

X Alfredo Pérez Guerrero _____

X **FUNDAMENTOS DEL DERECHO
CIVIL ECUATORIANO**=====

(Título Preliminar del Código Civil)_____

Referencias a otras Legislaciones y a la Jurispru-
dencia ecuatoriana _____

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIVM POTENTIOR EST SAPIENTIA
UNIDAD EN LA DIVERSIDAD
QUITO
ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

_____ (Conclusión)

LECCION DECIMA PRIMERA

PALABRAS DE USO FRECUENTE EN LAS LEYES

SUMARIO: Valor de las definiciones legales.—Función ideológica y gramatical del masculino.—La edad en relación con la capacidad de obrar y otros efectos jurídicos.—Consanguinidad y afinidad; grados y líneas.—El derecho canónico.—Reducción de los grados de parentesco y de los elementos integrantes de la familia.—Evolución constante —morfológica, económica y jurídica— de la familia.—Consanguinidad legítima e ilegítima.—La Ley Reformativa de noviembre de 1935.—Los hijos legítimos, naturales y de dañado ayuntamiento.—Los hijos ilegítimos: el Código Soviético de la Familia, al respecto.—Los hermanos.—Audiencia a los parientes.

1.—Este párrafo da el concepto o la definición de términos usados —según se dice— con frecuencia en las leyes. En verdad, los conceptos definidos son bastante empleados; pero hay muchos, otros tanto o más usados, que no están definidos en este párrafo, sino en otros: así por ejemplo, los vocablos contrato, delito, posesión, sucesión, legado, etc., etc. Podría decirse que el legislador ha conceptuado que los vocablos que define se usan en toda clase de materias jurídicas o en muchos de ellos; pero eso no es del todo cierto, pues, cada uno de los conceptos definidos, tiene aplicación en especiales ramas jurídicas: el parentesco, en las relaciones de familia y de sucesión por causa de muerte; las presunciones, en el capítulo de las pruebas; los plazos, en los contratos, etc.; y sólo secundariamente se toman en consideración en otras esferas jurídicas. Estamos, pues, tentados a afirmar que la elección de los términos ju-

rídicos se ha hecho arbitrariamente, y afirmamos, en todo caso, que bien pudo prescindirse de este párrafo y dejar los conceptos que él da, para que sean explicados y definidos en los capítulos o secciones correspondientes en que principalmente se consideran tales conceptos. Y ya que se quiso, de todas maneras, dar un párrafo de definiciones, los términos elegidos debieron ser los de mayor generalidad de aplicación, aquéllos que, estrictamente no estarían bien en el marco de instituciones que posteriormente se reglan. Es aceptable, por ejemplo, el Art. 21 ya que, en rigor, los conceptos de infante, impúber, adulto, etc., no miran sólo a las relaciones de familia y capacidad, para que pudieran ser definidos al tratar de la paternidad, filiación, o capacidad para contratar; pero la definición de hijo legítimo, supongamos, debió constar en el título en que se trata de ellos y no en el Título Preliminar. Por lo demás, salvo esta cuestión de método, y las observaciones que haremos al analizar las diversas normas, es útil para los propósitos de nuestra obra, realizar el estudio de las definiciones que se dan, pues de esta manera expondremos algunas ideas fundamentales, sobre nuestro derecho civil en lo que respecta al parentesco, matrimonio, filiación, etc.

2.—El contenido del párrafo puede reducirse a los siguientes puntos principales: parentesco, representación legal, culpa, fuerza mayor o caso fortuito, caución, presunción, plazos y medidas. Se da preferencia a las relaciones de parentesco dedicando a esta materia los Arts. 22 a 37; los otros conceptos son brevemente explicados. Casi todo lo expuesto en el párrafo es más amplia y detalladamente tratado en otros Títulos y Secciones del Código, como lo veremos al comentar cada una de las disposiciones. Sólo expondremos los conceptos básicos sobre las materias estudiadas, ya que un tratado completo, requeriría el análisis de gran parte del Código Civil y ello no nos corresponde por el momento, dados los propósitos y método de la obra.

Art. 20.—Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que, por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno sólo.

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

Concordancias:

Código de Méjico.—Art. 2.—La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

3.—Andrés Bello, eminente gramático, sabía bien que el género masculino sirve para designar la especie y que, por lo mismo, "niño, hombre, león, perro", etc., comprende a ambos sexos. Así, por ejemplo, se dice "el león es valiente", "el hombre es mortal", "el niño es débil", "el perro es fiel", y todos entendemos que nos referimos no sólo a los individuos de sexo masculino, sino también a los del sexo femenino. Hay razones históricas y sociológicas de todo orden para que así sea. La cultura ha sido hecha por el hombre, por el varón y éste, además, en todos los tiempos, se ha atribuido superioridades y privilegios sobre la mujer. Socialmente, y por lo tanto lingüísticamente, lo femenino es secundario y casi no cuenta. Así que, históricamente, lo que vale es lo masculino, el hombre; y los nombres que lo designan incluyen en su significado al sexo contrario o lo sobreentienden. Los pensamientos, los juicios, los principios y cualidades fundamentales son atribuidos al sexo masculino y secundaria e inferiormente, al femenino. Lingüísticamente, pues, el género masculino es eso, y es además, género común, cosa sobre la cual no se insiste suficientemente en los textos de castellano. El sentido del juicio que se enuncia indica si se trata sólo del sexo masculino o si hay que aplicarlo a ambos. Supongamos que se habla de las leyes. El Art. 212 prescribe que "los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y madre"; indudablemente el término "hijos" no se aplica sólo a los varones sino también a las mujeres, pues, unos y otros deben ese respeto y obediencia; hijos en el artículo es de género común. Pero el 216 dispone que corresponde a la madre divorciada cuidar personalmente de los "hijos menores de cinco años y de las hijas de toda edad": está muy claro

que, "hijos" se refiere a los varones, pues la cláusula establece una distinción entre hijos e hijas: hijos, pues, es de género masculino y no de género común. El Art. siguiente, 217, especifica el sexo añadiendo el calificativo "varones": "el cuidado personal de los hijos varones" El inciso que comentamos está, por lo mismo, de acuerdo con los principios gramaticales, a que brevemente nos hemos referido; y, en lo que respecta a las normas del Código Civil y a otras, hay que añadir que, en general, como lo prescribe el inciso, los vocablos masculinos tienen el valor de género común, más que masculino solamente. Para que sólo valga como género masculino es preciso que ello sea evidente, según el sentido, como en el caso que hemos citado, o que, como en el Art. 217, se añada el calificativo "varón" u otro semejante. Ocurre, pues, en el derecho un fenómeno especial, que no observamos en el hablar ordinario. En éste, lo común, es que si decimos, el niño, el hombre, etc., tomemos esas voces en su acepción masculina; en las normas jurídicas ocurre lo contrario: lo normal es que nos refiramos a ambos sexos y que por tanto, el género no sea masculino sino común. ¿Por qué? Porque los derechos y obligaciones en principio son los mismos para el hombre que para la mujer, salvo excepciones que es menester expresar; y, por lo mismo, no cabría en cada norma legal decir, supongamos: no pueden ser testigos en un testamento: los menores y las menores de diez y ocho años, los ciegos y las ciegas, los sordos y las sordas, etc. Basta con emplear la terminación masculina para que también se entiendan incluídas las mujeres. Podría añadirse una razón más que se deduce de las ya expuestas: el legislador, cuando da sus normas, abstrae de la realidad ciertos aspectos o cualidades, crea sus figuras jurídicas y los sujetos de las mismas que son entes así mismo jurídicos, en los que el sexo no es menester considerar ni influye en modo alguno en el ser que es el sujeto del derecho. Así el dominio y el usufructo son instituciones o creaciones jurídicas hechas por el legislador tomando varios elementos o cualidades del uso, goce, o disposición de las cosas por el hombre. Los titulares del dominio y del usufructo se llaman, respectivamente, "dueño" y "usufructuario"; y el "dueño" y "el usufructuario" tienen una suma determinada de obligaciones y derechos, no por ser hombres o por ser mujeres sino por haber adqui-

rido esa cualidad jurídica, esa abstracción legal de ser titulares de los respectivos derechos. El dueño y el usufructuario son, en consecuencia, entes, seres de naturaleza jurídica, aunque se trate en definitiva de hombres, mujeres, sociedades, etc. Piénsese, pues, lo absurdo que resultaría decir "El usufructuario hombre, mujer, corporación, fundación tendrá el deber de conservar la forma y substancia de la cosa dada en usufructo". No considera el legislador el sexo de los individuos que gozan de tal derecho y por eso basta decir sencillamente "el usufructuario". En otras ocasiones, la condición masculina o femenina entra como principal en la norma jurídica y, entonces, sí, es menester hacer distinciones sobre esa condición: en el matrimonio, por ejemplo, cuando se señalan los derechos y deberes de cada uno de los cónyuges.

4.—En el segundo inciso manda que las voces, mujer, niña, viuda y otras semejantes no se apliquen al sexo masculino "a menos que la ley las extienda a él expresamente". No recuerdo un sólo caso en que un vocablo que "designa el sexo femenino" se aplique también al masculino, por disposición expresa de la ley. Ni creo que lo haya, porque sería un absurdo gramatical y de lenguaje el que cuando una norma habla de mujer o viuda o niña pueda tal norma aplicarse a los varones. Distinto es que la ley diga que la misma regla se aplicará a éstos; pero no puede extender "la significación" de esos vocablos femeninos al otro sexo. Y lo que dice el inciso es precisamente que puede ocurrir que el sentido y significación de mujer, por ejemplo, puede referirse y comprender al varón. Gramatical y razonablemente eso es absurdo; y no se explica ni dando el inciso la interpretación de que comprenda el caso de voces clasificadas, como femeninas, pero que a veces se aplican al varón o al macho: persona, por ejemplo, consta en diccionarios como femenina y se refiere a ambos sexos, según se expresa en el mismo inciso anterior; mas el que comentamos sólo trata de las voces femeninas "que designan el sexo femenino" y no de las que por su terminación son femeninas, que es cosa diversa. Debió prescindirse de este inciso que carece de todo fundamento gramatical y de toda aplicación jurídica.

Art. 21.—Llámanse infante o niño 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, o simplemente mayor, el que ha cumplido veinte y un años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Concordancias:

C. Chileno.—Art. 26.—Llámanse infante o 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, o simplemente mayor, el que ha cumplido veinticinco años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Las expresiones mayor de edad, o mayor, empleadas en las leyes, comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a éstos.

C. Argentino.—Art. 126.—Son menores los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veintidós años cumplidos.

Art. 127.—Son menores impúberes los que aún no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta los veintidós años cumplidos.

Art. 128.—Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintidós años, y por su emancipación antes que fuesen mayores.

C. Alemán.—Art. 1.—La capacidad jurídica de un hombre comienza con su nacimiento.

Art. 2.—La mayor edad tiene comienzo al cumplir veintiún años.

Art. 3.—Un menor que ha cumplido diez y ocho años puede, con decisión del tribunal de tutela, ser declarado mayor.—Por esta declaración de mayor edad, el menor adquiere la situación jurídica de mayor.

