesión provisional.*

198. Obligaciones, poderes y derechos de los poseedores provisionales.... 135

Sección III. — Período de la posesión definitiva.

199. División..... 136

§ 1.º *¿Cuándo puede decretarse la posesión definitiva?*

200. Regla general : cuatro años después de la provisional..... 136
201. Excepciones : en tres casos puede decretarse la posesión definitiva sin que preceda la provisional..... 137

§ 2.º *Efectos del decreto de posesión definitiva.*

202. Los efectos son los que se deducen lógicamente de la presunción de muerte. Se abre la sucesión..... 138

§ 3.º *¿Á quién se concede la posesión definitiva?*

203. Á todos los que tienen derechos subordinados á la muerte del desaparecido. Crítica de las soluciones del Código..... 139

Números. Páginas.

204. Comparación entre el sistema del Código colombiano y el del Código francés..... 141

Seoción IV. — Efectos de la reaparición del desaparecido ó de la noticia de su muerte.

205. 1.º) *Reaparición en el primer período*..... 141
206. 2.º) *Reaparición en el segundo período*..... 142
207. 3.º) *Reaparición en el tercer período*..... 142
208. El desaparecido puede pedir, en cualquier tiempo, la rescisión del decreto de posesión definitiva. Prescripción del derecho de los demás interesados..... 143
209. La rescisión no aprovecha sino á los que la obtuvieren y no perjudica á terceros..... 144
210. Los poseedores definitivos se consideran para las restituciones como poseedores de buena fe, á menos de prueba contraria..... 144

Apéndice. — Efectos del desaparecimiento en cuanto á los derechos de familia.

211. División..... 145
212. 1.º) *Efectos del desaparecimiento en cuanto al matrimonio.* — La muerte presunta no equivale, en lo que respecta al matrimonio, á muerte real..... 145
213. *¿Quid* si el cónyuge del desaparecido ha contraído nuevas nupcias? No se puede pedir la nulidad del segundo matrimonio sin probar que subsistía el anterior. Pero probando que el desaparecido ha muerto posteriormente á la celebración del matrimonio subsiguiente sí deberá declararse éste nulo..... 146
214. Inconvenientes de esta última solución..... 146
215. En materia de matrimonio católico, á la Iglesia corresponde resolver la dificultad..... 147
216. 2.º) *Efectos del desaparecimiento en cuanto á los hijos menores*... 147

TÍTULO III.º

De los esponsales.

217. Sólo trata el Código de los esponsales para decir que no valen en derecho civil. Crítica de la división de la materia del matrimonio.. 147

Sección I. — Nociones generales sobre la familia y los parentescos.

218. Definición de la familia y enumeración de los parentescos..... 148

§ 1.º *Parentescos de consanguinidad.*

219. ¿Qué se entiende por parentesco de consanguinidad?..... 148
220. *Línea recta* y *línea colateral. Línea paterna* y *línea materna. Línea ascendiente* y *línea descendiente*..... 149

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

221. *Grados* de parentesco..... 149
222. *Parentesco legítimo, parentesco ilegítimo* y *parentesco civil.* Crítica de una expresión empleada en los artículos 38 y 39..... 150

§ 2.º *Afinidad.*

223. Definición..... 151
224. *Afinidad legítima* y *afinidad ilegítima*..... 151
225. La familia..... 151

Sección II. — Esponsales.

226. ¿Qué son los esponsales y qué efectos producen?..... 153
227. Motivos que justifican la regla de que los esponsales no tienen valor jurídico..... 153
228. El no cumplimiento de la promesa de matrimonio no da lugar en ningún caso á indemnización de perjuicios..... 154
229. Ni al pago de la multa estipulada para el caso..... 154
230. Las donaciones hechas bajo la condición de matrimonio no efectuado, si deben restituirse..... 154
231. La multa pagada no puede repetirse. Motivo de esta disposición.... 154

TÍTULO IV.º

Del matrimonio.

232. Definición del matrimonio como contrato..... 155
233. Al contrato de matrimonio no son aplicables las reglas generales que rigen los contratos ordinarios. Consecuencias..... 156
234. Objeto del contrato de matrimonio. ¿Son esenciales todos los fines indicados por el Código? División..... 157

CAPÍTULO I.º

ELEMENTOS INTRÍNSECOS DEL MATRIMONIO.

235. Enumeración de las condiciones principales requeridas para el matrimonio..... 158

§ 1.º *Diferencia de sexo en los contrayentes.*

236. Esta condición es evidente..... 158

Números. Páginas.

§ 2.º *Consentimiento de los contrayentes.*

237. El consentimiento es esencial en todo contrato..... 158
238. Consecuencia de la falta de consentimiento. Explicación del texto según el cual se presume falta de consentimiento en los furiosos locos y mentecatos..... 159

§ 3.º *Edad de los contrayentes.*

239. Principio general. La edad de 14 años para los hombres y 12 para las mujeres es insuficiente..... 161

§ 4.º *Consentimiento de ciertas personas.*

240. Mayor edad para contraer matrimonio..... 162
241. Necesidad del permiso de los padres y demás ascendientes para los menores. ¿*Quid* si hay desacuerdo entre los abuelos?..... 163
242. ¿Cuándo se entiende que faltan los padres?..... 164
243. A falta de los padres, ¿quién autoriza el matrimonio?..... 164
244. Necesidad para el curador de indicar la causa por la cual niega su consentimiento..... 164
245. Motivos que justifican el disentimiento del curador..... 164
246. La falta de permiso constituye impedimento meramente prohibitivo... 165
247. Otra sanción..... 165
248. ¿Es aplicable la sanción si se ha contraído matrimonio católico?..... 166

CAPÍTULO II.º

FORMALIDADES EXTERNAS DEL MATRIMONIO.

249. División..... 167

§ 1.º *Formalidades anteriores á la celebración del matrimonio.*

250. 1.ª Justificaciones previas sobre las cualidades necesarias en los contrayentes. Diligencias que deben hacer las partes y el juez..... 167
251. Declaración de los testigos..... 168
252. ¿Quiénes no pueden ser testigos?..... 168
253. Crítica del sistema de información por testimonios..... 169
254. 2.ª *Publicidad.* — Fijación de un edicto en la puerta del juzgado.... 169
255. Publicación hecha por el juez del distrito del varón..... 170
256. Señalamiento de día y hora para la celebración del matrimonio..... 170

§ 2.º *Formalidades para la celebración del matrimonio.*

257. ¿Dónde se celebra el matrimonio?..... 170
258. ¿Cómo se celebra?..... 171
259. ¿Cómo deben las partes expresar su consentimiento?..... 171
260. Matrimonio *in extremis*..... 171

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

CAPÍTULO III.º

DE LAS OPOSICIONES AL MATRIMONIO.

261. ¿Qué se entiende por oposición al matrimonio? ¿Cómo procede el juez en caso de oposición?..... 173
262. Recursos contra las decisiones del juez en esta materia. Observaciones sobre el sistema adoptado por el Código en materia de oposiciones..... 173

CAPÍTULO IV.º

DEL ACTA DE MATRIMONIO.

263. ¿Quién debe firmar el acta de matrimonio?..... 174
264. Contenido y protocolización del acta..... 174

CAPÍTULO V.º

DE LOS MATRIMONIOS POR APODERADO.

265. Sistema de la Ley 57 de 1887..... 175
266. Ventajas é inconvenientes de este sistema..... 176
267. Crítica del principio mismo del matrimonio por apoderado..... 176

Apéndice. — De la regla de que el matrimonio católico produce efectos civiles. Disposiciones transitorias..

268. Reseña histórica del matrimonio religioso en Colombia, en cuanto á su valor ante la ley civil..... 177

§ 1.º *Disposiciones que confieren al matrimonio católico efectos civiles.*

269. El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 sólo se refiere á los matrimonios posteriores..... 178
270. Disposición del Concordato..... 178
271. Disolución del matrimonio civil por el católico..... 179

§ 2.º *Disposiciones transitorias.*

272. Efecto retroactivo de la regla que da al matrimonio católico valor civil..... 180
273. De la regla de que el matrimonio puede, por ley posterior, declararse celebrado desde época pretérita..... 181
274. Los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo producen efectos civiles, en cuanto no se afecten derechos adquiridos..... 181

Números. Páginas.

275. ¿Cuáles son los derechos adquiridos que deben respetarse?..... 181
276. Aplicaciones. El estado de casado que tenía el otro cónyuge civil se pierde, aunque constituye derecho adquirido..... 182
277. Todos los derechos adquiridos en virtud de contratos celebrados con la mujer, subsisten..... 183
278. Los contratos celebrados por los cónyuges católicos entre sí en cualquier tiempo quedan sometidos á las reglas que rigen los actos jurídicos ejecutados entre cónyuges..... 183
279. Situación de los hijos habidos de matrimonio católico antes de las nuevas leyes..... 183
280. Efectos del matrimonio civil, disuelto en virtud de las nuevas leyes, hasta la promulgación de estas..... 184
281. Ejemplo de restricción á los efectos civiles del matrimonio católico en lo pasado..... 184

TÍTULO V.º

De la nulidad del matrimonio y sus efectos.

282. División..... 184

Sección I. — Teoría de los impedimentos para el matrimonio.

283. Carácter del impedimento que resulta de la falta de alguna de las cuatro condiciones estudiadas anteriormente..... 184

§ 1.º *Impedimentos prohibitivos.*

284. Matrimonio entre pupilo ó pupila y tutor ó curador y sus descendientes..... 185
285. ¿Subsiste el artículo 141? Enumeración de los impedimentos prohibitivos..... 186

§ 2.º *Impedimentos dirimentes.*

286. Enumeración de los impedimentos dirimentes..... 187
287. A. *Impedimentos que resultan de los parentescos*..... 188
288. 1.º *Consanguinidad.* — Sólo se prohibe el matrimonio en línea recta y entre hermanos. Crítica..... 188
289. 2.º *Afinidad.* — Disposición del Código. Reforma. Es insuficiente... 188
290. 3.º *Adopción.* — La enumeración del Código es también incompleta. 190
291. B. *Impedimento que resulta de la existencia de un matrimonio anterior.* — La monogamia es de orden público..... 190

Sección II. — Teoría de las nulidades del matrimonio.

292. Inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa..... 190
293. ¿Hay interés práctico en distinguir la inexistencia y la nulidad absoluta?.. 192

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

§ 1.º *De la nulidad relativa.*

294. Enumeración de las nulidades relativas..... 193
295. Crítica de la fórmula del artículo 140..... 193
296. *Primer caso.* — Error acerca de la persona..... 194
297. Error acerca de las cualidades de la persona..... 194
298. ¿Quién puede pedir la nulidad por error acerca de la persona?..... 195
299. *Segundo caso.* — Falta de edad..... 195
300. ¿Quién puede pedir la nulidad y cómo se sanea?..... 196
301. *Tercer caso.* — Falta de consentimiento..... 196
302. ¿Quién puede invocar la nulidad? Crítica del Código en cuanto no da á la nulidad en tal caso sino el carácter de relativa..... 196
303. Conciliación de los artículos 143 y 144 del Código Civil con el 1410 del Código Judicial..... 197
304. *Cuarto caso.* — Falta de competencia del juez ó de los testigos..... 198
305. ¿Cómo puede, en este caso, sanearse la nulidad?..... 198
306. Causales únicas de la nulidad : incompetencia del juez, falta ó inhabilidad de los testigos..... 198
307. Elementos esenciales de la celebración : presencia de las partes, manifestación de su consentimiento, redacción del acta..... 199
308. Ninguna formalidad fuera de las anteriores se exige so pena de nulidad..... 200
309. *Quinto caso.* — Violencia..... 200
310. Cómo se sanea la nulidad que resulta de violencia..... 201
311. Caso especial de violencia : rapto..... 202
312. ¿Quién puede pedir la nulidad?..... 202
312 *bis.* ¿Es nulo el matrimonio civil contraido en Colombia por un católico?..... 202

§ 2.º *De las nulidades absolutas.*

313. Noción de la nulidad absoluta..... 203
314. Artículo 15 de la Ley 57 de 1887..... 203
315. *Primer caso.* — Matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice. 203
316. *Segundo caso.* — Matrimonio del cónyuge que ha matado ó hecho matar á su consorte..... 204
316 *bis. Tercer caso.* — Incesto..... 204
317. *Cuarta caso.* — Bigamia..... 205
318. La enumeración de los casos de nulidad es limitativa. Art. 16 de la Ley 57 de 1887..... 205
319. Disposiciones de derecho internacional privado relativas á la nulidad del matrimonio..... 205

§ 3.º *De los efectos de la declaración de nulidad y de los matrimonios putativos.*

320. El matrimonio declarado nulo deja de producir efectos para lo futuro. El contrayente de mala fe debe indemnización al de buena fe, que tiene derecho de estimar los perjuicios bajo juramento. Crítica de ese sistema..... 207
321. Los efectos producidos antes de la declaración se anulan retroactivamente..... 208
322. Se considera que no hubo sociedad conyugal. ¿Cómo se liquidará la comunidad de bienes?..... 208

Números. Páginas.