C. de Méjico.—Art. 646.—La mayor edad comienza a los veintiún años cumplidos.

Art. 647.—El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

C. C. Soviético.—Art. 7.—La capacidad para adquirir derechos y crearse obligaciones civiles, mediante su propia actividad (capacidad para el ejercicio de los derechos) aparece en su plenitud para una persona cuando llega a su mayor edad.

Se llega a la mayor edad al cumplir los dieciocho años.

5.—Los derechos y obligaciones se distribuyen y adscriben tomando en consideración una multitud de circunstancias y cualidades. Unos tienen más deberes o más derechos que otros: lo que puede hacer jurídicamente el individuo mayor de veinte y un años, no puede hacerlo el menor; el ser casado o soltero, padre o hijo, varía la condición jurídica del individuo y el acervo de sus obligaciones y derechos. Los tratadistas distinguen la capacidad jurídica de la capacidad de obrar: la primera es la aptitud del hombre para ser sujeto de una relación jurídica, y en este sentido la capacidad jurídica es inherente al hombre por el hecho de serlo, y nada importa su condición, estado o edad. Mientras que la capacidad de obrar, o sea de realizar actos con eficacia jurídica, es relativa y variable. Las causas que modifican o influyen en esta clase de capacidad, son principalmente la edad, la salud, las relaciones de familia, la religión, la pena, la nacionalidad, el domicilio, la ausencia. La capacidad jurídica, en cambio, está determinada por el nacimiento o la creación legal si se trata de una persona jurídica, y se extingue por la muerte o la disolución de la personalidad jurídica. El Primer Libro del Código estudia detalladamente las causas modificatorias enumeradas en las secciones correspondientes. No nos corresponde en esta obra sino el análisis de lo que respecta a la edad, y al parentesco, desde un plano general y breve. Lo referente a la nacionalidad y extranjería lo hemos examinado también ya en una Lección anterior. En próxima obra trataremos en detalle de las relaciones provenientes del matrimonio y del valor de éste en la capacidad de obrar de los cónyuges.

6.—El artículo trata de la edad y según ella distingue o divide a los hombres en las siguientes clases: infante o niño desde cuando el nacimiento fija la existencia legal hasta los siete años; impúber, así mismo desde el nacimiento hasta los doce años, en la mujer, y hasta los catorce en el hombre; adulto desde los doce o catorce años, según se trate de varón o de mujer, en adelante sin limitación alguna; mayor de edad desde los veintiún años cumplidos, cualquiera que sea el sexo. Por otra parte, se denominan menores de edad en general todos aquéllos que no han cumplido aún los veintiún años. Fisiológica y psicológicamente la división básica del desarrollo humano en el tiem-

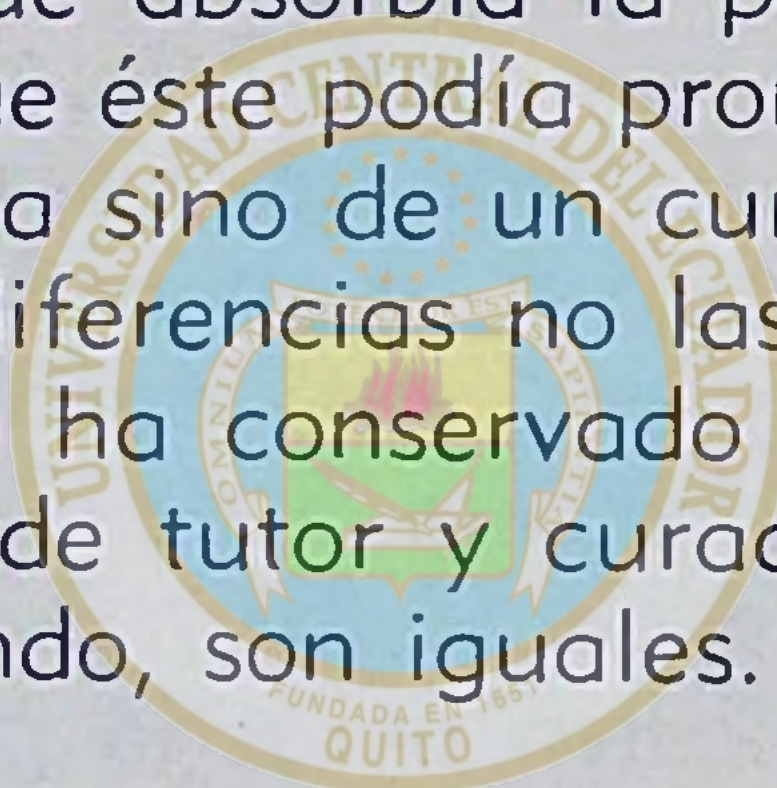
po la señala la aptitud del varón para engendrar y de la mujer para concebir, o sea la pubertad, por manera que la primera clasificación que se impone es la de impúberes y púberes. Se prefiere el término núbil en vez de púber aplicándolo a la mujer; mas, es preferible adoptar el vocablo púber, que también es castizo refiriéndolo a hombres o a mujeres. Púber es sustantivo en el concepto dicho; pero también se usa como adjetivo, diciendo por ejemplo "hombre púber", "mujer púbera". La impubertad tiene también aspectos diferenciales que han sido acogidos por el lenguaje, así puede considerarse la infancia, la puericia, la adolescencia. La mayor edad, tiene igualmente etapas fisiopsicológicas hasta llegar a la vejez y senilidad. El derecho tenía necesariamente que tener en cuenta las diferentes etapas de la vida humana para reglamentar respecto de cada una, la capacidad de obrar o, a lo menos, las modalidades o variaciones de esa capacidad. Y como la edad fija, en términos generales, esas variaciones orgánicas y espirituales, se ha tomado en consideración aquel factor para las clasificaciones respectivas. Claro que, en muchas veces, la edad mental y orgánica del individuo no coincide con su edad en años, y que un menor de catorce años, por ejemplo, puede tener mayor aptitud y capacidad que otro de quince o aún de mayor edad; pero como la ley no puede darse para casos individuales, se adoptan los términos medios o cómputos de mayoría sobre este asunto. Lo regular es que las edades señaladas por el artículo coincidan con las etapas de desarrollo real en el hombre.

7.—En verdad las edades detalladas por la norma no son las únicas consideradas en el Código, ni es únicamente en el derecho civil en el que influye la edad de las personas. La edad tiene importancia en el derecho político, el administrativo, el penal, etc.: fija o contribuye a fijar los derechos de ciudadanía; es uno de los requisitos para el desempeño de ciertos cargos públicos, contribuye a aumentar o a disminuir la gravedad de la infracción, etc., etc. En cuanto al primer punto, que es el que nos interesa, podemos señalar los siguientes períodos o etapas consideradas por el Código para importantes efectos. La edad de veinte y cuatro horas fija la existencia legal de las personas, de manera que si el nacido no vive a lo menos ese tiempo, se reputa no haber existido jamás (Art. 71). Los cinco años cumplidos en los varones daban derecho al padre para te-

ner el cuidado personal de su crianza y educación durante el divorcio (Art. 217). La edad de siete años habilita al que los tiene para adquirir la posesión de las cosas muebles (Art. 711); y en el derecho canónico daba la facultad de contraer esponsales. Los doce y catorce años cumplidos, según se trate de mujeres o de hombres, señalan la pubertad y con ella la posibilidad legal de contraer matrimonio (Art. 3º, número 3 de la Ley de Matrimonio Civil), de otorgar testamento (995), de designar la persona que haya de desempeñar la curatela (426), de administrar bienes con las limitaciones impuestas al hijo de familia (428, 247), etc. A los diez y ocho años de edad las personas pueden ser testigos en un testamento o en la celebración de un matrimonio (Art. 16 de la Ley de Matrimonio Civil); si contraen nupcias sin el consentimiento de las personas llamadas a darlo, el matrimonio es válido (Art. 7º de la misma ley); y si hay negativa para ese consentimiento, pueden exigir que se indique y demuestre la causa del disenso (Art. 108); en fin, tienen derecho de divorciarse por consentimiento expreso y de demandar el divorcio por las causas legales, sin necesidad de curador (Ley Reformatoria de 4 de diciembre de 1935). Debemos anotar la tendencia moderna de nuestro derecho para señalar la plenitud de la capacidad jurídica a los diez y ocho años en vez de los veinte y uno, tendencia concretada en la ley reformatoria que hemos citado y en algunas otras como el Código del Trabajo, la ley de los hijos ilegítimos, etc. Estamos de acuerdo con esa tendencia porque el desarrollo espiritual y cultural es hoy mucho más rápido que en antiguos tiempos, y es menester que la capacidad jurídica corresponda a esa plenitud de capacidad real para encauzar libremente la conducta de los individuos. Sería de desear que la reforma sea general, pues, no es congruente ni de buen sentido el que se dé capacidad para un acto trascendental e importantísimo como el divorcio, y se niegue capacidad para proponer un juicio de cien sures de cuantía, supongamos, o para contraer un préstamo por la misma suma. Los veinte y un años de edad señalan la plenitud de la capacidad jurídica y de obrar para toda clase de actos y contratos, siempre, claro, que no haya otro impedimento especial como la demencia, la condena, etc. A los veinte y cinco años prescriben las acciones del pupilo contra el guar-

dador, en razón de la tutela o curatela, salvo la acción para reclamar el saldo de la cuenta (Art. 415). La edad de sesenta y cinco años es una causa para excusarse de una guarda (Art. 503 N° 6). A los ochenta años el legislador presume que el desaparecido ha muerto y, por lo tanto, ordena que se conceda la posesión definitiva de sus bienes, en lugar de la provisional. (Art. 79). Tales son las principales edades consideradas por el Código Civil. De ellas las fundamentales y más fecundas en efectos jurídicos son las que fijan el principio de existencia legal, la pubertad y la mayor edad.

8.—No interesa considerar aspectos de diversa clase que la edad tuvo en el derecho canónico y en el derecho romano, quiritario y pretoriano, cuyo formulismo distinguió un período de infancia (*in fari*, no hablar) para el cual era menester un tutor que absorbía la personalidad del representado; y otro en que éste podía pronunciar la fórmula jurídica y no necesitaba sino de un curador que interpusiera su autoridad. Esas diferencias no las considera ya nuestro derecho civil aunque ha conservado inútilmente las denominaciones diversas de tutor y curador, con funciones jurídicas que, en el fondo, son iguales.



ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Art. 22.—Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo; y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

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

Concordancias:

P. de Bello.—Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones intermedias. Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal.

C. Argentino.—Art. 345.—El parentesco es vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco.

Art. 346.—La proximidad del parentesco se establece por líneas y grados.

Art. 347.—Se llama grado, el vínculo entre dos individuos, formado por la generación; se llama línea la serie no interrumpida de grados.

Art. 348.—Se llama tronco el grado de dónde parten dos o más líneas, las cuales por relación a su origen se llaman ramas.

Art. 349.—Hay tres líneas: la línea descendente, la línea ascendente y la línea colateral.

Art. 350.—Se llama línea descendente la serie de grados o generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes.

Art. 351.—Se llama línea ascendente la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes.

Art. 352.—En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, el bisnieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etc.

Art. 353.—En la línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en el segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, los hijos de primos hermanos en el sexto, y los nietos de primos hermanos en el octavo y así en adelante.

Art. 354.—La primera línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir, del padre y madre de la persona de que se trate, y comprende a sus hermanos y hermanas y a su posteridad.

Art. 355.—La segunda, parte de los ascendientes en segundo grado, es decir, de los abuelos y abuelas de la persona de que se trate y comprende al tío, al primo hermano, y así los demás.

Art. 356.—La tercer línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir, los bisabuelos y bisabuelas, y comprende sus descendientes. De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos.

C. de Méjico.—Art. 293.—El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Art. 296.—Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

Art. 297.—La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que,

sin descender unas de otras, procedan de un progenitor o tronco común.

Art. 298.—La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atienda.

Art. 299.—En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.

Art. 300.—En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.

9.—De las relaciones de familia y del parentesco se ocupan este artículo y los siguientes hasta el 37 inclusive. Tales relaciones han sido variables en el tiempo y para su determinación han intervenido, sucesivamente y en distinto grado, muchos factores. La familia y el parentesco actuales son distintos fundamentalmente de los que existieron en otras épocas, hasta el punto de que para esas relaciones se han inventado nombres especiales. El estudio de la familia primitiva ha ocupado a muchos sabios y los descubrimientos y observaciones hechas ocupan volúmenes. Acostumbrados nosotros a nuestro tipo familiar, casi no podemos comprender, o nos escandalizamos, al examinar los tipos de familia entre los pueblos primitivos y aún entre los civilizados de otros tiempos. Nos parece inmoral la promiscuidad primitiva, el matrimonio por grupos, el matrimonio exógamo o por raptó o compra, o el contraído con la propia hermana. Opinamos que el matriarcado es absurdo y que la poligamia demuestra inferioridad moral, y mucho más la poliandria. Nos extraña, igualmente, el vínculo agnaticio fundado en la patria potestad de la familia romana y lo numerosa que ella era, pues aún podía incluir en su esfera a los esclavos del **pater familias**, y calificamos como artificioso y desprovisto de fundamento el vínculo que unía a tantas personas. Hallamos preferible el parentesco de la sangre y proveniente de la mujer, parentesco llamado cognación. En fin, sólo parece moral, justa y definitiva la forma familiar que hemos conocido y dentro de la cual vivimos. No nos damos cuenta de que aún este tipo de fa-

milia está evolucionando ante nuestros ojos y de que, desde no hace medio siglo, el concepto y el fundamento de la misma ha sufrido transformaciones y limitaciones fundamentales. Basta para convencerse de ello considerar que —aparte de otros factores— la derogación del matrimonio canónico como institución legal, ha limitado en gran escala los grados de parentesco que importan para efectos jurídicos del matrimonio civil, sucesión por causa de muerte, impedimentos de varia índole, etc. Cuando el parentesco no surte efecto legal ni económico es porque ha perdido gran parte de su valor y esencia: los parientes que no conservan derecho a alimentos, ni a sucesión intestada y que pueden, además, como cualquier extraño, contraer nupcias entre sí, no forman ya parte de la familia. Esta, hoy, se limita a los ascendientes, descendientes y hermanos: los demás no cuentan como familia en sentido jurídico, sino, y en cantidad cada vez más reducida, en lo que respecta a vínculos de afecto o de cortesía social. No hace mucho tiempo, la sucesión intestada se extendía hasta el décimo grado de consanguinidad; los impedimentos para contraer matrimonio canónico —el único legal antes— eran numerosísimos, y había que obtener, cuando era posible, dispensas; y las formas y cualidades de parentesco establecidos por la iglesia eran de lo más complicadas y extensas. Nuestra familia también tiene que cambiar; está cambiando y disgregándose. Es éste también un problema de la hora y un grave problema, porque la familia ha sido considerada como la base y el eje de la sociedad y del Estado. No nos corresponde entrar en el análisis de este complicado asunto ligado con muchos otros, pero sí debemos, a lo menos, afirmar que ninguna de las creaciones humanas es eterna; que ninguna institución social o jurídica puede considerarse definitiva ni perfecta; y que todas ellas pueden ser substituídas por otras, sin que por ello deje la humanidad de seguir su tortuosa senda de ideales y esperanzas. Nada es necesario "en sí" y "para siempre" y los que claman por el "desquiciamiento" de la familia y aseguran que sin ella —como la conciben y la quieren— no es posible sociedad, ni moral, ni formación adecuada de las generaciones infantiles, se equivocan y yerran, como han errado siempre los espíritus encadenados al presente, los espíritus conservadores que sólo saben ver la estructura, la forma que la

vida social e individual adoptó ayer y adopta hoy; mas no la fuerza interna que es la vida misma y la esencia de esas formas y estructuras transitorias: esencia y vida que son tales porque se renuevan y cambian; y que dejarían de ser para tornarse en muerte, si se detuvieran e inmovilizaran en el estrecho símbolo que es toda forma conseguida.

10.—Parentesco es vínculo, relación entre dos personas, proveniente de la sangre o de la afinidad. Antes tenía importancia el parentesco fundado en la ley y en la religión: el primero se refería a la adopción, desechada en nuestro derecho civil, pero vigente en otras legislaciones; el segundo, a las relaciones de padrinzago, compadrazgo, etc., llamado parentesco espiritual, y que, de manera inmediata, nacía especialmente de los sacramentos del bautismo, confirmación y matrimonio. Este parentesco fué, naturalmente, acogido por nuestro Código Civil y leyes secundarias, y creó varios impedimentos que tienden hoy a desaparecer y que no tienen base jurídica puesto que ya no rige la legislación canónica. No obstante, el Código de Procedimiento Civil (Art. 237, N° 3), señala como impedimento para prestar testimonio el hecho de que entre el testigo y la parte haya parentesco espiritual. El parentesco que interesa es, principalmente, el de consanguinidad y el de afinidad, y éstos son los que vamos a estudiar en el presente artículo y en los siguientes. El que comentamos tiene varios conceptos fundamentales respecto a la consanguinidad. Ellos son los siguientes: el grado y las líneas, que pueden ser rectas o colaterales o transversales. Expliquemos estas palabras. Cada generación representa un grado y los grados, por lo mismo, se cuentan por el número de generaciones: así, del hijo al padre hay una sola generación y por consiguiente un grado, al abuelo dos, al bisabuelo tres grados, etc. La serie o sucesión de grados se llama línea: en ella está, pues, la serie de personas que proceden de un tronco común. Tronco es el grado o generación del cual parte una línea o varias. Si el abuelo, por ejemplo, tuvo dos hijos y éstos, a su vez, otros hijos, habrá que decir que de aquél parten dos líneas diversas que comienzan en cada grupo de los nietos y termina en el abuelo. Podría haber, por lo mismo, una sola línea, dos, tres, o más, según el caso que se considere. Cuando se trata de parientes ascendientes uno de otro, la línea es recta, y cuando de quienes no

están en ese caso, la línea es oblícua, colateral o transversal; en ambas líneas, naturalmente, es condición la de que haya un tronco común, pues de lo contrario, no habría parentesco de consanguinidad. El hijo, padre, abuelo, etc., estarán, pues, en línea recta de consanguinidad; si se considera la línea partiendo del descendiente para llegar al ascendiente, la línea recta sería ascendente, si lo contrario, será descendente. Dos hermanos o dos primos hermanos tendrán parentesco de consanguinidad en línea colateral u oblícua, pues ninguno de ellos es descendiente del otro, sino que ambos proceden de un tronco común. Lo mismo hay que decir del sobrino con respecto al tío, etc.

11.—Los grados, hemos dicho, se cuentan por el número de generaciones. El padre está en primer grado con respecto al hijo y el abuelo, en segundo; los hermanos, igualmente en segundo grado colateral; los primos hermanos, en cuarto grado, etc. La regla que se desprende del Código es sencilla y puede enunciarse en la siguiente forma: se cuenta el número de generaciones representadas por cada una de las personas de que se trata hasta llegar al tronco, menos una; y si el parentesco es colateral hay que hacer el mismo cómputo pero contando las generaciones de cada una de las dos personas de que se trata hasta llegar también al tronco. Veámoslo en el caso de los primos hermanos; son ellos Juan y Pedro; Juan representa una generación; su padre, otra, su abuelo, una tercera; con respecto al abuelo está pues, Juan, en segundo grado, pues ha habido tres generaciones, y hemos dicho que hay que restar una. Lo mismo podemos decir de Pedro con respecto al abuelo que es el tronco común de los dos: está también en segundo grado. En consecuencia, Juan y Pedro, primos hermanos, están en cuarto grado de consanguinidad, ya que cada uno dista dos grados hasta llegar al tronco y esos grados hay que sumarlos. Un tío con respecto al sobrino está en tercer grado, porque el sobrino dista dos grados del abuelo, tronco común de sobrino y tío, y éste dista un grado del mismo tronco. Esta forma de cómputo establecida por nuestro derecho civil, es diversa de la conocida en el derecho canónico: en éste habrá que contar el número de personas de la línea hasta el tronco, menos una. En línea recta el número de grados es igual que en lo civil; pero no así en línea oblícua. En ésta, dos primos hermanos se encuentran en se-

gundo grado y dos hermanos en primero, pues, no se suman los grados de cada uno sino meramente se consideran los grados del pariente más distante del tronco o de cualquiera de ellos si están a igual distancia. El tío y el sobrino se encuentran en segundo grado, porque el sobrino, que es el que más dista del tronco está en segundo grado con respecto a éste. Además, el derecho canónico considera el parentesco sencillo cuando los padres no son parientes entre sí, y el doble, en caso de serlo: el hijo de dos primos hermanos, a más de ser hijo de ellos es, a la vez, sobrino. Nada importa, por lo demás, para el efecto de existir el parentesco, el que la unión sea legítima, en matrimonio, o fuera de él. Piénsese toda la complejidad y todas las dificultades a que daba lugar esta serie de parentescos, especialmente para los efectos de impedimentos para contraer matrimonio y consiguientes motivos de nulidad del mismo.

Art. 23.—Parentesco legítimo de consanguinidad es aquél 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.

12.—Ante todo, hay que distinguir parentesco legal de parentesco legítimo. El primero consiste meramente en que la ley lo considere y lo regle; el segundo en que, como dice el artículo, todas las generaciones de que resulte hayan sido autorizadas por la ley. Todo parentesco legítimo es legal; pero no todo parentesco legal es legítimo: así el hijo legítimo tiene parentesco legal con el padre, porque la ley regla los derechos y obligaciones de este parentesco; pero no es legítimo porque las generaciones de que resulta no tiene autorización legal o, en otros términos —que significan exactamente lo mismo—, porque no provienen de matrimonio. En este parentesco es, pues, esencial que todas las generaciones hasta el tronco provengan de matrimonio; mas, en cuanto al tronco mismo, puede no provenir de él. En el ejemplo puesto por el Código, el abuelo puede ser ilegítimo sin que por eso, los primos hermanos dejen de tener entre sí parentesco legítimo de consanguinidad. El concepto o institución del parentesco legítimo tuvo importancia fundamental en los aspectos sociales y económicos

de las relaciones familiares. Así se confundía antes el parentesco legal con el legítimo, pues eran escasísimos y secundarios los efectos producidos por otro parentesco que no fuera el legítimo. Las generaciones ilegítimas tenían por causa un pecado y la ley sólo con disgusto se ocupaba en la situación de los hijos del pecado. En nuestro Código clásico, ya veremos brevemente el trato dado a los hijos llamados "naturales", sólo en falta de los legítimos, y el mendrugo de caridad legal arrojado a los hijos "simplemente" ilegítimos. En cuanto a los otros, a los "de dañado ayuntamiento", en la ley no tienen sino calificativos infamantes y ningún derecho que les ampare: son hijos del crimen y "por lo tanto" criminales ellos también. Todo esto ha variado mucho de cinco años a esta parte como lo veremos. Queda, pues, fijado que el parentesco legítimo de consanguinidad es el que procede de matrimonio o de una serie de matrimonios hasta llegar al tronco. En este parentesco se incluye también el caso de legitimación de hijos concebidos antes del matrimonio y legitimados por el que después han contraído los padres.