323. Crítica de una disposición del artículo 151..... 209
324. Del matrimonio putativo. Sus efectos entre padres é hijos..... 210
325. Efectos del matrimonio putativo entre cónyuges. ¿Basta un error de derecho para que haya buena fe?..... 212
326. ¿Quién conoce de las nulidades relativas al matrimonio religioso?.... 213

TÍTULO VI.º

De la disolución del matrimonio.

327. El matrimonio no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges..... 214

TÍTULO VII.º

Del divorcio, sus causas y efectos.

328. División..... 214

CAPÍTULO I.º

DEL DIVORCIO Y SUS CAUSAS.

329. El divorcio romano y el divorcio canónico. Este último es el que admite la legislación colombiana. Definición. El divorcio tiene que decretarse judicialmente en virtud de causa legal determinada... 215
330. Causas de divorcio..... 216
331. De la suspensión de la obligación de cohabitar..... 216
332. Utilidad de la disposición del inciso 2º del artículo 178..... 217

CAPÍTULO II.º

DEMANDA DE DIVORCIO.

333. División del capítulo. Dos cuestiones : 1.ª) *Introducción de la demanda de divorcio*..... 218
334. ¿Quién puede pedir el divorcio?..... 218
335. ¿Quiénes son partes en el juicio?..... 219
336. La autoridad eclesiástica es la única competente, en materia de divorcio, relativamente al matrimonio católico..... 219
337. Ley aplicable al divorcio..... 220
338. 2.ª) *Efectos provisionales de la demanda de divorcio.* — Providencias que se toman durante la litis..... 221
339. Administración de los bienes comunes durante el juicio..... 221

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

CAPÍTULO III.º

EFECTOS DEL DIVORCIO.

340. El efecto esencial del divorcio es la suspensión de la vida común.... 222
341. ¿En qué medida subsiste la obligación alimentaria?..... 223
342. El divorcio acarrea separación de bienes..... 223
343. Caso en que la mujer pierde su derecho á los gananciales y el usufructo de sus propios bienes..... 223
344. Poderes de administración de la mujer después del divorcio..... 224
345. El divorcio es causa de revocación de las donaciones hechas por el cónyuge inocente al culpable..... 226
346. Efectos del divorcio respecto de los hijos habidos en el matrimonio. ¿En poder de quién quedan?..... 226
347. Los hijos conservan, respecto de sus padres, los mismos derechos y las mismas obligaciones que antes del divorcio..... 227

CAPÍTULO IV.º

DE LA RECONCILIACIÓN Y DE SUS EFECTOS.

348. Dos casos: 1.º) *Reconciliación durante el juicio de divorcio.* — Pone fin á los efectos provisionales de la demanda de divorcio..... 228
349. ¿Puede haber nueva demanda fundada en las mismas causales?..... 228
350. 2º *caso.* — *Reconciliación después de la sentencia.* — La reconciliación deja sin efectos ulteriores la sentencia pronunciada. Debe informarse de la reconciliación al juez de la primera instancia..... 229
351. Restablecimiento de la sociedad conyugal..... 230
352. No puede establecerse nueva demanda de divorcio fundada en los hechos que servieron de base á la primera..... 231

TÍTULO VIII.º

De las segundas nupcias.

353. División..... 231
354. 1er *caso.* — Refiérese al padre que contrae nuevas nupcias. Debe hacer inventario solemne de los bienes de sus hijos, para lo cual se dará á estos un curador especial..... 231
355. Debe nombrarse curador aun cuando los hijos no tengan bienes propios..... 231
356. Sanción de la falta de nombramiento de curador..... 232
357. Sanción de la falta de inventario..... 232
358. 2º *caso.* — Refiérese á la madre que contrae nuevas nupcias. No puede hacerlo antes de doscientos setenta días. ¿Cómo se justifica esta regla?..... 233
359. La disposición constituye un impedimento prohibitivo..... 234
360. Otra sanción (la del art. 599)..... 235

Números. Páginas.

TÍTULO IX.º

Obligaciones y derechos entre los cónyuges.

361. División..... 236

CAPÍTULO I.º

OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

362. Del contrato de matrimonio nacen obligaciones y derechos recíprocos entre los cónyuges..... 236
363. Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad, socorro y ayuda.... 237
364. El marido debe protección á la mujer, y la mujer obediencia al marido. El deber de protección es mutuo..... 237
365. Del deber de obediencia. Potestad marital..... 238
366. Obligación de la mujer de vivir con el marido, y del marido de recibir en su casa á su mujer..... 238
367. Sanción del deber de cohabitación..... 239
368. Caso en que cesa el derecho del marido de obligar á su mujer á la vida común..... 240
369. Sociedad de bienes. Remisión..... 240
370. Disposición de derecho internacional privado en cuanto á la sociedad de bienes..... 241

CAPÍTULO II.º

INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA.

371. Noción general y división de la materia..... 241

§ 1.º *Fundamento de la incapacidad de la mujer casada.*

372. La incapacidad de la mujer casada tiene por motivo la autoridad del marido sobre las personas y los bienes de la familia..... 242
373. La sola idea de unidad en la administración de los bienes comunes es insuficiente para justificar la incapacidad de la mujer tal como el Código la establece..... 243

§ 2.º *Actos para los cuales la mujer casada necesita autorización.*

374. ¿Para qué actos necesita la mujer casada autorización de su marido? 245
375. ¿Puede la mujer obligarse por cuasi-contrato, delito ó cuasi-delito? 246
376. Actos que la mujer puede ejecutar por sí sola..... 246
377. La mujer puede disponer libremente de sus bienes por testamento... 247
378. Incapacidad de la mujer para litigar..... 247
379. Excepciones..... 248
380. ¿Puede la mujer defenderse sin autorización del marido en una acción de indemnización por perjuicios causados por un hecho delictuoso? 248

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

381. ¿*Quid* de los litigios entre el marido y la mujer?... 248
382. El marido debe suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus litigios... 249
383. Sanción de la necesidad de la autorización del marido á la mujer para que ésta pueda litigar... 249
384. Sanción en cuanto á los actos jurídicos que ejecute sin la debida autorización. ¿Quién puede invocar la nulidad?... 250
385. Ratificación de los actos ejecutados por la mujer sin autorización... 251
386. Distinción de los actos que ejecute la mujer por su propia cuenta y de los que ejecute por cuenta del marido... 251
387. ¿Cómo puede el marido hacer la ratificación?... 252

§ 3.º *Autorización del marido.*

388. ¿Cómo debe darse la autorización del marido?... 253
389. Casos en que puede haber autorización tácita... 253
390. Ejemplo... 254
391. La autorización del marido puede ser general según el artículo 185. Crítica de esta disposición... 255
392. Distinción del *mandato* y de la *autorización*... 255
393. Actos que la mujer ejecuta en su propio nombre con autorización y actos que ejecuta en nombre del marido como mandataria... 256
393 *bis*. Sistema del Código á este respecto... 257
394. Efectos de los actos ejecutados por la mujer con autorización... 257
395. Casos en que la autorización deberá darse por instrumento público... 259
396. Revocación de la autorización... 259
396 *bis*. Cómo ha de verificarse la revocación... 259
397. Presunción de autorización en la compra de cosas muebles al contado... 260
398. La misma presunción existe en las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia... 260
399. Excepción relativa á los muebles preciosos... 261

§ 4.º *Autorización de la justicia.*

400. La autorización del marido puede suplirse por la del juez cuando aquél la niega sin justo motivo... 261
401. ¿Cómo se justifica esta disposición?... 262
402. La autorización de la justicia puede también ser suplida por la del juez en caso de impedimento del marido... 262
403. Efecto de la autorización de la justicia en caso de impedimento del marido... 262
404. Efecto de la misma cuando se concede contra la voluntad del marido. Produce en cuanto á la mujer efectos más amplios que la autorización del marido... 263
405. Condición para que la mujer obtenga autorización judicial en caso de ausencia del marido... 264
406. La autorización de la justicia debe ser especial... 264
407. El inciso 4º del artículo 191, sobre aceptación de herencias, es mera aplicación de un principio más general... 265
408. Remisión de la explicación de los artículos 189 y 190... 265
409. Situación del marido menor de diez y ocho años en cuanto á la administración de la sociedad conyugal... 265

Números. Páginas.

410. La capacidad del menor en cuanto al peculio personal ó industrial no cambia por el hecho del matrimonio... 266
411. Enumeración de las circunstancias que modifican la incapacidad de la mujer casada... 266

Sección II. — Excepciones relativas á la profesión ú oficio de la mujer.

412. La mujer que ejerce una profesión, sin reclamación de su marido, se presume autorizada por éste en todos los actos concernientes á su profesión... 267
413. Para que se aplique la regla anterior, preciso es que la mujer ejerza una profesión separada de la del marido... 267
414. Aun cuando los actos ejecutados por la mujer autorizada obligan principalmente al marido, debe considerarse á la mujer como principal obligada cuando contrae obligaciones que solamente ella puede cumplir... 267
415. Situación de la mujer casada mercadera... 268

Sección III. — Excepciones relativas á la simple separación de bienes.

416. Remisión... 269

TÍTULO X.º

De los hijos legítimos concebidos en matrimonio.

417. División del título... 269

CAPÍTULO I.º

REGLAS GENERALES.

418. División del capítulo... 270

Sección I. — De la presunción de paternidad.

¿Quiénes son hijos legítimos?

419. ¿Cuándo puede decirse que un hijo ha sido concebido en matrimonio? 271
420. Tres casos pueden distinguirse respecto del hijo de una mujer que está ó fué casada... 272
421. *Primer caso. — La época de la concepción corresponde en todo o en parte al tiempo del matrimonio.* — Aplicación de la regla *pater is est quem nuptiæ demonstrant*... 272

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

422. *Segundo caso. — El período de la concepción es enteramente posterior á la disolución del matrimonio.* — Declaración de la ilegitimidad del hijo ... 273
423. Inciso 2º del artículo 220 ... 274
424. Inciso 3º del mismo ... 275
425. No se aplica la presunción de paternidad al hijo concebido durante el divorcio ó separación legal de sus padres ... 275

Sección II. — Del desconocimiento y del juicio de ilegitimidad.

426. Sólo el marido, mientras viva, puede reclamar contra la presunción de legitimidad ... 276
427. División de la sección ... 277

§ 1.º *Del desconocimiento.*

428. N. 1.º *Casos en que se puede desconocer al hijo. — Primer caso. — Absoluta imposibilidad física de acceso del marido á la mujer.* 277
429. *Segundo caso. — Adulterio de la mujer.* — El adulterio por sí sólo no basta para el desconocimiento ... 278
430. Divorcio por adulterio ... 280
431. *Tercer caso. — Abandono del hogar conyugal por la mujer* ... 280
432. N. 2.º *Plazos que tiene el marido para ejercitar la acción de desconocimiento.* — Regla general y excepciones ... 281

§ 2.º *De los juicios de impugnación de legitimidad.*

433. ¿Quién puede impugnar la legitimidad del hijo, cuándo y en qué caso? 282
434. Plazo que tienen los interesados para impugnar la legitimidad del hijo ... 283
435. Los ascendientes pueden impugnar la legitimidad del hijo aun sin tener interés pecuniario en ello ... 285
436. Inciso 1º del artículo 223 ... 285
437. No se obliga á la madre á aparecer en el juicio ... 285
438. No se admite el testimonio de la mujer que declare haber concebido al hijo en adulterio ... 286
439. Durante el juicio se presume la legitimidad del hijo y declarada la ilegitimidad el demandante tiene derecho á que la madre, le indemnice de todo perjuicio ... 286

CAPÍTULO II.º

REGLAS ESPECIALES PARA LOS CASOS DE DIVORCIO Y NULIDAD DEL MATRIMONIO.

440. En el presente capítulo no se trata ya de desconocimiento ni de impugnación de legitimidad, sino de reglas especiales para probar la identidad del hijo y la fecha del parto ... 287
441. Obligación de la mujer divorciada ó separada que se creyere encinta de denunciarlo al marido ... 287
442. Precauciones que pueden tomarse á consecuencia de esta denunciación ... 288
443. Consecuencia de la violación por la mujer de las reglas anteriores... 288
444. Consecuencia de la negligencia del marido en usar de su derecho de tomar las precauciones legales ... 289

Números. Páginas.

445. El marido conserva en todo caso la facultad de desconocer al hijo, conforme al derecho común ... 289
446. ¿Á quién se hace la denunciación á falta del marido? ... 290

CAPÍTULO III.º

REGLAS RELATIVAS AL HIJO PÓSTUMO.