Art. 24.—Consanguinidad ilegítima es aquella en que una o 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.

REFORMA

Art. 1º—El Art. 24 dirá: "Consanguinidad ilegítima es aquella en que una o más de las generaciones de que resulta no han sido autorizadas por la ley, siempre que los hijos nacidos de ellas hayan adquirido la calidad legal de hijos ilegítimos: como entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido ilegítimo del abuelo común". (21 de noviembre de 1935).

13.—Debemos insistir en que para los efectos jurídicos de las relaciones fundamentales de la familia, no se tiene hoy en consideración sino al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos. La sucesión intestada, la institución de las asignaciones forzosas, la prestación de ali-

mentos solamente se aplica a personas que se encuentran en el caso de alguna de las categorías indicadas. Y, si aún se da derecho en los bienes de la sucesión intestada del difunto a los hijos de los hermanos, es gracias al derecho de representación (Art. 974) mediante el cual ocupan el lugar y, por consiguiente, el grado de aquéllos. El parentesco colateral en tercero y cuarto grado y el de afinidad en segundo, tiene efectos jurídicos muy limitados; podemos señalar entre ellos la disposición del Art. 37 que estudiaremos, las normas de derecho procesal respecto a impedimentos para prestar testimonio, y algunas reglas de derecho administrativo y político respecto a que no puedan desempeñar funciones de cierta índole personas ligadas con otras por esos vínculos de parentesco: así, por ejemplo, según la Ley Orgánica del Poder Judicial no pueden ser funcionarios subalternos del Juez Provincial, ni ser Jueces Cantonales de Menor Cuantía, aquéllos que estuvieren comprendidos en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el Juez Provincial, dentro del territorio en que éste ejerce jurisdicción. Pero, aparte de estas excepciones que no corresponden al derecho privado y de las otras que hemos citado, podemos afirmar que las únicas relaciones familiares que interesan son las de cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.

14.—La norma en estudio dispone que si alguna de las generaciones no ha sido autorizada por la ley, la consanguinidad es ilegítima, lo cual es lógico, porque el artículo anterior fijó ya que en la consanguinidad legítima todas las generaciones deben ser autorizadas por la ley. Ya hicimos observar, por lo demás, que no era menester que el tronco también proviniera de matrimonio. La condición de legitimidad o ilegitimidad sólo tiene, pues, en consideración, las generaciones que provienen del tronco y, de ninguna manera, las anteriores a éste. El ejemplo que trae el artículo, es claro y no requiere mayores comentarios. Lo que sí interesa es considerar el aspecto jurídico nuevo que contiene el artículo gracias a la reforma enunciada. Antes de la reforma toda consanguinidad que no era legítima, era ilegítima y ésta se clasificaba, según los artículos siguientes —especialmente el 31—, en natural, de dañado ayuntamiento o simplemente ilegítima. Con la reforma no hay consanguinidad ilegítima sino cuando los hijos nacidos de

las generaciones de que resulta la ilegitimidad, han adquirido la "condición legal" de hijos ilegítimos. De no haber tal adquisición "legal", no hay, por consiguiente, ilegitimidad. Y la adquisición no depende sólo de la naturaleza, esto es, de que sea cierta la filiación; es menester cumplir las formalidades legales puntualizadas en la Ley Reformatoria de noviembre de 1935, citada anteriormente. Así sucederá, pues, según esa ley, cuando los hijos han sido reconocidos por el padre en la forma y condiciones que la ley expresa y que veremos más adelante, o cuando, la paternidad o maternidad han sido judicialmente declaradas. De lo contrario el hijo no es ilegítimo legalmente y no existe parentesco de consanguinidad ilegítimo. Hay, por lo mismo, una gran cantidad de hijos que la ley desconoce absolutamente y priva de todo derecho: son los que no entran en una de las dos categorías de legítimos o ilegítimos. Por el momento, no podemos ahondar en observaciones sobre la conveniencia o defecto de la reforma. De todas maneras ello es preferible al sistema antiguo, y sólo sería menester ampliar los casos en los cuales cabe la declaratoria judicial de la paternidad o maternidad. La medicina y la biología están llamadas a prestar enormes servicios a este respecto; desgraciadamente hasta ahora sus conclusiones no son definitivas en lo que toca a indagación de la paternidad, y tiene que haber aún gran cantidad de hijos destinados desde antes de nacer a la orfandad. Notemos, además, que con la reforma, todo parentesco es legal, tanto el legítimo como el ilegítimo; si no tiene el carácter de legal, no existe jurídicamente; y, en consecuencia, no produce derechos, obligaciones ni impedimentos de ninguna clase. De modo que los hermanos que lo son en verdad, pero que no tienen "legalmente" parentesco legítimo ni ilegítimo, podrían contraer matrimonio válido. Estos inconvenientes no pueden obviarse con ningún sistema jurídico, y, lo mismo podía ocurrir y ocurría antes de la reforma, aparte de que, conforme al derecho canónico, era menester o posible entrar en investigaciones inmorales y de ningún resultado eficiente.

15.—Para concluir debemos indicar que las leyes del Instituto Nacional de Previsión y de las Cajas de Previsión y el Código del Trabajo permiten que aunque no haya parentesco legal legítimo o ilegítimo, puedan las Juntas Di-

rectivas de tales Instituciones o la autoridad del trabajo, para los efectos de los beneficios que conceden, aceptar libremente las pruebas que demuestren la paternidad o maternidad. El Art. 80 de la Ley del Instituto y de las Cajas dice: "La ilegitimidad será demostrada en la forma prevista por las leyes pero, si ello no fuere posible, las Cajas de Previsión podrán apreciar las pruebas que se presenten respecto de este punto y las demás circunstancias de equidad y justicia para conceder o negar libremente, según su criterio, los fondos de jubilación, montepío o mortuoria". Y el Art. 316 del Código del Trabajo se expresa así: "Los jueces podrán prescindir de las normas comunes de la Ley en lo que respecta a las pruebas del estado civil en que el deudo o deudos funden su derecho a la indemnización, y apreciar libremente las que presenten los interesados, ya para demostrar su parentesco legítimo o ilegítimo con el trabajador fallecido, ya para justificar la identidad personal o de nombre de uno y otros.—Se aceptará la existencia del parentesco ilegítimo aun cuando no existan el reconocimiento, aceptación y más requisitos prescritos por el Código Civil, cuando a juicio del juez se haya probado suficientemente, por otros medios, dicho parentesco". Los efectos de estos casos especiales de reconocimiento de la filiación se refieren, como se ve, únicamente a los beneficios de fondo individual, mortuorio o indemnizaciones que se otorgan en los casos respectivos. No podemos por menos que aplaudir las reformas e innovaciones que acabamos de citar.

Art. 25.—La legitimidad conferida a los hijos por matrimonio posterior de los padres, surte los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Así, dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que fueron legitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en el cuarto grado de consanguinidad transversal legítima.

16.—El Título VIII del Libro I trata de los requisitos y efectos de la legitimación. Hay varios casos en los cuales ella se verifica; mas todos ellos tienen como requisito esencial, el matrimonio de los padres ulterior a la concepción del hijo. No interesa por lo pronto el examen de las formalidades prescritas, a más del matrimonio, para que la legitimación se verifique. Debemos limitarnos a observar que

los hijos legitimados tienen igual categoría jurídica que los legítimos, y aún el Art. 196 comienza expresando: "Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio, y legitimados, etc.", por manera que aún puede, legalmente, emplearse la misma denominación de legítimos cuando se trata de los legitimados. Es natural y lógico, en consecuencia, que el parentesco proveniente de la legitimación, sea también legítimo. Este artículo, en el fondo, era innecesario por estar comprendido en el Art. 43 y en los preceptos generales sobre los efectos de la legitimación: la generación de los hijos legitimados, es, como la de los legítimos, autorizada por la ley, porque proviene del matrimonio de los padres. Corrobora lo que exponemos el Art. 207 al expresar que los legitimados son en todo iguales a los legítimos. Sin embargo, la misma norma aclara que el beneficio de la legitimación no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que la produce y pone como ejemplo el derecho de primogenitura de un hijo que no se pierde por la legitimación posterior de otro, cualquiera que sea la edad de éste. La aclaración no es una excepción, pues sólo se trata de una cuestión de hecho referente al tiempo desde el que rige la legitimación, lo mismo que pudiera observarse si sólo hubiera hijos legítimos. La voz "derecho de primogenitura" no ha de entenderse en el sentido feudal; sino, simplemente, en su acepción de tiempo para los casos concretos en que se haya asignado algún derecho —una herencia supongamos— al hijo primogénito de un matrimonio.

Art. 26.—Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

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

Concordancias:

P. de Bello.—Art. 30.—Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

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

C. Argentino.—Art. 363.—La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija respecto del padre o madre, y así en adelante. En la línea colateral los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos y hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro o madrastra, en relación a los entenados o entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera.

Art. 364.—El parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación a los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

Código de Méjico.—Art. 294.—El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

17.—Este parentesco tiene menor importancia que el de consanguinidad. En el derecho procesal, ya hemos manifestado, que sólo produce impedimentos hasta el segundo grado; para el matrimonio, el impedimento es sólo en el primer grado. Desde el tercer grado, la afinidad no cuenta con el derecho civil y no produce efecto alguno apreciable. El derecho canónico es más complicado también respecto a este parentesco; pero es inútil que enumeremos las normas que existen al respecto y los impedimentos que produce esta clase de parentesco, porque actualmente el derecho civil está plenamente separado del canónico y éste no tiene valor jurídico reconocido por el Estado. Con todo, para poner de relieve la sutileza del sistema canónico en cuanto a parentesco, indiquemos que él reconoce, a más de la afinidad, una cuasi afinidad que deriva de los esponsales y del ma-

trrimonio no consumado llamado matrimonio rato. Según el artículo, la afinidad legítima es un parentesco civil que liga al marido con los consanguíneos de su mujer y a la mujer con los consanguíneos del marido. Por manera que, la base del parentesco es el matrimonio y sin éste no hay afinidad legítima, siendo indiferente, por lo demás, que el matrimonio haya dejado de existir, pues el parentesco, una vez fijado no desaparece por la disolución del vínculo conyugal, cualquiera que sea la causa que haya motivado esa disolución: divorcio, muerte; pero no, en mi concepto, la nulidad porque el efecto de la nulidad es el de considerar la no existencia jurídica del vínculo contraído. A lo sumo podría discutirse si subsiste el parentesco de afinidad cuando se trata de matrimonio putativo (Art. 118); pero esta materia —una de las más complejas en lo que al matrimonio respecta— la trataremos al comentar el Art. 118 citado. Por hoy nos basta dejar fijados estos conceptos fundamentales sobre la norma que analizamos: la afinidad legítima supone el matrimonio y no desaparece por la disolución de éste. Así el marido está en segundo grado de afinidad legítima con la hermana de su mujer y aunque ésta fallezca o se divorcie, subsiste el parentesco. Además, es menester que se trate de consanguíneos legítimos del marido o mujer; si no lo son, si la hermana de la mujer en el ejemplo puesto, es ilegítima, el marido no será su afín legítimo, sería afín ilegítimo, como lo veremos en el artículo siguiente. La computación del grado y línea de afinidad es sencilla: el cónyuge está en el mismo grado y línea que tienen los consanguíneos del marido o mujer con éstos. Si la hermana de la mujer está en segundo grado de afinidad con respecto al marido, es porque está en segundo grado de consanguinidad con respecto a la mujer. El lenguaje usual tiene términos especiales para designar esta clase de parentescos de afinidad en primero y segundo grado: los que están en segundo son cuñados; suegro y suegra son los padres del otro cónyuge; yerno es el marido de la hija; nuera, la mujer del hijo; entenado, alnado o hijastro, el hijo o hija llevados al matrimonio por uno de los cónyuges y no engendrado o concebido por el otro. El yerno, la nuera, el hijastro y el suegro o suegra se encuentran entre sí en primer grado de afinidad, de acuerdo con la norma que hemos indicado. Se ha suscitado, en fin, la cuestión de si el marido tiene o no

parentesco con la mujer: hay que responder que no se trata de parentesco de consanguinidad ni de afinidad, sino de vínculo conyugal, vínculo que origina aquellos parentescos, pero que no puede clasificarse entre ellos.