447. Muerto el marido, la mujer puede hacer la denunciación á los que serían llamados á suceder al difunto á falta del póstumo ... 290
448. Derecho de la mujer de reclamar alimentos y lo necesario para el parto ... 291

CAPÍTULO IV.º

REGLAS RELATIVAS AL CASO DE PASAR LA MUJER Á OTRAS NUPCIAS.

449. Determinación de la fecha de la concepción cuando la presunción legal es igualmente aplicable respecto de dos maridos sucesivos de una mujer ... 292
450. Responsabilidad de la mujer y de su nuevo marido en este caso ... 292

TÍTULO XI.º

De los hijos legitimados.

451. Hijos legítimos, ilegítimos y legitimados. Asimilación de los legitimados á los legítimos ... 293
452. División ... 294

§ 1.º *Legitimación del hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y nacido después.*

Queda legitimado *ipso jure*.

453. Cómo puede el marido, en este caso, desconocer al hijo ... 294
454. En cuanto á plazo y formas se aplican las reglas del desconocimiento en general ... 295
455. Excepciones á la regla de la legitimación *ipso jure* ... 296

§ 2.º *Legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio.*

456. *Primer caso. — La filiación del hijo se ha establecido legalmente respecto de los cónyuges.* — En este caso se produce también la legitimación *ipso jure* ... 297

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

457. La regla no se aplica respecto de la madre que no ha reconocido al hijo, aun cuando actualmente tiene, respecto de ella, la calidad de natural sin necesidad de reconocimiento..... 298
458. *Segundo caso. — La filiación del hijo habido antes del matrimonio no está legalmente establecida respecto de los cónyuges.* — Condición requerida para que haya entonces legitimación..... 298
459. No puede haber legitimación por testamento. Legitimación de hijos muertos. No pueden legitimarse hijos adulterinos..... 300

§ 3.º *De la aceptación y de la repudiación de la legitimación.*

460. *Primer caso. — Se trata de un hijo concebido antes y nacido después de la celebración del matrimonio.* — La legitimación es forzosa.. 300
461. *Segundo caso. — Se trata de un hijo reconocido antes del matrimonio.* — La legitimación que se produce *ipso jure,* es también forzosa. Regla especial respecto de la madre natural..... 300
462. *Tercer caso. — No ha habido reconocimiento anterior al matrimonio.* — El hijo puede aceptar ó no la legitimación..... 301
463. Forma y tiempo de la aceptación ó repudiación..... 302
464. Aceptación ó repudiación de los descendientes del legitimado..... 302

§ 4.º *Cómo y por quién se impugna la legitimación.*

465. Tres hipótesis : 1.ª) Si el hijo ha sido concebido antes y nacido después de la celebración del matrimonio, se aplican las reglas sobre impugnación de la legitimidad..... 303
466. 2.ª) Si el hijo ha nacido antes del matrimonio, todo interesado puede impugnar la legitimación..... 303
467. 3.ª) Si no hubo notificación ó aceptación, sólo el legitimado ó sus descendientes pueden impugnar la legitimación..... 304

§ 5.º *Efectos de la legitimación.*

468. Asimilación del hijo legitimado al legítimo. El beneficio de la legitimación no se retrotrae á una fecha anterior al matrimonio..... 304

TÍTULO XII.º

De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.

469. Crítica del orden que sigue el Código. División del título..... 305

§ 1.º *Obligaciones morales y pecuniarias de los hijos respecto de sus padres.*

470. Deber de respeto y obediencia..... 306
471. Deber de prestar á los ascendientes cuidados personales y auxilios pecuniarios..... 306

Números. Páginas.

§ 2.º *Autoridad de los padres en cuanto á la crianza y educación de los hijos.*

472. El cuidado personal de la crianza y educación de los hijos toca á los padres ó al sobreviviente..... 307
473. El padre, y en su defecto la madre, elige la profesión y dirige la educación del hijo..... 308

§ 3.º *Derecho de corrección.*

474. Derecho de corrección del padre. Arresto por vía de autoridad y por vía de requirimiento..... 309
475. A toda persona que tiene el cuidado personal del hijo, á falta del padre, le corresponde el mismo derecho..... 310

§ 4.º *Casos en que los padres pierden los derechos de educación y corrección respecto de sus hijos.*

476. El juez puede confiar el cuidado personal de los hijos á otra persona en caso de inhabilidad física ó moral de los padres..... 310
477. Derecho que tienen los padres de visitar á sus hijos de cuyo cuidado personal se les ha privado..... 311
478. ¿Á quién toca en el caso anterior dirigir la educación de los hijos?.. 311
479. Pérdida de los derechos de crianza y educación por abandono..... 312
480. Privación de los mismos derechos por mala conducta..... 313

§ 5.º *Obligaciones de los padres y demás ascendientes respecto de la crianza, educación y establecimiento de los hijos.*

481. Criar y educar á los hijos es también obligación de los padres. Distinción de varios casos : 1.º) Estado normal del matrimonio; los gastos de crianza, educación y establecimiento pertenecen á la sociedad conyugal..... 313
482. ¿Están obligados los padres á establecer á sus hijos?..... 314
483. 2.º) Estado anormal del matrimonio : divorcio ó separación..... 315
484. 3.º) Excepciones en caso de que el hijo tenga bienes propios..... 316
485. 4.º) Muerto uno de los padres, los gastos de crianza, educación y establecimiento tocan al sobreviviente..... 317
486. 5.º) Á falta de los padres, la obligación recae sobre los abuelos..... 318
487. Caso en que el hijo ha recibido alimentos de terceros..... 319
488. Obligación del tercero de dar aviso al padre..... 320
489. Las mismas reglas se aplican á toda persona á quien toque la sustentación del hijo..... 320
490. El tercero que haya cuidado del hijo abandonado tiene derecho al reembolso de sus gastos..... 320
491. Facultad del juez de revocar sus providencias en cualquier tiempo... 321

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

TÍTULO XIII.º

De la adopción.

§ 1.º *Generalidades. — Definición.*

492. La adopción no corresponde en las sociedades actuales á una verdadera necesidad..... 322
493. Definiciones del artículo 269..... 324

§ 2.º *Condiciones requeridas para la adopción.*

494. A.) *Condiciones requeridas en el adoptante.* 1.ª) Capacidad..... 325
495. 2.ª) Edad..... 325
496. 3.ª) Diferencia de edad con el adoptado..... 325
497. 4.ª) Falta de descendencia..... 325
498. 5.ª) Sexo..... 326
499. 6.ª) Consentimiento del cónyuge..... 326
500. 7.ª) Condición especial al tutor ó curador..... 327
501. B.) *Condiciones requeridas por parte del adoptado.* 1.ª) Consentimiento. ¿*Quid* si es impuber?..... 327
502. 2.ª) Consentimiento de otras personas..... 328
503. 3.ª) Nadie puede, en principio, ser adoptado por más de una persona. Excepción..... 329

§ 3.º *Formalidades requeridas para la adopción.*

504. Enumeración : 1.ª) *Autorización judicial*..... 329
505. Inventario solemne y caución..... 330
506. 2.ª) Otorgamiento de escritura..... 331
507. 3.ª) Registro..... 331

§ 4.º *Efectos de la adopción.*

508. 1.º Derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado. Consecuencias. Apellido..... 331
509. 2.º) Obligación alimentaria..... 332
510. 3.º) Impedimentos para el matrimonio..... 332
511. 4.º) Autorización para el matrimonio del adoptado..... 332
512. 5.º) Derechos de sucesión. A). *Sucesión del adoptante por el adoptado*..... 332
513. B.) *Sucesión del adoptado por el adoptante*..... 334
514. 6.º) Guarda del adoptado..... 335

§ 5.º *De los modos como fenece la adopción.*

515. Enumeración : 1.º) *Revocación*..... 335
516. 2.º) *Muerte del adoptante ó del adoptado*..... 336
517. 3.º) Sobreviniencia de descendientes al adoptante..... 336
518. Consecuencias del fenecimiento de la adopción..... 336

Números. Páginas.

TÍTULO XIV.º

De la patria potestad.

§ 1.º *Generalidades. — Derechos que comprende la patria potestad.*

519. Definición..... 337
520. La patria potestad existe sobre los hijos legitimados..... 338
521. La patria potestad no se extiende al hijo empleado público en los actos que ejecuta en razón de su empleo..... 339

§ 2.º *Derecho de usufructo legal.*

522. Regla general. Crítica del usufructo legal..... 339
523. El padre tiene un verdadero usufructo..... 340
524. El usufructo legal cesa con la emancipación del hijo..... 340
525. Excepciones. Peculios del hijo..... 341
526. El padre no está obligado á dar caución..... 342

§ 3.º *Administración legal.*

527. El padre sólo tiene la administración de los bienes que usufructúa.. 342
528. ¿Puede tener el padre el usufructo sin la administración?..... 343
529. Separación entre el usufructo y la administración..... 343
530. El hijo administra como emancipado su peculio profesional. División. 343
531. N. 1.º *Reglas relativas á la administración del padre.* — No está sujeto á hacer inventario solemne..... 344
532. Responsabilidad del padre administrador..... 345
533. Art. 298, inc. 2.º..... 345
534. Sanción de la obligación que tiene el padre de administrar como buen padre de familia..... 345
535. Enajenación é hipotecación de los bienes del hijo..... 346
536. Asimilación del padre al guardador en cuanto á donaciones..... 347
337. Los actos del hijo autorizados por el padre obligan á éste. Crítica de esta regla..... 348
538. N. 2.º *Administración de los peculios profesional y adventicio extraordinario.* — El hijo administra el peculio profesional como emancipado, á menos que sea impúber..... 350
539. Para el peculio adventicio extraordinario se da al hijo curador. Efectos de la autorización del curador..... 351
540. Efecto de los actos ejecutados por el hijo sin autorización..... 352
541. Regla especial para el préstamo de dinero á interés y para compras al fiado..... 352
542. Capacidad para testar..... 353

§ 4.º *Representación judicial del hijo de familia.*

543. Toca al padre la representación judicial del hijo. Cuatro casos : 1.º) el hijo es actor..... 353

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

544. 2.º) El hijo es demandado civilmente 355
545. A falta del padre puede el juez autorizar al hijo dándole curador para la litis 355
546. 3.º) Juicios criminales contra el hijo 355
547. 4.º) Demandas del hijo contra el padre mismo 356

§ 5.º *De la suspensión de la patria potestad.*

548. Causas de suspensión 356
549. Cómo se decreta la suspensión 357

TÍTULO XV.º

De la emancipación.

550. Definición. División de la materia 358

§ 1.º *De la emancipacion voluntaria.*

551. Requisitos para la emancipación voluntaria 358
552. Efectos de las liberalidades hechas al hijo bajo la condición de que se le emancipe 360

§ 2.º *De la emancipación legal.*

553. Cuatro son los casos de emancipación legal : 1.º) Muerte del padre.. 361
554. 2.º) Matrimonio del hijo 361
555. 3.º) Mayor edad 362
556. 4.º) Decreto de posesión de bienes del padre desaparecido 362

§ 3.º *De la emancipación judicial.*

557. Causas de emancipación judicial. 1.ª) Maltratamientos 363
558. 2.ª) Abandono 363
559. 3.ª) Depravación del padre 363
560. 4.ª) Condenación del padre á ciertas penas 363
561. ¿Cómo procede el juez en los cuatro casos anteriores? 364
562. El indulto sobre la pena no impide la emancipación 364
563. Trámites del juicio de emancipación 365

§ 4.º *De los efectos de la emancipación.*

564. La emancipación pone fin á la patria potestad. ¿Qué derechos comprende la patria potestad? 365
565. La emancipación es irrevocable 368
566. Situación del menor emancipado 369

Números. Páginas.

TÍTULO XVI.º

De los hijos naturales.

567. División 369

Sección I. — Hijos naturales.

568. ¿Quiénes tienen la calidad de hijos naturales? 371
569. El reconocimiento de la madre no es necesario para que los hijos simplemente ilegítimos tengan respecto de ella la calidad de naturales 372
570. Reconocimiento por el padre 373
571. ¿Cómo se hace el reconocimiento voluntario? 374
572. Cuestiones que se presentan en caso de reconocimiento por testamento : 1.ª) ¿Anulado el testamento, subsistirá el reconocimiento?. 374
373. 2.ª) ¿Es revocable el reconocimiento? Distinción según que el reconocimiento haya sido aceptado ó no 374
574. El que reconoce un hijo natural, no tiene obligación de designar la persona en quien ó de quien hubo el hijo 376
575. Toda persona que tiene interés en ello puede impugnar el reconocimiento 376
576. El hijo puede aceptar ó repudiar el reconocimiento 377

Sección II. — Hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente.