18.—La afinidad legítima tiene aún hoy realidad familiar y social y por eso está bien el que sea considerada por el derecho; pero con la limitación que queda expuesta, es decir, limitando sus efectos sólo hasta el segundo grado para impedimentos de derecho adjetivo y hasta el primero para el matrimonio. No habría, en efecto, imparcialidad en el testimonio de un cuñado, supongamos, porque en cierto modo, forma parte afectiva a lo menos de la familia; y repugnaría a nuestras costumbres, supongamos, el matrimonio del hijastro con la viuda de su padre fallecido.

19.—Para terminar, aclaremos que la reciprocidad del parentesco de afinidad existe sólo entre cada cónyuge y los consanguíneos del otro; mas no entre los consanguíneos de cada uno. Así el hermano de la mujer es afín del marido; y el hermano de éste es afín de la mujer; pero entre el hermano de la mujer y el hermano del marido no hay parentesco de afinidad. Otro ejemplo: El hijo de Pedro casado con María es afín de ésta; mas entre el hijo del uno y de la otra no hay parentesco de afinidad, ni de consanguinidad, si suponemos que Pedro y María llevaron cada uno, de matrimonio anterior, un hijo al matrimonio nuevo. En consecuencia, el hijo de Pedro podría legalmente contraer matrimonio con la hija de María.

Art. 27.—Es afinidad ilegítima la que existe entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra.

REFORMA

Art. 2.—"El Art. 27 dirá: Es afinidad ilegítima la que existe entre cada uno de los padres ilegítimos de un hijo y los consanguíneos legítimos o ilegítimos del otro de dichos padres, o entre una de dos personas que están o han estado

casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra". (21 de noviembre de 1935).

20.—Señalemos, ante todo, los conceptos fundamentales que se deducen del artículo: hay este parentesco, entre cada uno de los padres ilegítimos de un hijo y los consanguíneos legítimos o ilegítimos del otro; o entre dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra. En el primer caso no es menester el matrimonio; en el segundo, sí. En el uno la ilegitimidad supone que hay un hijo ilegítimo; en el otro, la ilegitimidad se produce porque la consanguinidad es ilegítima. Según la reforma que comentamos, no basta la unión carnal ilegítima para que surja el parentesco. Puede haber la unión ilegítima y no surgir la afinidad con los parientes consanguíneos de quienes mantienen esa unión; para que la afinidad se produzca es menester que haya nacido un hijo de esa unión ilegítima. Sólo en tal caso, y siempre que el hijo nacido haya adquirido la calidad de ilegítimo hay lugar a la afinidad con los consanguíneos de los respectivos padres. Por manera que, si A y B tienen un hijo que no ha sido reconocido ni declarado ilegítimo en forma legal, A no es pariente por afinidad ilegítima de los consanguíneos de B, ni éste lo es de los consanguíneos de A; por lo mismo, A por ejemplo, podrá contraer matrimonio con el padre o madre o hijo de B y lo mismo B con el padre, madre o hijo de A. Ante la ley no existe entre esas personas parentesco alguno. Pero si el hijo de A y B ha sido reconocido o declarado ilegítimo, esos matrimonios no podrían celebrarse porque los contrayentes estarían en primer grado de afinidad ilegítima, esto es, en el caso de prohibición señalado en el Art. 3º, número 9 de la Ley de Matrimonio Civil. Lo que quiere decir que, en adelante, la ley prescinde absolutamente de la tradición canónica que hacía motivo de parentescos e impedimentos la mera unión carnal. El artículo constante en el Código seguía la tradición y sistema dichos al reconocer como base el que dos personas se hubieran "conocido carnalmente", sistema que se prestaba a toda clase de calumnias, indagaciones inmorales e imposibles y dificultades sin cuento. El criterio de la reforma es muy preferible por estos motivos y porque no produce duda ni dificultad alguna en cuanto a la existencia o no del parentesco.

Ya no se trata sino de saber si existen o no padres ilegítimos: si existen —y ello se prueba con el instrumento mediante el que han reconocido al hijo o con la sentencia que declara la ilegitimidad—, hay parentesco de afinidad ilegítima con los consanguíneos del otro padre; si no, no. Supone, pues, la reforma, que ambos padres han reconocido al hijo o han sido declarados tales por sentencia. Si uno sólo es el que esté en ese caso —supongamos la madre— tampoco hay afinidad, sencillamente porque ésta se refiere a los consanguíneos del otro padre y éste no existe ante la ley, porque ya no hay otra paternidad ni filiación ilegítima que la que proviene de reconocimiento voluntario o sentencia judicial.

21.—Por lo demás nada importa para la afinidad ilegítima el que los consanguíneos de los respectivos padres ilegítimos sean consanguíneos legítimos o ilegítimos. En ambos casos la afinidad es ilegítima. Pero, téngase en cuenta, cuando hablamos de consanguinidad ilegítima, que nos referimos al nuevo concepto de ilegitimidad —la reconocida o declarada— y no al antiguo que no requería reconocimiento ni declaración legal de ninguna especie, sino que se basaba o pretendía basarse en la naturaleza real de la filiación aunque estuviera fuera de la ley. Ya volveremos sobre este punto. Ejemplificando, diremos que si Pedro y María son padres ilegítimos de Juan, Pedro es afín ilegítimo de Diego, padre legítimo de María, y ésta es también afín ilegítima de Rosa, madre ilegítima de Pedro.

22.—El segundo caso que produce esta clase de afinidad es más sencillo; la reforma deja subsistir en su integridad las palabras del Código Civil. Hay, sin embargo, la variación fundamental motivada por el nuevo concepto de la palabra "ilegítimo". En el Código, ese vocablo tiene la amplia significación señalada en el Art. 31; en la reforma el concepto se restringe a la ilegitimidad declarada o reconocida como lo hemos dicho y si no la hay, no habrá tampoco afinidad. Así Pedro marido de Juana no tendría parentesco de afinidad con una hija que tuvo Juana antes de casarse y que no fué reconocida ni declarada hija ilegítima. Según el Código, antes de la reforma, el parentesco existiría y produciría los impedimentos y efectos legales consiguientes. A primera vista el nuevo sistema parece dar lugar a inmoralidades como la de que Pedro contraiga ulteriores

nupcias con la hija de Juana, su mujer, si tal hija no obtuvo legalmente la calidad de ilegítima. Pero lo mismo podrá ocurrir con el sistema antiguo por no haber medio de probar la filiación entre la hija y la madre. Y, por otra parte, la moralidad debe imponerse por otros procedimientos y disciplinas; el derecho, aunque siga en parte los principios morales, tiene, ya lo hemos demostrado, otras fuentes y otros propósitos. Notemos que, en habiendo matrimonio, la afinidad se produce aunque no haya hijos. Ello es natural y no contradice el principio anterior de que la unión carnal no era bastante, sino que era menester la existencia de un hijo ilegítimo. El propósito del legislador fué el de que el vínculo fuera evidente y no hubiera ocasión para averiguaciones inmorales o imposibles. En ambos casos se ha conseguido el objeto: en el uno porque la ilegitimidad consta de instrumento público de reconocimiento o declaración judicial; en el otro, porque el matrimonio es igualmente un vínculo que puede demostrarse mediante las actas respectivas. No es menester añadir que el vínculo de afinidad ilegítima es aún de menor importancia real dentro de nuestras costumbres, que el de afinidad legítima. La familia ilegítima no se reduce en verdad sino a los padres y los hijos, y aún eso en contados casos, pues lo general es que sólo estén unidos la madre y el hijo o hijos ilegítimos. Para el padre ello es una carga que considera vergonzosa y denigrante.

Art. 28.—En la afinidad ilegítima se determinan las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima.

23.—No requiere mayor comentario el presente artículo. Nos referimos a lo expuesto en el número 17 al hablar de la determinación de líneas y grados en la afinidad legítima; y al análisis del número 22 sobre la escasa importancia judicial del parentesco de afinidad.

Art. 29.—La computación de los grados de parentesco, según los artículos precedentes, no se aplica a los impedimentos canónicos para el matrimonio.

24.—He aquí un artículo no derogado expresamente, pero que puede entenderse comprendido en la derogación general del Art. 34 de la Ley de Matrimonio Civil. Ninguna importancia ni valor tiene para el derecho civil lo que el derecho canónico prescriba en cuanto a impedimentos para el matrimonio; y los grados de parentesco se han de contar de acuerdo con el Código y no con el Derecho Canónico. Aún respecto de los matrimonios celebrados canónicamente, antes de la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil (1º de enero de 1903), tiene que aplicarse ésta, en lo que corresponde a requisitos de fondo, como la edad, el consentimiento, el parentesco, etc.; de manera que un matrimonio nulo por haber sido contraído entre parientes en el grado prohibido por el derecho canónico, no podría disolverse si no hay prohibición en la Ley de Matrimonio Civil. Ya hablamos, por lo demás, de las normas canónicas para la computación de los grados del parentesco; nos remitimos a lo dicho en los números 11 y 17. Hemos manifestado, igualmente, que el parentesco es impedimento sólo en la línea recta de consanguinidad; en el segundo grado, en la línea colateral de consanguinidad; y en el primer grado sólo, en la de afinidad (números 7, 8 y 9 de la Ley de Matrimonio Civil).

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Art. 30.—Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción. Todos los demás son ilegítimos.

Art. 31.—Los hijos ilegítimos son, o naturales, o de dañado ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

Se llaman naturales los que han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos, con arreglo al título doce de este Libro.

Se llaman de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Los que no son reconocidos como naturales, ni provienen de dañado ayuntamiento, se llaman simplemente ilegítimos.

REFORMA

"Art. 3º.—En lugar de los Arts. 30 y 31 póngase el siguiente: **Los hijos son legítimos o ilegítimos. Legítimos, los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción.**

Ilegítimos, los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquéllos que han sido declarados tales por resolución judicial". (21 de noviembre de 1935).

Concordancias:

C. Chileno.—Art. 36.—Los hijos ilegítimos son o naturales, o de dañado ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

Se llaman naturales en este Código los que han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por instrumento público.

Se llaman de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

P. de Bello.—Art. 34.—Los hijos que no son legítimos, se llaman naturales, reconocidos o simplemente naturales, si han obtenido reconocimiento de su padre o madre o de ambos con los requisitos legales. Los otros se llaman **propriadamente ilegítimos**.

Art. 35.—Entre los hijos ilegítimos que no han sido reconocidos, se llaman de dañado ayuntamiento los adulterinos, los incestuosos y sacrílegos.

C. de Méjico.—Art. 360.—La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con respecto a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Código Soviético de la Familia.—Art. 25.—Los derechos entre los hijos y los padres son recíprocos y se fundan en el consanguíneo común origen.—Los hijos habidos de personas no unidas por matrimonio, tienen idénticos derechos, con relación a sus padres, que los habidos de personas unidas por matrimonio.

Art. 28.—Para completa defensa de los derechos del hijo y de los de la madre, tiene ésta durante el período de la gestación y después del nacimiento del infante, por sí o por sus parientes locales, la facultad de declarar quién es el padre del concebido, indicando el nombre, el patronímico, el apellido y la condición del padre.

Art. 29.—Una vez recibida la declaración a que se refiere el artículo anterior, el encargado del registro de actos de ciudadanía,

lo comunica a la persona señalada en la declaración como padre.— Si el citado, en el plazo de un mes, desde la fecha en que se le notificó el aviso, no hace ninguna objeción, se le inscribe como padre del concebido.— En el plazo de un año, la persona señalada como padre en la declaración hecha en el registro de actos de ciudadanía, puede presentar demanda judicial contra la madre el infante, para acreditar la inexactitud de la declaración.

Art. 30.—Después del nacimiento del hijo, la madre tiene derecho a dirigirse al juez, interponiendo demanda de institución de paternidad.

Art. 31.—Si el juez reconoce como padre de la criatura a la persona indicada en la declaración (Arts. 28 y 29 del presente Código), dicta resolución e impone al padre la obligación de participar en el pago de los gastos que se relacionen con el embarazo, parto y nacimiento y sostenimiento del infante y de la madre hasta seis meses después.

Art. 32.—Si el juez, al resolver la demanda de paternidad, deduce que la madre en el período de la concepción sostenía relaciones sexuales con distintas personas, la declaración indicada en el Art. 28 del presente Código, aún en tal caso, dará lugar a que el juez dicte resolución declarando a uno de ellos padre del infante e imponiéndole las obligaciones establecidas en el Art. 31 de este Código.

Art. 33.—Los derechos de la paternidad se establecen, exclusivamente, en interés de los hijos.—El juez podrá privar de dichos derechos a las personas que no cumplan las obligaciones dimanantes de la paternidad.

25.—Notemos, en primer lugar, que no hay variación alguna en lo que a los hijos legítimos respecta: se emplean en la reforma exactamente las mismas palabras que en el Código. La reforma se refiere a los hijos ilegítimos. Respecto a los primeros —los legítimos— podríamos dividirlos en tres grupos, según la fuente que produce tal estado civil; a saber: hijos legítimos concebidos en matrimonio verdadero de sus padres; hijos legítimos concebidos en el matrimonio putativo de los mismos; e hijos legítimos que han adquirido este carácter por el matrimonio de sus padres verificado con posterioridad a la concepción. Las tres clases, no obstante, tienen como requisito común y esencial el matrimonio de los padres: sin éste no cabe legitimidad. La ley no atiende al nacimiento sino a la concepción, para determinar si el hijo es legítimo: si su concepción se ha verificado en matrimonio, lo será, aunque nazca cuando el matrimonio se halle disuelto (Art. 174). No es preciso tampoco que el matrimonio sea verdadero y válido; basta con que sea putativo, esto es, haya sido contraído de buena

fe siquiera por parte de uno de los cónyuges y que se hayan observado las solemnidades legales aunque, por otros motivos, sea nulo (Art. 118). La ley ordena que el matrimonio putativo surta efectos civiles, como si fuera verdadero y válido, respecto del cónyuge que lo contrajo de buena fe y con justa causa de error y respecto a los hijos en él concebidos: esos efectos subsisten aún después de que se haya declarado la nulidad del vínculo. En cuanto a los legitimados, hablamos de ellos al comentar el Art. 25. Añadamos que el matrimonio putativo no es suficiente para producir la legitimación: así un hijo concebido antes del matrimonio putativo y nacido en éste no adquiere **ipso jure** el carácter de hijo legitimado, (Arts. 197 y 198). El estado civil de hijo legítimo es uno de los más importantes en la organización jurídica de la familia y todo el Código Civil en esta materia se caracterizaba por el propósito de conceder todos los derechos al hijo legítimo y de negarlos al hijo ilegítimo: aquél era el hijo legal, el proveniente de un sacramento; y éste, hijo del pecado, merecedor, como sus padres, de todas las sanciones. Todo esto ha cambiado mucho con la nueva ley, como lo veremos brevemente.

26.—Las Partidas tenían varias denominaciones para los hijos ilegítimos: bastardos, espúreos, concebidos entre parientes en grados prohibidos, manzeres, adulterinos, fornezinos, concebidos en mujeres de orden religiosa, etc. El Art. 31 del Código los clasifica, en naturales, de dañado ayuntamiento o simplemente ilegítimos, y luego da el concepto de cada uno de ellos. Los naturales o sea los reconocidos legalmente por su padre o madre o por ambos, tenían algunos derechos: a alimentos necesarios (número 4 del Art. 311); a sucesión intestada en falta de los hijos legítimos y concurriendo con otros asignatarios (Arts. 979, 980 y 981); a ser criados y educados por sus padres o por el que los hubiera reconocido (273, 274 y siguientes). Pero, en habiendo hijos legítimos, el natural era excluido de la herencia y no tenía derecho sino a alimentos (978 y 1.157, N° 1). Los hijos simplemente ilegítimos, es decir, aquéllos que, sin ser de dañado ayuntamiento, habían obtenido que su padre declarara con juramento que se cree tal, (277), podían exigirle alimentos necesarios (277 y número 6 del 311); en caso de no obtenerlos del padre, les estaba permitido demandarlos a la madre, y si ésta negaba

tal carácter, podían recibirse pruebas para acreditar el parto y la identidad personal del hijo (285 y 286). Ningún derecho a cuidado personal, a crianza y educación, ni menos a heredar ab-intestato: un primo en sexto grado podía ser llamado a la herencia y no el hijo simplemente ilegítimo. En fin, los hijos de dañado ayuntamiento eran nombrados en el Código con el único fin de escarnecerlos con las designaciones más denigrantes; en ningún momento para otorgarles ni una sombra de derecho: no pueden ser reconocidos como naturales (267) ni, lógicamente, pedir que se les considere como hijos ilegítimos (277); ni cabe legitimación porque, si son incestuosos o sacrílegos, el matrimonio entre sus padres (lo último antes de la Ley de Matrimonio Civil) está prohibido; y si son adulterinos, igualmente (número 2, Art. 3º de la Ley de Matrimonio Civil, y 198 del Código Civil). No tienen tampoco derecho a alimentos, ni a herencia, ni a crianza, ni a cuidado de sus padres, ni a nada absolutamente.....! Son los hijos hechos para la miseria y la ignorancia. Era absurdo, inmoral e inhumano que continuara este sistema legislativo basado en la rigidez canónica de no reconocer ni aceptar nada que no proviniera del matrimonio. Y, por ello, ya antes de la reforma legal, la doctrina de los jurisconsultos ecuatorianos se inclinó a interpretar al Art. 277 en el sentido de que el juramento al padre podía solicitarlo también un hijo de dañado ayuntamiento, a pesar de que los términos del artículo, "el hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales", da a entender que quedan excluidos los de dañado ayuntamiento. No tenemos para qué ahondar en este asunto que, gracias a la ley reformativa, carece de toda importancia actual.

27.—Ilegítimos son, dice la Ley Reformativa, los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquéllos que han sido declarados tales por resolución judicial. No hay otra clase de hijos: son legítimos o ilegítimos y nada más; los que no están en una u otra categoría no existen ante la ley. Evidente que quedan al margen de la ley, sin derechos y sin obligaciones de familia, una gran cantidad de hijos; pero dadas las circunstancias actuales de la ciencia, ello no puede evitarse, y sólo cabe que se amplíe en lo posible la protección estatal en favor de los niños abandonados y sin filiación

conocida. Cabría también, aunque empleando la cautela y sindéresis debida para evitar injusticias, ampliar los casos de declaración judicial de la paternidad, y aún dejar a la libre apreciación del juez el decidirlo. No podemos desconocer, sin embargo, lo peligroso de este procedimiento que requiere jueces probos, inteligentes y de gran perspicacia y rectitud. La clasificación de la reforma prescinde, hemos dicho, de todos los hijos que no tienen la calidad de legítimos e ilegítimos; la del Código contenía a todos los hijos, pero ya hemos apuntado que jurídicamente sólo se tenían en cuenta a los legítimos, naturales y a los simplemente ilegítimos, y que los demás se hallaban fuera de la ley. Mejor es el sistema actual, aún como sistema, porque simplifica los problemas jurídicos sobre esta materia, y porque, cuando la ley considera un estado civil o una situación de familia debe ser para fijar los derechos y obligaciones correspondientes, y no meramente por definir y enumerar. Para ser ilegítimo no basta no ser legítimo: es menester haber sido reconocido voluntariamente —en lo cual estos hijos son semejantes a los antiguos hijos naturales—; o haber sido declarados tales por sentencia judicial —en lo que se asemejan a los antiguos hijos simplemente ilegítimos de los Arts. 267, 277 y 286—. Los que no se encuentran en una u otra situación no son hijos ilegítimos. Insistimos en este concepto para que quede claro el sentido de la ley reformativa y no se confunda el actual sistema con el antiguo que calificaba de ilegítimos a todos los que no fueran legítimos sin ningún requisito especial. O reconocimiento o declaración judicial, es indispensable para que se produzca el estado civil de hijo ilegítimo. Los que obtuvieron el reconocimiento de hijos naturales antes de la Ley Reformativa tienen, según ésta (Art. 67), los derechos y obligaciones que se establecen para los hijos ilegítimos. El reconocimiento voluntario se puede verificar de varias maneras, como se indica en el Art. 15 de la Ley Reformativa, y la declaratoria judicial de la paternidad o maternidad puede motivarse por las diversas causales señaladas por los Arts. 19 y 25. Formas de reconocimiento y causales de declaración de la paternidad y maternidad que no corresponden analizar en la presente obra, sino en otra que dedicaremos especialmente a este asunto. Anotemos, sí, que puede ser reconocido como ilegítimo cualquier hijo, aún los ca-

lificados de dañado ayuntamiento por el Código; e, inversamente, cualquier hijo puede solicitar la declaración judicial de la paternidad o maternidad. Ninguna restricción se establece en la ley, excepto la referente a la declaración de maternidad que no puede intentarse contra la mujer casada por razones obvias de paz conyugal (Art. 26, inciso segundo). Por lo mismo, el hijo adulterino (que no lo es ante el derecho civil, porque no se considera ni define esos hijos) puede pedir, con la excepción dicha, que el adúltero o adúltera le reconozcan y lo mismo los llamados incestuosos y sacrílegos: puede intentarse legalmente la acción contra un sacerdote o una monja, y éstos pueden, si lo quieren, hacer voluntariamente el reconocimiento. Que ello repugna. ¿Por qué? Lo que repugna es que un niño, es decir, un ser puro, débil e indefenso, deba nacer condenado al abandono y a la miseria; lo que repugna es que el hombre no arrostre las consecuencias de sus actos y no acepte el fruto de su misma vida. Repetimos, no hay hijos de dañado ayuntamiento y la ley no exige ninguna cualidad especial en "el hijo" para que pueda ser reconocido o para que demande el que se le declare tal. Puede ser que el juicio sea un escándalo; que uno que otro hogar "honorable" se desquicie; que uno que otro individuo "intachable" se avergüence; mas ello no es por causa de la ley —que sólo pretende favorecer, y con cuánta razón, al hijo— sino porque esos individuos "honrados" e "intachables" engendraron un hijo porque lo quisieron.