577. Base de los derechos del hijo natural 379
578. El hijo ilegítimo no reconocido voluntariamente no tiene derecho sino á alimentos. Crítica de esta disposición 379

§ 1.º *Por quién puede introducirse la acción de investigación de paternidad ó maternidad.*

579. Puede introducir la acción la persona que haya cuidado del hijo si es impúber; si no, él mismo 381

§ 2.º *Indagación de paternidad.*

580. La paternidad se prueba por confesión del padre 382
581. Toda otra prueba es inadmisible 382
582. Excepción para el caso de rapto 382
583. Duración de la acción en este caso 383

§ 3.º *Indagación de maternidad.*

584. ¿Cómo se prueba la maternidad? 384
585. El acta de nacimiento no constituye prueba de la maternidad 384

§ 4.º *Procedimiento y efectos del reconocimiento.*

586. 1.º *Procedimiento* 385

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

587. 2.º *Efectos.* — El padre debe alimentos al hijo reconocido judicialmente 385
588. Á falta del padre los debe la madre 386
589. Caso en que el hijo podrá no tener derecho sino á alimentos necesarios respecto de su madre 386
590. Los alimentos se deben desde la demanda 387
591. El padre no puede exigir alimentos del hijo ilegítimo 388
592. La madre sí 388

TÍTULO XVII.º

De las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales.

593. Regla general 389
594. Art. 60 de la Ley 153 de 1887 390
595. Obligación de cuidar al hijo natural 390
596. Reglas relativas á la crianza y educación de los hijos naturales 390
597. Á quién toca el cuidado personal del hijo reconocido por ambos padres 391

TÍTULO XVIII.º

De la maternidad disputada.

598. Crítica á la colocación de este título 392

§ 1.º *¿Quiénes tienen derecho á impugnar la maternidad?*

599. La maternidad puede ser impugnada : 393
600. 1.º) Por el marido de la supuesta madre 393
601. 2.º) Por los padres legítimos 394
602. 3.º) Por la madre ilegítima 394
603. Toda persona á quien perjudique la maternidad putativa en sus derechos sobre la sucesión de los supuestos padre ó madre, puede también impugnarla 394
604. Sanción contra los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto ó suplantación 395

§ 2.º *¿Dentro de qué plazos puede impugnarse la maternidad?*

605. 1.º) La acción de los padres supuestos ó verdaderos prescribe en diez años conforme al artículo 336; pero prevalece el artículo 406. Consecuencias 396
606. 2.º) La acción de terceros prescribe en sesenta días 397

Números. Páginas.

TÍTULO XIX.º

De la habilitación de edad.

607. Definición. División del título 398

§ 1.º *De las diferentes clases de habilitación de edad.*

608. Habilitación legal y habilitación judicial. 1.º) El varón mayor de diez y ocho años queda habilitado por el matrimonio 399
609. 2.º) En cualquier otro caso sólo hay lugar á habilitación judicial 399

§ 2.º *¿Por quiénes y cómo puede obtenerse habilitación judicial?*

610. 1.º) Las mujeres casadas, los hijos de familia y los menores de diez y ocho años no pueden ser habilitados de edad 400
611. 2.º) Procedimiento 401

§ 3.º *De los efectos de la habilitación de edad.*

612. Actos que no puede ejecutar el habilitado de edad 402
613. No es exacta la fórmula de que los habilitados de edad pueden ejecutar actos de administración pero no de dominio 403
614. La habilitación de edad pone fin á la curaduría del menor 404
615. No se extiende á los derechos políticos 404

TÍTULO XX.º

De las pruebas del estado civil.

CAPÍTULO I.º

DISPOSICIONES PRELIMINARES.

616. Disposiciones que rigen la materia. Definición del estado civil 405
617. De la regla de que el estado civil debe constar en el registro de este nombre 406
618. Funcionarios encargados de llevar dicho registro 406
619. Disposición transitoria respecto de hechos anteriores á 1853 407
620. Reconocimiento en 1887 de las certificaciones expedidas por los párrocos como pruebas del estado civil 407
621. ¿Qué quiere decir el que las certificaciones de los párrocos son pruebas *principales?* ¿Cómo se resolverá el conflicto entre las actas de los funcionarios civiles y las de los eclesiásticos? 408

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

622. Funcionarios que deben presenciar los matrimonios católicos..... 409
623. Copias que deben pasar los párrocos á los funcionarios civiles..... 409
624. Reformas posibles en materia de registros del estado civil..... 410
625. Enumeración de las inscripciones que deben hacerse en el registro.. 411

CAPÍTULO II.º

REGISTRO DE NACIMIENTOS.

626. Declaraciones que deben hacerse al notario..... 412
627. Personas obligadas á declarar el nacimiento..... 413
628. ¿Qué se hace en caso de ausencia del notario?..... 413
629. Sanción de la obligación de declarar los nacimientos..... 414
630. Plazo para hacer la declaración..... 414
631. ¿Cómo extiende el notario el acta?..... 414
632. Caso de nacimiento en un lugar donde la madre no tiene su domicilio..... 414
633. Nacimientos en alta mar..... 414
634. Caso de muerte del recién nacido..... 415

CAPÍTULO III.º

REGISTRO DE DEFUNCIONES.

635. Importancia de las actas de defunción..... 415
636. Contenido del acta..... 415
637. ¿Quiénes deben dar noticia de las muertes que ocurran?..... 416
638. Plazo en que debe hacerse la declaración..... 417
639. Sanción de la obligación de declarar las defunciones..... 418
640. Inhumaciones precipitadas ó tardías..... 418

CAPÍTULO IV.º

REGISTRO DE MATRIMONIOS.

641. Redacción del acta de matrimonio..... 418
642. Matrimonios de colombianos en país extranjero..... 419
643. Caso en que de un juicio resulta la celebración de un matrimonio que no se halla registrado..... 419

CAPÍTULO V.º

REGISTRO DE RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES.

644. De cualquier modo que se haga el reconocimiento, este debería registrarse..... 420
645. 1.º) Reconocimiento en el acta de nacimiento..... 420
646. 2.º) Reconocimiento por escritura pública..... 420
647. 3.º) Reconocimiento á virtud de demanda judicial..... 420

Números. Páginas.

CAPÍTULO VI.º

REGISTRO DE ADOPCIONES.

648. Se procede como en caso de reconocimiento por escritura pública... 421

Apéndice. — Registro de legitimaciones.

649. 1.º) Anotación de la legitimación que se realiza al mismo tiempo que el matrimonio, al margen del acta de nacimiento del legitimado... 421
650. 2.º) Cómo se procede en caso de legitimación por escritura pública posterior al matrimonio..... 422

CAPÍTULO VII.º

DISPOSICIONES GENERALES.

651. División..... 422

Sección I. — Reglas generales sobre los registros y la redacción de las actas del estado civil.

652. Los registros se llevan en un solo ejemplar..... 423
653. *A.* Forma de los libros. Artículo 383..... 423
654. Artículo 384..... 423
655. Artículo 389..... 423
656. Artículo 376. Indice de los libros de registro..... 424
657. Nota mensual del número de actas..... 424
658. Disposiciones sobre datos estadísticos..... 424
659. *B.* ¿Cómo deben asentarse las actas?..... 424
660. Mención marginal..... 425
661. Lectura y firma del acta..... 425
662. Artículos 375 y 379..... 425
663. Modelos de actas..... 426
664. Registros y libretas de familia..... 426

Sección II. — Publicidad de los registros.

665. Necesidad de la publicidad de los registros. Certificaciones..... 426

Sección III. — De la fuerza probatoria de las actas del estado civil.

666. Carácter auténtico de las actas del estado civil..... 427
667. La autenticidad de los registros se presume..... 427
668. Fuerza probatoria de los registros y de las actas..... 428
669. Los registros no prueban sino el estado de la persona á que se refieren..... 429

Sección IV. — De los casos en que pueden emplearse pruebas distintas de los registros.

670. Enumeración de las pruebas admisibles á falta de registros..... 429
671. 1.ª) *Otros documentos auténticos*..... 430

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

672. 2.ª) *Prueba por testigos*..... 431
673. 3.ª) *Notoria posesión de un determinado estado civil. A.* Adopción y reconocimiento de hijos naturales. *B.* Defunciones..... 431
674. *C.* 1.º) Matrimonio..... 432
675. 2.º) Nacimiento..... 432
676. Elementos de la posesión de estado..... 433
677. Duración que ha de tener la posesión notoria para que se reciba como prueba..... 433
678. Cómo se prueba la posesión notoria del estado civil..... 434
678 *bis*. La confesión judicial no es admisible como prueba del estado civil..... 434

Sección V. — De las actas del estado civil extendidas en país extranjero.

679. Aplicación de la regla *locus regit actum*..... 434
680. Los registros parroquiales de la Iglesia católica son admisibles en Colombia como prueba del estado civil, cualquiera que sea el país en donde se lleven..... 435
681. Canje internacional de las actas del estado civil..... 435
682. Los colombianos en el extranjero pueden ocurrir á los agentes diplomáticos ó consulares de Colombia..... 436

Sección VI. — De las omisiones y de las rectificaciones de los registros del estado civil.

683. Procedimiento en caso de omisión. ¿Cuándo puede decirse que hay omisión?..... 436
684. Aplicación á los nacimientos y defunciones..... 437
685. Rectificación de los errores en los registros..... 438

Sección VII. — Del efecto de los juicios sobre legitimidad y filiación.

686. Efecto absoluto de los fallos sobre legitimidad..... 439
687. Alcance de la disposición..... 440
688. Inconveniente de la regla..... 440
689. Excepción..... 440
690. Requisitos para que un fallo sobre legitimidad tenga efecto absoluto. 1.º) Cosa juzgada..... 442
691. 2.º) Legítimo contradictor..... 442
692. Intervención forzosa del padre en el juicio..... 442
693. Representación del legítimo contradictor que fallece antes de la sentencia..... 443
694. 3.º) Que no haya colusión..... 443
695. La prueba de la colusión no es admisible sino durante cinco años... 443

TÍTULO XXI.º

De los alimentos que se deben por ley á ciertas personas.

696. División..... 444

Números. Páginas.

Sección I. — ¿A quiénes se deben alimentos?

697. Enumeración de las personas á quienes se deben alimentos. Fundamento de la obligación..... 444
698. Situación de los cónyuges divorciados, en cuanto á alimentos..... 445
699. Situación de los descendientes naturales..... 446
700. Situación del que hizo una donación cuantiosa..... 446
701. Derechos á alimentos entre padres é hijos meramente ilegítimos..... 446
702. Regla especial sobre la mujer del matrimonio civil disuelto por matrimonio católico posterior..... 447
703. Artículo 412..... 447
704. Inutilidad del artículo 415..... 448
705. Las reglas del título XXI no se aplican sino á los alimentos *legales*.. 448

Sección II. — ¿Qué orden debe seguirse cuando varias personas deben alimentos á otras?

706. Las personas que deben alimentos á otra se dividen en seis categorías y la obligación no pesa sobre cada una sino á falta de las anteriores..... 448
707. Crítica de la regla que sólo impone la obligación alimentaria á los descendientes ó ascendientes del próximo grado..... 449
708. Habiendo varias personas de la misma categoría, el alimentario debe dividir su acción. Inconvenientes de esta regla..... 450

Sección III. — ¿Cómo se determina la cuantía de los alimentos y la forma en que deben suministrarse?

709. Tres elementos se tienen en cuenta para determinar la cuantía de los alimentos. 1.ª) *Parentesco.* — Alimentos *congruos* y alimentos *necesarios*..... 450
710. 2.º) *Situación del alimentario*..... 452
711. 3.º) *Situación del alimentante*..... 452
712. Una vez determinada, la cuantía de los alimentos subsiste mientras no se modifiquen las circunstancias..... 453
712 *bis*. Los varones mayores en estado de trabajar no pueden pedir los alimentos necesarios..... 453
713. ¿Desde cuando se deben los alimentos?..... 453
714. No hay lugar á restitución de los alimentos no devengados por fallecimiento del alimentario..... 454
715. El tercero que haya suministrado alimentos, antes de la demanda ¿puede repetirlos?..... 454
716. Alimentos provisionales durante el juicio..... 454
717. Artículo 418..... 455
718. Forma en que deben suministrarse los alimentos; el juez la determina con amplia libertad..... 455
719. Medidas que pueden tomarse para que los alimentos correspondan á su fin..... 456

Sección IV. — Consecuencias del carácter de la deuda alimentaria.

720. 1.ª) El derecho á los alimentos es exclusivamente personal..... 456
721. 2.ª) No puede renunciarse..... 456
722. 3.ª) Los alimentos son vitalicios..... 457
723. 4.ª) No pueden ser objeto de compensación..... 457

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

724. 5.ª) El derecho á alimentos está fuera del comercio..... 457
725. Las pensiones alimenticias atrasadas son enajenables..... 457
726. 6.ª) Los juicios sobre alimentos que se deben por ley son sumarios... 458

Sección V. — ¿En qué caso cesa la obligación alimenticia?

727. ¿Cómo se extingue la obligación alimenticia? Circunstancias notables que no la hacen desaparecer..... 458

TÍTULO XXII.º

De las tutelas y curadurías en general.

Preliminares.