28.—Para terminar, es menester indicar que los hijos ilegítimos tienen hoy mayores derechos que los naturales de la legislación anterior. A más de conservar los que tuvieron éstos (Arts. 273 y siguientes, 311 número 4º, etc.), y que ya indicamos, concurren a la sucesión intestada de su padre o madre, aún en el caso de haber hijos legítimos (Arts. 47 y siguientes). La Ley Reformatoria aún establece cierta desigualdad —en realidad debiera haber igualdad— entre los hijos legítimos e ilegítimos; pero se ha dado, en todo caso, un gran paso en el camino de las reivindicaciones en favor de los hijos ilegítimos.

Art. 32.—Es adulterino el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una a lo menos, al tiempo de la concepción, estaba casada con otra; salvo que di-

chas dos personas hayan contraído matrimonio putativo, que respecto de ellas surta efectos civiles.

Art. 33.—Es incestuoso, para los efectos civiles:

1º—El concebido entre padres que estaban, uno con otro, en la línea recta de consanguinidad o afinidad;

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

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

La consanguinidad y afinidad de que se trata en este artículo comprenden la legítima y la ilegítima.

Art. 34.—Es sacrílego el concebido entre padres de los cuales alguno era clérigo de órdenes mayores, o persona ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa reconocida por la Iglesia Católica.

REFORMA

Art. 4º—Suprimanse los Arts. 32, 33 y 34 (21 de noviembre de 1935).

29.—Hemos expuesto ya nuestro criterio respecto a los hijos definidos en los tres artículos ya derogados. Añadamos que, ya antes de la Ley Reformatoria de 1935, fueron alteradas las normas en referencia. Desde 1903 desaparece virtualmente el concepto legal de hijos sacrílegos, puesto que la Ley de Matrimonio Civil, no prohíbe que los sacerdotes o personas ligadas por voto solemne de castidad en orden religioso, contraigan matrimonio: los hijos de ese vínculo tenían, pues, que ser legítimos y no sacrílegos ante la ley civil. Y si no fueron concebidos en matrimonio, entiendo que cabía que se los reconociere como naturales, pues no puede decirse que un hijo sea o pueda ser para las relaciones familiares más importantes, hijo legítimo, y, para otras, sacrílego. Repito, desde 1903, los hijos sacrílegos dejaron de pertenecer a la categoría de dañado ayuntamiento, y quedaron, consecuentemente, eliminadas las prohibiciones de reconocerlos, legitimarlos, etc. En lo que respecta a los hijos incestuosos, desde el mismo año, se li-

mitaron los casos de incesto: dejaron de pertenecer a esta clase los hijos concebidos entre parientes en segundo grado de afinidad o entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro, entre tío y sobrina. El Art. 3º de la Ley de Matrimonio Civil, no veda el matrimonio entre esta clase de parientes y, por lo mismo, los hijos que resultan son legítimos, y los que nacen sin matrimonio, de parientes de esos grados, dejaron de ser incestuosos, y tuvieron derecho a los beneficios del reconocimiento como naturales, legitimación, etc. Los hijos adulterinos no recibieron beneficio alguno de la Ley de Matrimonio Civil; por el contrario, su condición fué ratificada en el número 2º del Art. 3º de aquélla, que prohíbe el matrimonio del hombre o la mujer con su correo en el delito de adulterio y en el Art. 4º que declara nulo el vínculo contraído en tales condiciones y en otras. En la Ley Reformatoria de 1935 ha desaparecido también esta clase de hijos; pero subsiste el problema de saber si puede o no contraer matrimonio el hombre o la mujer con su correo en el adulterio, suponiendo, naturalmente, que el adulterio fué declarado en sentencia ejecutoriada, pues de no haber sentencia no habría ante la ley delito alguno. No es éste el lugar apropiado para tratar de esta materia; y nos limitamos a afirmar que cabe el matrimonio porque se ha suprimido el Art. 198 que prohibía la legitimación de hijo concebido en adulterio; la supresión implica que los padres adúlteros pueden contraer nupcias y que, por lo mismo, el número 2 del Art. 3 de la Ley de Matrimonio Civil se encuentra derogado.

Art. 35.—Las denominaciones de legítimos, ilegítimos, naturales y las demás que, según las definiciones precedentes, se dan a los hijos, se aplican correlativamente a sus padres.

REFORMA

Art. 5º—El Art. 35, dirá: "Las denominaciones de legítimos e ilegítimos que, según las definiciones precedentes, se dan a los hijos, se aplican correlativamente a sus padres".—(21 de noviembre de 1935).

30.—El sentido y el motivo de la reforma son obvios puesto que ya no existen sino hijos legítimos e ilegítimos. Es lógico, además, que la misma denominación respecto a la clase de parentesco tenga el hijo que el padre; si el uno es legítimo, igualmente ha de serlo el otro: los términos o calificativos se correlacionan, como expresa el artículo. Antes había correlaciones injuriantes: hijos sacrílegos, padres sacrílegos; hijos adulterinos, padres adulterinos, etc. El artículo no requiere más comentarios, y aún puede afirmarse que era innecesario.

Art. 36.—Los hermanos pueden serlo por parte de padre y de madre, y se llaman entonces hermanos carnales; o sólo por parte de padre, y se llaman entonces hermanos paternos; o sólo por parte de madre, y se llaman entonces hermanos maternos o uterinos.

Son entre sí hermanos naturales los hijos naturales reconocidos por un mismo padre o madre; y tendrán igual relación los hijos legítimos con los naturales del mismo padre o madre.

REFORMA

Art. 6º—El Art. 36 dirá: "Los hermanos pueden ser carnales o medios hermanos. Se denominan carnales los hermanos que lo son por parte de padre y por parte de madre; y medios hermanos, los que son simplemente paternos o maternos".

"Son entre sí hermanos ilegítimos los hijos ilegítimos de un mismo padre o madre; y tendrán igual relación los hijos legítimos con los ilegítimos del mismo padre o madre".

Concordancias:

C. Argentino.—Art. 360.—Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y de la misma madre. Son hermanos unilaterales los que proceden del mismo padre, pero de madres diversas, o de la misma madre, pero de padres diversos.

Art. 361.—Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos; cuando proceden de la misma madre, se llaman hermanos maternos.

31.—El artículo anterior y éste reglamentan la correlación de nombres entre padres, hijos y hermanos; ninguno de los dos trata de parentescos más alejados, pero hay que entender que en todos decide la condición de ser legítimos o ilegítimos. Podrá, pues, hablarse de abuelos, nietos, primos, sobrinos, etc., legítimos o ilegítimos, aplicando las normas de los Arts. 23 y 24. El Código estudia especialmente la condición o cualidad del parentesco en los padres y hermanos por la importancia que tiene para ciertos efectos, especialmente en la sucesión intestada. El Art. 36 no considera la condición de legitimidad o ilegitimidad para las calificaciones de carnales, paternos y maternos o uterinos empleadas. Un hermano ilegítimo puede, por lo mismo, ser de una de las tres clases señaladas, según las circunstancias. La reforma del inciso primero no tiene sentido ni utilidad alguna: conserva el concepto y definición de hermanos carnales, y llama medios hermanos a los paternos o maternos. Medios hermanos es expresión poco castiza y ambigua, y no era menester emplearla habiendo los términos castellanos precisos y claros de hermano paterno y hermano uterino. La trascendencia jurídica del cambio es también nula, porque ni el Código ni la Ley Reformatoria establecen distinción entre los hermanos maternos y los paternos para los efectos jurídicos. El Art. 980, inciso cuarto, disponía que la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la del hermano carnal; y que de no haber éstos, los hermanos legítimos paternos o maternos llevarán por iguales partes toda la herencia. Este artículo se encuentra reformado por el 50 del Decreto Supremo referido, con el propósito de que aún habiendo hermanos legítimos, los ilegítimos tengan derecho a una parte menor de los bienes; mas en lo que respecta a ser hermanos de padre o de madre solamente, no se hace ninguna distinción. El Art. 983 del Código decía, igualmente, que el hermano natural carnal llevará el doble de la herencia que el paterno o materno; y lo mismo ocurre en la ley vigente según el número 5º del mismo Art. 50 citado y con el sólo cambio de la denominación de naturales por ilegítimos. A nada venía, en consecuencia, inventar la incorrecta expresión "medios hermanos" para designar a los que son hermanos paternos o maternos.

32.—En el inciso segundo, la reforma cambia, de acuerdo con su sistema, la expresión "naturales" por "ilegítimos". Hay dos clases de hermanos ilegítimos: a).—Los hijos ilegítimos de un mismo padre o de una misma madre; b).—Los hijos ilegítimos con relación a los legítimos del mismo padre o de la misma madre. Todos los hijos ilegítimos de Pedro, por ejemplo, aunque hayan sido engendrados en mujeres distintas, son entre sí hermanos ilegítimos; y todos los hijos ilegítimos de María serán hermanos ilegítimos de los hijos legítimos que ella haya tenido o tenga. De manera que los hijos legítimos A y B serán entre sí hermanos legítimos, pero con relación a C y D —que son hijos ilegítimos de María— serán sólo hermanos ilegítimos. Ni puede ser de otra manera, pues, no tendría fundamento alguno decir que A, supongamos, es hermano legítimo de C, siendo así que éste no proviene de matrimonio y que sólo el matrimonio produce la legitimidad Art. 23). Ya dijimos en el número anterior, que a esta clase de hermanos se aplican también las denominaciones de carnales, paternos y maternos, o medios hermanos, como dice la reforma.

Art. 37.—En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esta denominación el cónyuge de dicha persona y sus consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, de uno y otro sexo, mayores de edad. Y si fuere hijo natural, su padre y madre que le hayan reconocido, y sus hermanos naturales, mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número, serán oídos los afines legítimos.

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

Los parientes serán citados, y comparecerán a ser oídos verbalmente, en la forma prescrita por el Código de Enjuiciamiento.