728. Ojeada sobre las materias anteriormente estudiadas..... 459
729. Distinción entre el *goce* y el *ejercicio* de los derechos civiles..... 459
730. Causas de incapacidad..1.ª) *sexo;* 2.ª) *edad;* 3.ª) *alteración de las facultades mentales*..... 459
731. Necesidad del entredicho en caso de demencia ó prodigalidad..... 460
732. Observación en cuanto al sordomudo..... 460
733. Tutela de los impúberes; curatela de los menores de edad..... 461

CAPÍTULO I.º

DEFINICIONES Y REGLAS EN GENERAL.

734. Noción de la tutela y de la curatela..... 462
735. ¿Quiénes están sujetos á tutela?..... 462
736. ¿Quiénes están sujetos á curaduría general?..... 462
737. Casos en que hay lugar á la curaduría de bienes..... 463
738. El tenedor fiduciario se asimila á un curador de bienes..... 463
739. Curadores adjuntos..... 463
740. Curadores especiales..... 463
741. ¿Qué se entiende por pupilo?..... 464
742. Las tutelas y curadurías generales se extienden tanto á la persona como á los bienes..... 464
743. Puede haber un solo tutor ó curador para varios individuos..... 465
744. Se considera que hay tantas guardas como patrimonios aunque haya un solo guardador..... 465
745. Puede haber varios guardadores de una misma guarda..... 465
746. No se puede dar guardador al que ya lo tiene..... 465
747. Caso en que hay necesariamente curador adjunto..... 466
748. No puede darse tutor ó curador al que está bajo patria potestad. Curador adjunto al padre..... 466
749. Tampoco puede darse curador á la mujer que está bajo potestad marital. Curaduría de la mujer en caso de divorcio ó separación de bienes..... 467
750. Curador adjunto para la administración en caso de excesiva complicación de los negocios del pupilo..... 468
751. Distintas clases de tutelas y curadurías..... 469

Números. Páginas.

CAPÍTULO II.º

DE LA TUTELA Ó CURADURÍA TESTAMENTARIA.

§ 1.º *¿Á quién puede nombrarse tutor ó curador por testamento?*

752. *Tutor.* — Puede nombrarse por el padre al impúber y al hijo concebido..... 469
753. *Curador.* — 1.º) Nombramiento de curador á los menores adultos, á los dementes y sordomudos..... 470
754. 2.º) ¿Puede nombrarse curador testamentario al pródigo?..... 470
755. 3.º) Curador á los derechos eventuales del hijo concebido..... 471

§ 2.º *¿Quién puede nombrar tutores ó curadores testamentarios?*

756. 1.º) El padre. Casos en que no lo puede..... 471
757. 2.º) Á falta del padre, aquel derecho corresponde á la madre..... 472
758. 3.º) El padre y la madre naturales tienen las mismas facultades que los legítimos..... 472
759. 4.º) Nombramiento de curador para los bienes que se dejen al pupilo. 472

§ 3.º *De los guardadores que pueden nombrarse por testamento.*

760. Aplicación á las guardas testamentarias de las reglas sobre pluralidad de guardadores y división de la administración entre ellos..... 473
761. Facultad del juez para dividir las funciones entre los tutores ó curadores..... 474
762. Sustitución de guardadores..... 474
763. Modalidades posibles en el nombramiento de guardadores..... 474

CAPÍTULO III.º

DE LA TUTELA Ó CURADURÍA LEGÍTIMA

764. La guarda legítima tiene lugar á falta de testamentaria..... 475
765. Tiene lugar especialmente en caso de emancipación del hijo ó suspensión de la patria potestad..... 475
766. ¿Á quiénes corresponde la guarda legítima? 1.º) Personas llamadas á la guarda del hijo legítimo..... 475
767. 2.º) Guarda legítima del hijo natural..... 477
768. El guardador legítimo, caso de cesar en su cargo mientras continúa el pupilaje debe ser reemplazado por otro de la misma clase..... 479

CAPÍTULO IV.º

DE LA TUTELA Ó CURADURÍA DATIVA.

769. Casos en que se nombra tutor ó curador dativo. 1.º) Sólo se nombra guardador dativo á falta de otro..... 479
770. 2.º) Guardador dativo interino por retardo ó impedimento en la guarda legítima ó testamentaria..... 479
771. 3.º) Otro caso de guarda dativa interina..... 480
772. Reglas para la elección del tutor ó curador dativo..... 480

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

TÍTULO XXIII.º

De las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela ó curaduría

773. Establecida con esta la tutela en favor del pupilo, es preciso tomar medidas para que el guardador no perjudique al incapaz..... 481
774. Enumeración de las medidas que preceden el ejercicio de la guarda. 481

§ 1.º *De la fianza.*

775. ¿En qué consiste la *fianza?* ¿Cómo puede reemplazarse?..... 482
776. ¿Quiénes estan obligados á prestar fianza como guardadores? Excepciones..... 482

§ 2.º *Del discernimiento.*

777. ¿Qué se entiende por *discernimiento?*..... 484
778. Sanción de esta formalidad ó exigencia..... 484

§ 3.º *Del inventario.*

779. ¿En qué consiste el inventario? Plazo dentro del cual debe hacerse.. 484
780. El plazo puede ampliarse..... 485
781. Sanción de la obligación de hacer inventario..... 485
782. ¿Quiénes están obligados como guardadores á hacer inventario?.... 485
783. ¿De qué clase debe ser este inventario?..... 485
784. ¿Cómo y en qué casos puede reemplazarse el inventario solemne?... 485
785. ¿Qué debe contener el inventario?..... 486
786. Inventario suplemental..... 486
787. Deben inventariarse todas las cosas que se encuentren entre las que pertenecen al pupilo..... 487
788. Valor de la aserción hecha en el inventario acerca del dueño de las cosas enumeradas en él..... 487
789. El inventario hace prueba contra el guardador ¿Puede éste alegar errores?..... 487
790. Los pasajes dudosos ú oscuros del inventario se interpretan en favor del pupilo..... 488
791. ¿Cómo se procede, respecto del inventario, en caso de transmisión de la guarda?..... 488
792. Disposiciones del Código Judicial acerca del procedimiento para obtener que los guardadores entren en el ejercicio de su cargo..... 489

TÍTULO XXIV.º

Administración de los tutores y curadores relativamente á los bienes.

793. División..... 489

Números. Páginas.

Sección I. — De la representación.

794. Actos en los cuales el tutor ó curador representa al pupilo..... 489
795. Representación y autorización..... 490
796. En los actos y contratos ejecutados ó celebrados *en representación* del pupilo, debe expresarse esta circunstancia..... 491
797. Del modo como deben intervenir en estos actos los varios tutores ó curadores generales de un pupilo..... 492
798. Pueden conferir para esto, bajo su responsabilidad, mandato á uno sólo de ellos..... 492
799. Procedimiento en caso de discordia..... 492

Sección II. — De la administración.

800. ¿Qué comprende, en general, la obligación de administrar los bienes pupilares?..... 493

§ 1.º *Actos que el tutor ó curador puede ejecutar por sí solo.*

801. Actos de administración que puede ejecutar libremente el tutor ó curador. Arriendo por corto tiempo de los bienes raíces del pupilo.. 493
802. Los sucesores, á título oneroso, del pupilo no están obligados á respetar el arriendo, aun por corto tiempo, sino cuando consta por escritura pública..... 495
803. Efectos de la cláusula testamentaria, que impone al guardador el deber de consultar sus actos de tal con determinada persona..... 495

§ 2.º *Actos que el tutor ó curador no puede ejecutar sino con autorización judicial.*

804. 1.º) *Enajenación de los inmuebles*..... 495
805. La venta de ellos tiene que hacerse en pública subasta..... 496
806. Valor de la enajenación de inmuebles pupilares hecha sin autorización judicial y sin subasta previa..... 496
807. Caso en que hubiere precedido decreto de ejecución y embargo..... 496
808. 2.º) *Hipoteca.* — Caso en que puede constituirse sin decreto judicial..... 496
809. 3.º) *Constitución de servidumbres.* — Caso en que puede constituirse sobre bienes del pupilo sin decreto judicial..... 497
810. 4.º) *Enajenación de los muebles preciosos ó que tengan valor de afección*..... 497
811. 5.º) *Empeño de estos muebles*..... 498
812. 6.º) *Partición de los bienes raíces ó hereditarios*..... 498
813. 7.º) *Repudiación de herencias, donaciones ó legados*..... 499
814. 8.º) *Transaciones y compromisos.* — ¿Cómo deben celebrarse para que obliguen al pupilo?..... 499
815. 9.º) *Empleo del dinero*..... 500
816. 10.º) *Donaciones en dinero ú otros bienes muebles*..... 500
817. 11.º) *Fianza.* — ¿En favor de quien puede ser obligado el pupilo como fiador?..... 501
818. 12.º) Pago de anticipaciones hechas por el mismo guardador..... 501
819. Modo de proceder cuando el pupilo deba al guardador alguna especie raiz ó mueble..... 501
820. 13.º) *Actos en que tengan intereses el tutor ó curador ó alguna de las personas enumeradas en el artículo 501*..... 502
821. ¿*Quid* de los empréstitos? Omisión del Código en el particular..... 503

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

822. Sanción para los actos en que siendo necesario decreto judicial que los autorice, se ha prescindido de esta formalidad..... 503
823. Disposición del Código de procedimiento para obtener autorización judicial en los actos que interesan á un pupilo..... 503

§ 3.º *Actos que se prohiben absolutamente al guardador.*

824. 1.º) *Donación de los bienes raíces*..... 503
825. 2.º) *Remisión gratuita de un derecho inmueble*..... 503
826. 3.º) *Fianza*..... 504
827. 4.º) *Arriendo por largo tiempo*..... 504
828. 5.º) *Compra y arriendo de bienes raíces por el guardador y por ciertos parientes suyos*..... 504

§ 4.º *Actos que el guardador está especialmente obligado á ejecutar.*

829. 1.º) *Empleo del dinero ocioso.* — ¿En qué puede emplearlo? Responsabilidad del guardador..... 505
830. 2.º) *Cobro de lo que al pupilo se deba*..... 505
831. 3.º) *Interrupción de las prescripciones*..... 505

Sección III. — De la responsabilidad de los guardadores

832. Responsabilidad solidaria de los guardadores 506
833. Actos de que responden cuando se divide la administración. Responsabilidad subsidiaria..... 506
834. Esta no se extiende á los guardadores que administren en diversos departamentos..... 507
835. Requisito indispensable para que la división exima de la responsabilidad solidaria..... 507

Sección IV. — De la teneduría y de la rendición de cuentas.

§ 1.º *Teneduría de las cuentas.*

836. Las cuentas deben llevarse de una manera fiel, exacta y documentada..... 507
837. Esta obligación comprende á todo tutor ó curador, inclusive el testamentario..... 508

§ 2.º *Rendición de cuentas y restitución de bienes.*

838. Facultad del juez para ordenar al tutor ó curador que exhiba las cuentas ó que manifieste las existencias..... 508
839. ¿Á quién y por quién debe rendirse la cuenta?..... 509
840. Caso en que haya varios guardadores que administren de consuno... 509
841. Restitución de los bienes del pupilo..... 510
842. Pago y cobro del saldo..... 510
843. Discusión de la cuenta. ¿Cuándo se considera cerrada? Responsabilidad del guardador que no de verdadera cuenta de su administración..... 510
844. Sanción en que se incurre por el retardo en el pago del saldo..... 511
845. Plazo en que prescriben las acciones del pupilo contra el guardador en razón de la tutela..... 512

Números. Páginas.

Sección V. — De los que ejercen indebidamente una guarda.

846. Obligaciones y responsabilidades del que ejerce una guarda creyendo ser verdadero tutor ó curador, sin serlo..... 512
847. Derechos que puede tener..... 513
848. Sanción para el caso en que haya procedido de mala fe..... 513
849. ¿Cómo debe considerarse al que, en caso de necesidad, por amparar al pupilo, toma la administración de los bienes de éste?..... 513

TÍTULO XXV.º

Reglas especiales relativas á la tutela.

850. Las reglas de este título en cuanto se refieren á la crianza y educación del impúber, comprenden también al menor adulto bajo curaduría..... 514
851. En lo tocante á la crianza y educación del pupilo, el guardador debe conformarse con la voluntad de la persona encargada de ellas.... 514
852. Casos en que es posible que el cuidado personal del menor no corra á cargo del guardador..... 515
853. Artículo 519..... 516
854. ¿Quiénes deben proveer lo necesario para la crianza y educación del pupilo?..... 516
855. Si no bastan los frutos, pueden enajenarse los bienes..... 517
856. Artículos 522 y 523..... 517
857. Deber del tutor de vigilar la persona encargada del cuidado personal del pupilo..... 517

TÍTULO XXVI.º

Reglas especiales relativas á la curaduría del menor.

858. ¿Á qué pupilos se refiere esta curaduría? No comprende el habilitado de edad..... 518

§ 1.º *Nombramiento del curador.*

859. El menor adulto tiene derecho de designar por sí mismo su curador. 518
860. El juez no debe designar el curador sino cuando no lo designa el menor..... 519
861. El juez debe nombrar el designado por éste, si fuere persona idónea. 519

§ 2.º *Administración de los bienes.*

862. Facultades administrativas del menor bajo curaduría respecto del peculio profesional..... 519
863. Puede el guardador conferir al pupilo la administración de algunos bienes pupilares..... 520

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

864. Derecho del pupilo para reclamar ante la justicia contra los actos del curador..... 520

TÍTULO XXVII.º

Reglas especiales relativas á la curaduría del disipador.

865. División del título..... 521

Sección I. — De la interdicción del disipador.

866. División de la *sección*..... 521

§ 1.º *De la noción de la prodigalidad.*

867. Actos que constituyen prodigalidad..... 521
868. Motivos que hacen discutible la legitimidad de la interdicción del pródigo..... 521

§ 2.º *¿Quién puede provocar el juicio de interdicción?*

869. Enumeración de las personas que pueden provocarlo..... 524
870. *¿Quid* si el supuesto disipador fuere extranjero?..... 524

§ 3.º *De los decretos de interdicción y de su publicidad.*

871. Interdicción provisional..... 524
872. Todo decreto de interdicción debe publicarse. ¿En qué consiste la publicación?..... 525
873. Trámites de estos juicios..... 526

Sección II. — De la curatela del disipador

874. División..... 526

§ 1.º *¿Á quiénes corresponde la curaduría del menor en entredicho?*

875. ¿Cuándo hay lugar á la *curaduría testamentaria* del disipador?.... 526
876. ¿Quiénes pueden ejercer la curaduría legítima?..... 527
877. La mujer no puede ser curadora de su marido disipador..... 528
878. El curador del marido administra la sociedad conyugal y ejerce la guarda de los hijos menores..... 528

§ 2.º *Condición jurídica del disipador bajo curaduría.*

879. El pródigo en entredicho queda privado de la administración de sus bienes..... 529
880. El curador lo representa activa y pasivamente en juicio..... 530
881. Puede el pródigo reclamar ante el juez por los actos del curador que le perjudiquen..... 530
882. La curatela del disipador no se extiende sino á los bienes..... 530

Números. Páginas.

§ 3.º *De la rehabilitación del disipador.*

883. ¿En qué caso y con qué formalidades puede ser rehabilitado el disipador?..... 531

TÍTULO XXVIII.º

Reglas especiales relativas á la curaduría del demente.

Sección I. — De la interdicción del demente.

§ 1.º *¿Cuándo hay lugar á la interdicción?*

884. ¿Á quiénes se les coloca bajo curaduría por demencia ó locura?.... 531
885. *¿Quid* si la demencia afecta á un incapaz, sobre todo á un menor?. 532
886. Deber del padre que tiene á su cargo un hijo demente que llega á la mayor edad. Deber del guardador del pupilo demente..... 533

§ 2.º *¿Quién puede provocar la interdicción del demente?*

887. Enumeración de las personas que pueden provocar estos juicios..... 534

§ 3.º *De los decretos de interdicción.*

888. ¿Qué debe hacer el juez antes de decretar la interdicción?..... 534
889. Trámites de los juicios de interdicción por demencia..... 535

Sección II. — De la curaduría del demente.

§ 1.º *¿Quiénes son llamados á la curaduría del demente?*

890. La curaduría del demente puede ser de tres clases. 1º *Curaduría testamentaria.* ¿Cuándo puede tener lugar?..... 535
891. 2.º) *Curaduría legítima.* Personas llamadas á ejercerla..... 535
892. Derechos de la mujer curadora de su marido demente..... 536
893. 3.º) *Curaduría dativa.* ¿Cuándo tiene lugar?..... 537

§ 2.º *Del cuidado personal del demente en entredicho.*

894. Personas llamadas al cuidado del demente..... 537
895. El demente debe gozar de su libertad personal. Excepciones..... 538
896. Deber de atender al alivio y restablecimiento del demente..... 538

§ 3.º *De la incapacidad del demente.*

897. Actos y contratos del demente..... 538

§ 4.º *Del fin de la curaduría del demente.*

898. ¿Cuándo y con qué formalidades debe rehabilitarse al demente?.... 539

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

TÍTULO XXIX.º

Reglas especiales relativas á la curaduría del sordomudo.

899. ¿De cuántas clases puede ser la curaduría del sordomudo?..... 540
900. Reglas relativas á la curaduría del demente que se aplican á la del sordomudo..... 540
901. ¿Cómo queda afectada, por la interdicción, la incapacidad del sordomudo?..... 541
902. Representación judicial del sordomudo..... 541
903. ¿Con qué debe atenderse á la educación y alivio del sordomudo?.... 541
904. ¿Cuándo cesa esta curaduría?..... 541

TÍTULO XXX.º

De las curadurías de bienes.

905. Diferencia entre las curadurías de bienes y las curadurías generales. División..... 542

Sección I. — De la curaduría del ausente.

§ 1.º *¿Cuándo hay lugar á la curaduría del ausente?*

906. Casos en que hay lugar á nombrar curador de bienes del ausente.... 542
907. Entre los ausentes se comprende al deudor que se oculta..... 544

§ 2.º *¿Quién puede provocar el nombramiento de curador en caso de ausencia?*

908. Personas que pueden provocar este nombramiento..... 544
909. Entre ellas se comprenden los acreedores del ausente..... 545

§ 3.º *¿Quién puede ser curador de bienes del ausente?*

910. Las mismas personas que pueden serlo del demente..... 545
911. Facultad del juez para cambiar el orden general de preferencia entre las personas llamadas por la ley á esta curaduría..... 546
912. Facultad del juez para nombrar varios curadores y dividir la administración entre ellos..... 546
913. Requisitos para que el marido pueda ser curador de su mujer ausente..... 547
914. ¿Qué debe hacerse si el ausente ha dejado mujer no divorciada?.... 547
915. El agente del ministerio público interviene en el nombramiento del curador de un ausente..... 547

§ 4.º *Funciones y obligaciones especiales del curador de bienes del ausente.*

916. Deber primordial del curador de averiguar el paradero del ausente y de comunicarse con él..... 548

Números. Páginas.

917. Situación del procurador especial nombrado por el ausente respecto del curador de bienes..... 548

§ 5.º *Fin de la curaduría de bienes del ausente.*

918. Casos en que termina esta curaduría..... 549

Sección II. — Curaduría de la herencia yacente.

919. ¿Cuáles herencias se reputan *yacentes?*..... 549
920. La curaduría de la herencia yacente es dativa..... 550
921. Intervención de los agentes diplomáticos y consulares en el nombramiento de curador de la herencia yacente, en el caso de que el difunto tuviere herederos extranjeros..... 550
922. Deber del juez de aceptar el individuo propuesto por el Cónsul..... 551
923. ¿Cuándo y con qué requisitos puede el juez autorizar la venta de los bienes de la herencia yacente?..... 551
924. Fin de la curaduría de la herencia yacente..... 552

Sección III. — Curaduría de los bienes del que está por nacer.

925. Casos en que puede haber lugar á esta curaduría..... 552
926. La curaduría del hijo póstumo puede ser testamentaria ó dativa.... 553
927. El tutor testamentario del póstumo se presume designado para ejercer la curaduría..... 553
928. ¿Cuándo y por quiénes puede pedirse que se nombre curador dativo al póstumo?..... 553
929. ¿Cuándo cesa la curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer?..... 554
930. Otros casos de curaduría de bienes no mencionados en el título 30.. 554

Sección IV. — Reglas comunes á todas las curadurías de bienes.

931. Facultades administrativas de los curadores de bienes..... 555
932. Actos que les están especialmente prohibidos..... 555
933. Formalidades con que pueden por excepción ejecutarlos..... 556
934. Poder de representación judicial de los curadores de bienes..... 556
935. Toda curaduría de bienes cesa por la extinción ó inversión completa de ellos..... 557

TÍTULO XXXI.º

De los curadores adjuntos.

936. Casos en que se nombran..... 557
937. Sus facultades administrativas..... 558
938. Son independientes de los respectivos padres, maridos ó guardadores. 558
939. Responsabilidad subsidiaria de estos respecto de los curadores adjuntos..... 558

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

TÍTULO XXXII.º

De los curadores especiales.

940. Las curadurías especiales son dativas..... 559
941. Curadores *ad litem*..... 560
942. Al curador especial se le exime de la confección de inventario..... 560

TÍTULO XXXIII.º

De las incapacidades y excusas para la tutela.

943. Distinción entre las causales de incapacidad y las causales de excusa. 561

CAPÍTULO I.º

DE LAS INCAPACIDADES.

944. División..... 562

§ 1.º *Reglas relativas á defectos físicos y morales.*

945. Personas que por estos motivos son incapaces de ejercer tutela ó curaduría..... 562

§ 2.º *Reglas relativas al sexo.*

946. En principio, las mujeres son incapaces de ejercer una guarda. Excepciones..... 563

§ 3.º *Reglas relativas á la edad.*

947. El menor habilitado no puede ejercer una guarda..... 564
948. ¿*Quid* si se defiere una guarda á un ascendiente ó descendiente menor de veintiún años?..... 564
949. Casos en que es inválido el nombramiento del tutor ó curador menor. 565
950. ¿Cómo debe procederse cuando no hubiere certidumbre acerca de la edad del guardador?..... 565
951. La avanzada edad no es causa de incapacidad..... 566

§ 4.º *Reglas relativas á las relaciones de familia.*

952. Incapacidad del padrastro..... 566
953. Incapacidad relativa del marido respecto de sus hijos naturales..... 566
954. Incapacidad del hijo respecto del padre disipador..... 567

§ 5.º *Reglas relativas á la oposición de intereses ó diferencia de religión entre el guardador y el pupilo.*

955. No puede ser guardador de una persona el que le dispute su estado civil..... 568

Números. Páginas.

956. Tampoco pueden serlo los acreedores ó deudores del pupilo ni los que litiguen con él..... 568
957. Excepciones respecto del guardador testamentario..... 569
958. Diferencia entre la religión del tutor ó curador y la del pupilo en que debe ser ó ha sido educado el pupilo..... 569
959. Si ambos padres han muerto, para saber cual ha de ser la religión en que el pupilo debe ser educado, se estará á lo que hayan hecho los mismos padres y á su voluntad presunta..... 570
960. La incapacidad proveniente de la diferencia de religión no comprende á los curadores de bienes..... 570

§ 6.º *Reglas relativas á la incapacidad sobreviniente.*

961. Las causas de incapacidad que sobrevengan ponen fin á la guarda... 570
962. Efecto de la demencia del guardador en los actos que durante ella hubiere ejecutado..... 571
963. Deber de la ascendiente ó madre guardadora de denunciar al juez el matrimonio que quisiere contraer. Sanción de este deber..... 571

§ 7.º *Reglas generales sobre las incapacidades.*

964. Obligación del tutor ó curador de denunciar las causas de incapacidad anteriores ó sobrevinientes. Sanción..... 572
965. Efectos de las causas ignoradas de incapacidad..... 572
966. Plazos para provocar el juicio sobre incapacidad..... 573

CAPÍTULO II.º

DE LAS EXCUSAS.

967. División..... 574

Sección I. — Causas de excusa.

968. Enumeración de las causas de excusa. Examen de ellas..... 574
969. Cuando se ejercen dos guardas de pupilos extraños, hay derecho de excusarse de una para encargarse de la de un hijo..... 576
970. El tener cinco ó más hijos bajo patria potestad no sirve de excusa para servir la tutela ó curaduría de un hijo..... 577
971. ¿Quiénes pueden alegar como excusa el ejercicio de la guarda de un mismo pupilo por diez ó más años continuos?..... 577
972. ¿*Quid* si el guardador no encuentra fiador?..... 578

Sección II. — De los plazos para alegar las excusas.

973. Plazos para alegar en general las excusas..... 578
974. Plazos para no aceptar la guarda que se defiere..... 579
975. Sanción para el caso en que las excusas no se aleguen oportunamente. 579
976. Si los motivos de excusa sobrevienen durante la guarda, no prescriben por la demora en alegarlos..... 580
977. ¿Qué debe hacerse con el guardador nombrado que está en país extranjero ó cuyo paradero se ignora?..... 580

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

CAPÍTULO III.º

REGLAS COMUNES Á LAS INCAPACIDADES Y Á LAS EXCUSAS.

978. Las excusas alegadas se califican en juicio contradictorio..... 581
979. Responsabilidad del guardador cuyas excusas no fueren aceptadas... 581

TÍTULO XXXIV.º

De la remuneración de los tutores y curadores.

980. División..... 582

Sección I. — De los casos en que hay lugar á remuneración.

981. ¿Cuál es, en general, la remuneración del guardador?..... 583
982. No goza de ella : 1.º) Cuando las rentas del pupilo apenas alcanzan para su precisa subsistencia..... 583
983. 2.º) Cuando el guardador administra fraudulentamente..... 583
984. 3.º) Si por administración descuidada los bienes sufren detrimento... 584
985. 4.º) Los curadores especiales y los adjuntos no tienen derecho á la décima..... 584
986. Remuneración del guardador interino..... 584

Sección II. — De la décima.

987. ¿De qué frutos se toma la décima?..... 585
988. ¿*Quid* si varios guardadores administran conjuntamente?..... 585
989. ¿Quiénes pueden solicitar del juez la conveniente distribución de la décima entre los varios guardadores de un pupilo?..... 586
990. Los guardadores pueden hacerla de común acuerdo..... 586
991. Los gastos necesarios del guardador en el desempeño de la guarda no se imputan á la décima..... 586
992. La décima no se toma sino de los frutos líquidos..... 587
993. ¿*Quid* de los frutos pendientes al tiempo de principiar ó expirar la guarda?..... 587
994. ¿Qué cosas no se cuentan entre los frutos de que debe deducirse la décima?..... 587

Sección III. — De la remuneración asignada por testamento.

995. Reglas aplicables á las asignaciones testamentarias hechas al guardador en recompensa de su trabajo..... 588
996. Las excusas aceptadas privan al guardador testamentario de la cuota que se le haya asignado por su trabajo; las sobrevinientes sólo de una parte proporcional..... 589
997. Efecto, en este particular, de las incapacidades preexistentes, y de las que sobrevienen sin culpa del guardador..... 589

Números. Páginas.

TÍTULO XXXV.º

De la remoción de los tutores y curadores.

998. ¿Cómo se verifica? Enumeración de los motivos que dan lugar á ella. 590
999. ¿Qué se entiende por descuido habitual? Sanción..... 592
1000. La remoción de una guarda por hecho ó culpa grave, autoriza para remover al guardador de otras guardas..... 592
1001. ¿Quién puede provocar la remoción?..... 593
1002. Mientras pende el juicio de remoción, debe nombrarse un curador interino..... 593
1003. Responsabilidad del tutor ó curador removido..... 594

TÍTULO XXXVI.º

De las personas jurídicas.

Sección I. — Generalidades. Definición y división de las personas jurídicas.

1004. Definición de las personas jurídicas. Sus caracteres distintivos. Derechos que pueden ejercer. Obligaciones que pueden contraer..... 594
1005. Distintas clases de personas jurídicas. ¿Qué se entiende por *corporación?*..... 597
1006. Las corporaciones legítimas y públicas tienen derecho á ser reconocidas como personas jurídicas..... 598
1007. El título 36 del Código Civil no se refiere á las sociedades industriales ni á las corporaciones ó fundaciones de derecho público.. 598

Sección II. — Formación y constitución de las corporaciones y fundaciones.

1008. Disposiciones que reconocen como personas jurídicas la Iglesia católica, las iglesias y las asociaciones religiosas católicas..... 599
1009. ¿*Quid* de las entidades políticas y administrativas y de las corporaciones creadas ó reconocidas por la ley?..... 600
1010. La Santa Sede y los Gobiernos extranjeros se reconocen como personas jurídicas, pero no pueden adquirir bienes raíces en Colombia..... 601
1011. Toca al Poder Ejecutivo aprobar los reglamentos ó estatutos de las corporaciones. Las fundaciones se rigen por los estatutos del fundador, y en su defecto como lo disponga el Presidente de la República..... 601

Sección III. — De las corporaciones.

1012. Las corporaciones son personas distintas de sus miembros individualmente considerados..... 603
1013. La voluntad de la mayoría lo es de la corporación. ¿Quiénes la representan?..... 604
1014. ¿En qué medida la obligan los actos de sus representantes?..... 604

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Números. Páginas.

1015. ¿Qué clase de acción tienen los acreedores de una corporación contra ella?..... 605
1016. Fuerza obligatoria de los estatutos de una corporación..... 606
1017. Capacidad de las personas jurídicas para adquirir bienes raíces.... 606
1018. Disposiciones transitorias de la Ley 100 de 1888, relativas á las corporaciones existentes al promulgarse la Constitución de 1886.... 608
1019. Disposición excepcional del artículo 30 de esta Ley acerca del nombramiento de representantes de las corporaciones que tienen por objeto atender conjuntamente á la enseñanza y á la beneficencia.. 608
1020. Manejo y administración de los bienes pertenecientes á las personas jurídicas extinguidas con motivo de la Ley 100 de 1888..... 609
1021. ¿ *Quid* de los que pertenezcan á una corporación cualquiera que se disuelve?..... 609
1022. ¿Á quién corresponde integrar ó renovar las corporaciones cuyos miembros desaparezcan ó queden reducidos á tan corto número que no puedan ya cumplirse los objetos para qué fue instituida?. 610

Sección IV. — De las fundaciones de beneficencia pública.

1023. ¿Qué se entiende por *fundación?* Cuáles son las únicas que se reconocen como personas jurídicas?..... 610
1024. Deber constitucional del Presidente de la República acerca de la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común..... 611
1025. ¿En qué casos fenecen las fundaciones?..... 611

Sección V. — Personas jurídicas extranjeras.

1026. ¿Qué debe tenerse en cuenta para determinar el carácter nacional ó extranjero de una sociedad ó corporación? Principio constitucional sobre los derechos de las personas jurídicas extranjeras..... 611

APÉNDICE..... 613

TABLA

DE LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EXPLICADOS Y CITADOS EN EL TOMO PRIMERO[1].

I. — CONSTITUCIÓN.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
11.....	12	52.....	40.
8 à 14.....	85, en nota.	76.....	50, 562, en nota.
11.....	85, en nota.	79.....	50.
14.....	1026.	80.....	52.
22.....	149.	81.....	52.
23-24.....	152, en nota.	88.....	50.
28.....	65.	89.....	52.
31.....	60, 62, 275, 276 y 277.	118.....	50, en nota.
32.....	343.	119.....	56, en nota.
34.....	90, 1022, en nota.	120.....	55, 1024.
37.....	90, 1017.	185.....	23.
47.....	1008, en nota.	205.....	53.
49.....	1011.		

II. — CÓDIGO CIVIL.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
1.....	41.	18.....	D., 85.
2.....	42.	19.....	87 s.
3.....	43.	20.....	89, 92 y 96.
4.....	44.	21.....	109 s.
5.....	45.	22.....	113 s.
6.....	45.	23.....	D., 67.
7.....	46.	24.....	D., 118.
8.....	47, 141.	25.....	123.
9.....	48.	26.....	124.
10.....	D., 49[1].	27.....	127.
11.....	51 s.	28.....	128.
12.....	D., 53.	29.....	128.
13.....	D., 60.	30.....	129 s.
14.....	63.	31.....	136.
15.....	76 s.	32.....	137.
16.....	79 s.	33.....	140.
17.....	58 s.	34.....	140.

[1] Los artículos marcados con una D, están derogados y los marcados con una R, reformados.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Artículos.	Números.
35	140, 219.
36	140.
37	140, 221.
38	140, 222.
39	140, 222.
40	140.
41	140.
42	140, 220.
43	140, 220.
44	140, 220.
45	140, 220.
46	140.
47	140, 224.
48	140, 224.
49	140.
50	140.
51	D., 140.
52	140.
53	140.
54	140, 220.
55	140.
56	140.
57	140.
58	140.
59	140.
60	D., 140.
61	140.
62	140.
63	140.
64	R., 140.
65	140.
66	140.
67	D., 140.
68	D., 140.
69	140.
70	D., 140.
71	42.
72	143.
73	148.
74	149.
75	150.
76	163.
77	154 s.
78	164.
79	166.
80	166.
81	167.
82	168.
83	165.
84	169.
85	170 s.
86	173.
87	161.
88	159 s.
89	162.
90	174.
91	176.
92	177.
93	175.
94	178.
95	179.
96	183 s.
97	185 s.
98	201.
99	197.
100	197.
101	198.
102	198.
103	198.
104	198.
105	200, 202.
106	203 s.
107	195.
108	207.
109	208 s.
110	226 s.
111	229, 231.
112	230, 236.
113	232 s.
114	D., 265.
115	237, 308.
116	240, 511.
117	241, 511.
118	242.
119	242.
120	243.
121	244.
122	245.
123	246.
124	247 s.
125	247 s., 737.
126	257.
127	252 s., 263.
128	250.
129	250.
130	251, 254, 308.
131	255.
132	261.
133	262.
134	256.
135	258.
136	260.
137	264.
138	259.
139	D., 265.
140	213 s., 238, 284, 288, s., 291, 295 s., 299, 301, 304 s., 309 s., 312 *bis*, 315 s., 510.
141	285.
142	298.
143	300, 303.

Artículos.	Números.
144	303.
145	292, 312.
146	D., 314, 292.
147	D., 318.
148	320 s.
149	324.
150	325.
151	322 s.
152	212, 327.
153	340.
154	330, 332.
155	331, 332.
156	334 s.
157	338.
158	339.
159	350.
160	346.
161	346.
162	342.
163	343.
164	345.
165	344.
166	341.
167	351.
168	347.
169	354.
170	355.
171	356.
172	357.
173	358.
174	359.
175	360.
176	363 s., 372 s.
177	365, 373.
178	331 s., 366 s.
179	363.
180	369 s.
181	378 s.
182	374 s.
183	388 s., 395.
184	377.
185	391 s.
186	396 s.
187	385 s.
188	400, 402.
189	408.
190	408.
191	394, 403 s.
192	397 s.
193	409 s.
194	411.
195	412 s.
196 [1]	415.
213	418 s.
214	419 s., 428.
215	429.
216	426.
217	432.
218	432.
219	433.
220	422 s.
221	434.
222	435.
223	436 s.
224	439.
225	441.
226	442.
227	442.
228	443.
229	444.
230	445.
231	446.
232	447.
233	448.
234	449.
235	450.
236	451 s.
237	452 s.
238	456.
239	457 s.
240	462.
241	462.
242	462.
243	463.
244	464.
245	451, 468.
246	451.
247	465.
248	466.
249	467.
250	470.
251	471.
252	471.
253	472.
254	476.
255	476.
256	477.
257	481 s.
258	485 s.
259	491.
260	486.
261	487.

[1] Los artículos 197 á 212 se explican en el título 22 del libro 4º del Código. V, el n. 416 de este tomo.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Artículos.	Números.
262	474.
263	475.
264	473.
265	478.
266	479.
267	480.
268	490.
269	493.
270	494.
271	495 s.
272	497.
273	498.
274	499.
275	498, 503.
276	500.
277	501.
278	505.
279	504.
280	506.
281	508.
282	512 s.
283	514.
284	515.
285	515.
286	518.
287	516 s.
288	D., 519.
289	520.
290	521.
291	522 s., 525.
292	524.
293	526.
294	530, 538.
295	527 s., 552.
296	529.
297	531.
298	532 s.
299	534.
300	539.
301	540 s., 795.
302	537.
303	535.
304	536.
305	547.
306	543.
307	544 s.
308	546.
309	542.
310	548.
311	549.
312	550.
313	551.
314	553 s.
315	557 s.
316	552.
317	565.
318	D., 567.
319	D., 567.
320	D., 567.
321	D., 567.
322	D., 567.
323	D., 567.
324	D., 567.
325	D., 567.
326	D., 567.
327	D., 567.
328	D., 567.
329	D., 567.
330	D., 567.
331	D., 567.
332	D., 567.
333	D., 593.
334	D., 593.
335	599 s.
336	605.
337	603, 606.
338	604.
339	607.
340	608 s.
341	610.
342	611.
343	614.
344	615.
345	535, 612.
346	616.
347	617.
348	618.
349	625.
350	627, 684.
351	626.
352	627.
353	631, 661.
354	634.
355	632.
356	637 s.
357	636.
358	637.
359	637.
360	637.
361	637.
362	639.
363	639.
364	641.
365	642, 681.
366	649.
367	643.
368	645.
369	646, 683.
370	647.
371	648.
372	659, 683, s.
373	660.

Artículos.	Números
374	661.
375	662.
376	656.
377	684.
378	657.
379	662.
380	665.
381	683 s.
382	679 s., 682.
383	653.
384	654.
385	627, 637.
386	627, 637.
387	628, 655.
388	629.
389	655.
390	658.
391	658.
392	667.
393	669.
394	668.
395	670 s.
396	674.
397	676.
398	677.
399	678 s.
400	650, 675.
401	686 s.
402	690.
403	691 s.
404	693 s.
405	695.
406	689.
407	685.
408	650.
409	619.
410	663 s.
411	697 s., 707 s.
412	703.
413	709.
414	709, 727.
415	704.
416	706.
417	716.
418	717.
419	711.
420	712.
421	713 s.
422	712 s., 420.
423	718 s.
424	721 s., 724.
425	723.
426	725 s.
427	705.
428	734.
429	741.
430	742.
431	735.
432	736.
433	737 s.
434	739.
435	740.
436	741.
437	743 s.
438	748.
439	749.
440	746.
441	750.
442	747.
443	751.
444	752.
445	753 s.
446	753.
447	756.
448	757 s.
449	758.
450	759.
451	760.
452	760.
453	761.
454	762.
455	763.
456	764 s.
457	766.
458	767.
459	768.
460	769.
461	770.
462	772.
463	777.
464	774.
465	776.
466	775.
467	778.
468	779 s.
469	782.
470	784.
471	783.
472	785.
473	786.
474	787.
475	788.
476	789.
477	789.
478	790.
479	791.
480	794.
481	800.
482	802.
483	804, 806, 410.
484	805, 806 s.
485	812.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

Artículos.	Números.
486	813.
487	813.
488	812.
489	814.
490	815.
491	824.
492	825.
493	817.
494	801.
495	801, 829.
496	801 s., 827.
497	830.
498	831.
499	818 s.
500	796, 828.
501	820 s.
502	797 s., 832.
503	842.
504	836 s.
505	838 s.
506	841.
507	840.
508	833.
509	834.
510	835.
511	843.
512	844.
513	844.
514	845.
515	846 s.
516	849.
517	851 s.
518	857.
519	853.
520	854.
521	855.
522	856.
523	856.
524	858.
525	858.
526	859 s.
527	850.
528	862.
529	795, 863.
530	864.
531	875, 879.
532	869.
533	870.
534	867 s.
535	871.
536	504 s., 872.
537	876.
538	878.
539	877.
540	875.
541	881.
542	882.
543	883.
544	883.
545	884 s., 890.
546	886.
547	886.
548	887.
549	888.
550	891, 893.
551	892.
552	894.
553	897.
554	895.
555	896.
556	898.
557	899.
558	900 s.
559	903.
560	904.
561	906.
562	907 s.
563	910 s.
564	915.
565	914.
566	913.
567	917.
568	916.
569	919 s.
570	921.
571	922.
572	923 s.
573	926.
574	927.
575	931.
576	932.
577	933.
578	934.
579	918, 920.
580	935.
581	937.
582	938 s.
583	940 s.
584	942.
585	943.
586	945.
587	946.
588	947 s.
589	950.
590	952.
591	953.
592	954.
593	955.
594	956.
595	957.
596	958 s.
597	961.

Artículos.	Números.
598	962.
599	963.
600	964 s.
601	966.
602	968.
603	969.
604	970.
605	972.
606	971.
607	973.
608	974.
609	975.
610	976.
611	977.
612	978.
613	979 s.
614	981, 987 s.
615	990.
616	991.
617	995.
618	996.
619	997.
620	986.
621	983, 984.
622	982.
623	992.
624	993.
625	994.
626	985.
627	998.
628	999.
629	1000.
630	1001.
631	1002.
632	1003.
633	1004 s.
634	1006.
635	1007.
636	1011.
637	1012.
638	1013.
639	1013, 1019.
640	1014.
641	1016.
642	1016.
643	D. 1017, en nota.
644	D. 1017, en nota.
645	D. 1017, en nota.
646	1015.
647	D. 1021, en nota.
648	1022.
649	1020 s.
650	1011.
651	D. 1024, en nota.
652	1025.

III. — Código de Comercio (Terrestre).

Artículos.	Números.
Contenido	16, 49.
2 y 3	47.
12 á 14	415, en nota.
188	100.
189 á 192	140, en nota.
198 y 199	140, en nota.
200	140, en nota.
202	98.
203 á 209	99, en nota.
464	415.
122 y 147	908.
145, 146, 163	909.

IV. — Código de Comercio Marítimo.

Artículos.	Números.
Su división	16, 49.
89	633, 637.
99	633.

V. — Código Penal.

Artículos.	Números.
Su división	17, 49.
101	562.
439 á 450	318, en nota.
504 y 836 á 839	1003.
692	582, en nota.
725	479.
812, 813	907.
840 á 843	72, en nota.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

VI. — Código Judicial.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
Su división..	18, 49.	1408.....	119, 319, 337.
301 á 308....	543 s.	1409.....	338, en nota.
309 á 312 ...	383, en nota.	1411 á 1415.	551.
316, 317....	1004, en nota.	1416.....	563.
378.....	110.	1443 á 1447.	1001.
879.....	110.	1448.....	966, 978, en nota.
1199.....	909, en nota.	1449 s.....	548, 549, en nota.
1237 á 1245.	924, en nota.		

VII. — Código Fiscal.

Artículos.	Números.
Su división.	19, 49.

VIII. — Código Militar.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
Su división.	20, 49.	1140.....	637.

IX. — Código de Minas.

Artículos.	Números.
Su división.	21.

X. — Leyes especiales.

Ley 57 de 1887.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
1 á 3.....	12.	15.....	308, 312 *bis*, 318.
5.....	49, 953.	16.....	226.
6.....	140, 418.	17.....	236.
7.....	568, en nota, s.	18.....	272, 370, en nota.
8.....	140.	19.....	425.
9.....	200, en nota, 202.	20.....	567. 425
10.....	265, 266.	21.....	Números.
11.....	269.	24, 25, 26...	1008.
12.....	289, 304.	27.....	1004, 1017.
13.....	248, 284 s. 987.	—	1021, 1024.
14.....	294, 314, 983.	59	178.

Ley 153 de 1887.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
3.....	144.	46.....	65.
4.....	138.	47.....	65.
5.....	138.	48.....	57.
6.....	61.	49.....	60, 65.
7.....	40.	50.....	274.
8.....	57.	51.....	326, 336.
10.....	59.	52.....	455.
11.....	54.	53.....	159, 160, 216, 347, 360, 485, 519, 548, 550, 565, 756.
12.....	55.		
13.....	47, 57.		
14.....	145.	54.....	568, 575.
15.....	15.	55.....	376, 456, 570.
17.....	64.	56.....	115, 453, 569, 571, 574.
18.....	62, 276.	57.....	461, 576.
19.....	67.	58.....	568, 573, 575, 603.
20.....	67.	59.....	593.
21.....	67, 273, 275.	60.....	594.
22.....	67.	61.....	595.
23.....	68.	62.....	596.
24.....	67.	63.....	597.
25.....	68, 71.	64.....	597.
26.....	68.	65.....	567, 593.
27.....	67.	66.....	456, 569, 578, 598, 701.
28.....	69.	67.....	579, 583.
30.....	70.	68.....	580.
31.....	70, 71.	69.....	580.
32.....	69.	70.....	581, 689.
33.....	69.	71.....	582, 587.
34.....	71.	73.....	582, 709, en nota.
35.....	71.	74.....	588, 689, 701.
36.....	71.	75.....	584.
37.....	71.	76.....	590, 715.
38.....	72.	77.....	591, 592, 701.
39.....	74.	78.....	586.
40.....	75.	81.....	44, 90.
41.....	69.	86.....	512, en nota.
42.....	69.	106.....	90.
43.....	65.	107.....	90.
44.....	65.	109.....	90.
45.....	66, 265, 576.	132.....	468.

Ley 30 de 1888.

Artículos.	Números.
34.....	271, 312 *bis*.

Ley 35 de 1888.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
4.....	1008.	17.....	270.
5.....	1008.	19.....	326, 336

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

LEY 100 DE 1888.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
1.....	1018.	4.....	1020.
2.....	1018.	23.....	941, en nota.
3.....	1019.		

LEY 147 DE 1888.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
Su división.	18.	158.....	156.

LEY 149 DE 1888.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
1.....	22.	61.....	140.
34.....	41, en nota.	62.....	140.
54.....	53.	63.....	140.
55.....	53.	64.....	140.
56.....	53.	373.....	154, en nota, 155.

LEY 95 DE 1890.

Artículos.	Números.	Artículos.	Números.
1.....	140.	5.....	430, 432, 434 y 445.
3.....	339.	6.....	431, 434, 445.
4.....	339, en nota.		

Ley de 15 de Junio de 1853..... 268
Ley de 8 de Abril de 1887..... 268
Ley 33 de 1866..... 117
Ley 2 de 1886..... en nota, 1010
Ley 30 de 1896..... 14, 90
Ley 32 de 1896..... 14
Ley 38 de 1887..... 21
Ley 53 de 1887..... 1017
Ley 145 de 1888..... 147, 150, 154
Ley 147 de 1888..... 18
Ley 105 de 1890..... 59, 203, 396, 549, 925, en nota, 1001

ERRATAS[1].

				Dice.	Léase.
P.	5,	línea	28 :	*11,*	H.
»	17,	»	28 :	*hoy,*	hay.
»	27,	»	11 :	*reformación,*	formación.
»	28,	»	22 :	*8.°,*	80.
»	44,	»	17 :	*minoridad,*	menoridad.
»	48,	»	17 :	*fideicomisario,*	fiduciario.
»	51,	»	16 :	*abrogado,*	otorgado.
»	51,	»	21 :	*legítimos,*	legítima.
»	73,	»	27 :	*201,*	202.
»	78,	»	3 :	*23,*	22.
»	96,	»	20 :	*59,*	57.
»	122,	»	21 :	*57,*	59.
»	127,	»	28 :	*representaren,*	presentaren.
»	129,	»	14 :	*destinatorio,*	destinatario.
»	136,	»	7 :	*redudancia,*	redundancia.
»	144,	»	17 :	*judicata nec,*	judicata aliis nec.
»	167,	»	12 :	*87,*	57.
»	183,	»	26 :	*celebrado,*	celebrados.
»	184,	»	13 :	*pater id est quem,*	pater is est quem.
»	187,	»	7 :	*el 14,*	el 141.
»	187,	»	26 :	*la prescrito,*	lo prescrito.
»	194,	»	8 :	*inclinaremos,*	inclinamos.
»	203,	»	3 :	*8ª,*	30.
»	212,	»	26 :	*éste,*	esto.
»	218,	»	25 :	*los ceda,*	les ceda.
»	245,	»	32 :	*lo es,*	le es.
»	249,	»	37 :	*mujer en juicio,*	mujer de comparecer en juicio.
»	254,	»	25 :	*por su cuenta,*	por cuenta.

[1] Sólo hemos indicado las más importantes, dejando al cuidado del lector las demás que fácilmente pueden notarse y que no alteran el sentido de las frases. Además, debe tenerse en cuenta que las erratas señaladas en esta lista no comprenden sino hasta la página 544, que es la última que hemos podido tener impresa á tiempo de escribir esta página de la obra.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

	Dice :	Léase :
P. 257, línea 6 :	*comprados,*	comunes.
» 257, » 20 :	*debern,*	deberían.
» 273, » 10 :	*la fidelidad,*	la presunción de fidelidad.
» 275, » 26 :	*á la separación,*	ó la separación.
» 275, » 35 :	*al artículo,*	el artículo.
» 285, » 31 :	*obligación,*	aplicación.
» 296, » 11 :	*matrimonio,*	nacimiento.
» 296, » 12 :	*precisamente al,*	precisamente sino al.
» 309, » 12 :	*veinticinco,*	veintiún.
» 324, » 2 :	*tener,*	temer.
» 327, » 9 :	*es establece,*	se establece.
» 331, » 6 :	§ *3°,*	§ 4.°
» 335, » 30 :	§ *4°,*	§ 5.°
» 338, » 15 :	*materna,*	paterna.
» 348, » 15 :	*las que,*	los que.
» 379, » 9 :	*madre? Á,*	madre á.
» 379, » 22 :	*Hijos naturales,*	Hijos ilegítimos.
» 391, » 23 :	*modo pone,*	modo se pone.
» 401, » 22 :	*en del,*	es el del.
» 428, » 42 :	*bautismo,*	bautizado.
» 448, » 4 :	*315,*	415.
» 453, » 2 :	*cónyuges,*	cónyuge.
» 453, » 4 :	*invariablemente,*	ínvariable.
» 462, » 9 :	*manus publicus,*	munus publicum.
» 473, » 17 :	*pueda,*	no pueda.
» 474, » 44 :	*situación,*	sustitución.
» 500, » 33 :	*se comprende,*	se comprenden.
» 515, » 28 :	*y educación,*	y educación del hijo.
» 527, » 38 :	*Ficino,*	Ticino.

Al final del número 175 del texto (pág. 120) debe entenderse colocado el inciso 2° del art. 90 que dice :

« La criatura que muere en el vientre materno, ó que parece antes de estar completamente separada de su madre, ó que no haya sobrevivido á la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. »

El art. 11 de la Ley 100 de 1892 citado en el número 323 (pág. 209) se derogó por el 69 de la Ley 169 de 1896.

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX VITAM
BAR-LE-DUC

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

SALA DE PATRIMONIO
DOCUMENTAL
Centro Cultural Biblioteca
Iván Echeverría Villegas

BIBLIOTECA
Universidad EAFIT
100134975

UNIVERSIDAD
EAFIT
Biblioteca
Sala de Patrimonio Documental