REFORMA

Art. 7º—El inciso 1º del Art. 37 dirá: "En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esta denominación el cónyuge de dicha persona y sus consanguíneos legítimos

o ilegítimos hasta el cuarto grado, de uno y otro sexo, mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número serán oídos los afines legítimos, hasta el segundo grado". (21 de noviembre de 1935).

33.—Hay casos en los cuales el juez no puede decidir con pleno conocimiento de causa problemas jurídicos que dicen relación al estado y capacidad de las personas, y entonces es menester apelar a la información de personas allegadas que, por serlo, conocen mejor la situación del individuo de que se trate. Así cuando se pretende colocar en interdicción al disipador, se prescribe que se oiga a dos parientes del mismo (435), igualmente para proveer la guarda dativa en falta de la testamentaria o legítima (362); se comprende que los parientes son los que mejores informaciones pueden suministrar acerca de la verdad o falsedad de los actos de disipación atribuidos a quien pretende colocarse bajo guarda, o acerca de la persona más conveniente para el desempeño de la guarda dativa. En Francia, para casos semejantes, se ha establecido el consejo de familia, con notable éxito; mas entre nosotros, esa institución no sería posible, ya por carecer de tradición, ya por lo relajado que es el vínculo familiar y el escaso valor que tiene el mismo concepto de familia. Se ha preferido, pues, un llamamiento parcial y limitado de parientes: debe elegir el juez a dos de mejor edad y juicio; y de no haber pariente alguno, se llama a dos personas honradas y probas de la localidad y a uno de los Agentes Fiscales (Art. 802 del Código de Procedimiento Civil). Según el Código, antes de la reforma, los parientes llamados son el cónyuge y los consanguíneos legítimos mayores de edad hasta el cuarto grado; y si se tratare de un hijo natural su padre o madre y hermanos naturales. En falta de consanguíneos, se llama a los afines legítimos. Observemos sólomente que parece excluirse al cónyuge y a los consanguíneos legítimos del hijo natural, el que bien puede tenerlos si en su matrimonio ha tenido hijos: debía entenderse lo dispuesto sobre el hijo natural, sin perjuicio de lo reglado antes acerca del cónyuge y consanguíneos legítimos, pues habría sido absurda esa exclusión. La reforma termina con esta dificultad o ambigüedad, al no hacer distinción ni preferencia alguna entre parientes legítimos e ilegítimos: pueden ser oídos

unos u otros, y aún el juez —si tiene motivos para ello— puede oír únicamente a los parientes ilegítimos aunque hayan también legítimos. Tampoco en la ley reformada ni en la reformatoria se da preferencia ni hace distinción con motivo del sexo: pueden ser llamadas las mujeres o los hombres a juicio del juez. El artículo, en fin, no ponía límite al llamamiento de los afines cuando faltaran los consanguíneos; la reforma limita el llamamiento al segundo grado y conserva el requisito de que sean legítimos lo mismo que el artículo. En lo que estamos de acuerdo también con la reforma porque la afinidad ilegítima nunca o casi nunca es vínculo de afecto e interés entre nosotros, sino lo contrario: ningún interés de favorecer al pupilo, hijo ilegítimo, tendría, por ejemplo, la cónyuge del padre ilegítimo de aquel hijo.

34.—El inciso segundo sí establece un orden de preferencia: los descendientes y ascendientes deben ser preferidos a los colaterales y, si sólo existen éstos, se prefiere a los de más cercano grado. Si los parientes están en el mismo grado le corresponde al juez apreciar otras circunstancias para hacer la elección; por ejemplo: las relaciones más íntimas de afecto con la persona de quien se trate, la probidad y desinterés del pariente, etc. Hay que afirmar también que el juez puede apartarse del orden señalado en circunstancias graves o que impidan la audiencia de los parientes más cercanos: así, en caso de ausencia o enfermedad de ellos o de que sus condiciones de probidad, moralidad o afección al pupilo sean dudosas o puedan redundar en perjuicio de la persona respecto a la cual va a oírseles. El inciso tercero dice que el Código adjetivo indica la forma en que los parientes serán citados y comparecerán a ser oídos. Citamos ya la regla que contiene ese Código sobre esta materia, y debemos observar que no se acata en derecho procesal la norma de que la audiencia ha de ser —como su nombre lo indica, y como lo ordena el inciso— verbal. Los jueces admiten un escrito en que los parientes exponen su parecer. Con esto no sólo se viola el inciso del Código Civil —que no está modificado ni derogado por el Código adjetivo—, sino que se altera básicamente el espíritu de la norma y su eficacia, porque en una audiencia puede el juez conocer mejor las diversas circunstancias y detalles de la persona de que se trate, y entonces resolver con cabal co-

nocimiento de los hechos. Llamamos la atención a nuestros jueces y jurisconsultos para que exijan y pidan que se oiga verbalmente a los parientes. Para los efectos de esta audiencia, considera el artículo al cónyuge entre los parientes: propiamente no es tal, según lo demostramos en otro lugar. Son varios los casos en que se oye a los parientes: los principales se refieren al nombramiento de guardadores y a su remoción, de que se trata específica y detalladamente en el lugar correspondiente de la ley.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

JURISPRUDENCIA:

El reconocimiento de hijo natural debe ser aceptado por el reconocido, o, si es menor, por su legítimo representante; a falta de aceptación, no tiene valor alguno. Muerto el reconocido sin aceptar el reconocimiento ni dejar descendencia legítima que, en el caso, le represente, es insubsanable la falta de aceptación. La impugnación, a diferencia de la repudiación, sólo tiene lugar cuando se trata de un acto vicioso, pero consumado: por tanto, si falta la aceptación, es innecesaria la impugnación del reconocimiento.—G. J., S. I., N° 147.—Agosto 23 de 1887.

La prueba testimonial no justifica la legitimidad de un hijo cuando éste ha reconocido, por instrumento auténtico, su ilegitimidad.—N° 13, S. I.—Diciembre 6 de 1890.

Si una de las partes puede solicitar en un juicio que la otra pruebe el estado civil de hijo natural en que funda su derecho, no le corresponde, en este caso, el derecho de impugnar el reconocimiento por alguna deficiencia en la forma concerniente a la aceptación.—G. J., S. IV., N° 160.—Noviembre 28 de 1924.

En el juicio de inventario de los bienes de Carmen Leonor Paredes, se declara: 1°—Que según el inciso 2° del Art. 26 del Código Civil: "La línea y grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se determina por la línea y grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con dicho consanguíneo"; fijando, pues, el copiado inciso una relación legal de parentesco entre afines, tomando como base la línea y grado de consanguinidad, por lo que un afín no puede ser tenido como extraño sino colocado en el lugar que la ley le señala en la familia, existiendo, por consiguiente, el primer grado de afinidad legítima en línea recta entre la madre política y su entenado; y 2°—Que el Art. 6° de la Ley de Impuestos a las Herencias, Legados, Donaciones, etc., de 11 de enero de 1937, dispone que: "Los asignatarios afines pagarán veinte y cinco por ciento de recargo sobre los impuestos anteriores", debiendo cada asignatario pagar según su grado y calidad, de acuerdo con el Art. 9° de la antedicha Ley. Y, como el Art. 26 del Código Civil coloca en primer grado de afinidad legítima en línea recta al entenado, éste tiene que pagar el impuesto que corresponde

a un hijo legítimo, de acuerdo con el susodicho Art. 9º de la Ley de Impuestos a las Herencias, etc., con más el veinte y cinco por ciento de recargo, según el inciso 3º del artículo 6º de esta Ley.—G. J., S. V., Nº 139.—31 de mayo de 1937.

En el juicio Suárez-Andrade, sobre investigación de paternidad, se resuelve: 1º—Que la demanda es procedente, por estar de acuerdo con el Art. 68 de la Ley de 21 de noviembre de 1935 Reformatoria al Código Civil; 2º—Que este artículo, para la constitución del estado civil de hijo ilegítimo por los medios que establece el caso 5º de la investigación de la paternidad, da efecto retroactivo para los nacidos antes del 1º de diciembre de 1935; pues el caso primero mencionado en el referido Art. 68, no es sino continuación de uno de los dos únicos medios que desde antes reconocía el Código Civil; 3º—Que el Art. 67 de la mencionada Reformatoria se refiere únicamente a los derechos y obligaciones de los hijos naturales reconocidos como tales antes de la nueva ley que cambia la denominación dentro del nuevo sistema de clasificación de los hijos nacidos fuera de matrimonio; mas no comprende absolutamente la constitución del estado civil de hijo ilegítimo, mediante actos judiciales o extrajudiciales, cuya materia queda bajo el imperio del Art. 68 en los casos a que él se refiere; 4º—Que basta justificar cualquiera de los casos previstos en el ordinal 5º, sobre la investigación de la paternidad, o ambos si así ha sucedido, para que sea aceptable la demanda; pues de otra manera se contrariaría a la letra y al espíritu de la ley, desconociendo los hechos y las realidades que, por una parte, demuestran la paternidad y, por otra, hacen posible esa misma demostración atenta la edad y más circunstancias que pueden rodear en uno u otro caso o en ambos, si coinciden; 5º—Que justificándose plenamente que el demandado ha manifestado, en muchas ocasiones, que el menor es su hijo, y que no sólo ha participado en su subsistencia, proveyéndole de vestido y alimentación, sino que aún comprometió personalmente a la obstetriz para el alumbramiento y buscó, asimismo, padrinos para el bautizo, es innegable la paternidad demandada y así se la declara, confirmándose, con costas, el fallo subido en grado; y, 6º—Que la caducidad de la acción no puede tener efecto retroactivo, sino que el tiempo establecido para ella rige sólo desde la vigencia de la Ley Reformatoria de 1935.—G. J., S. V., Nº 153.—Setiembre 16 de 1938.

LECCION DECIMA SEGUNDA

PALABRAS DE USO FRECUENTE EN LAS LEYES (Conclusión)

SUMARIO: Representantes legales.—Culpa y dolo.—Caso fortuito.—Caución.—Presunción.—Plazo.—Medidas.—Derogación de la Ley.

Art. 38.—Son representantes legales de una persona el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas los designados en el Art. 540.

Concordancias:

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

C. Argentino.—Art. 57.—Son representantes de los incapaces:
1º—De las personas por nacer: sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;
2º—De los menores impúberes o adultos: sus tutores;
3º—De los dementes, sordo-mudos o ausentes: sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre.
4º—De las mujeres casadas: sus maridos.

1.—La institución de la representación legal se funda en la necesidad de que puedan proceder jurídicamente aquéllos que tienen capacidad jurídica; pero no tienen capacidad de obrar. Hemos establecido ya el concepto y diferencia que existe entre las dos clases de capacidades en la Lección precedente. Es natural y de necesidad lógica que la persona con capacidad jurídica suficiente para ser sujeto de obligaciones y derechos debe tener algún medio señalado por la ley, ya para adquirir válidamente ciertos derechos, ya para contraer obligaciones. De lo contrario su capacidad

jurídica estaría sólo en potencia mientras carezca de capacidad de obrar, y los perjuicios para el individuo de que se trate y para terceros, serían graves y numerosos. No podría el incapaz reclamar una herencia, ni hacer una compra, ni exigir una deuda en forma alguna, e inversamente, nadie podría exigirle ninguna prestación a la cual se encuentre obligado. Ninguna acción judicial cabría de parte de él ni contra él. Precisaba, en consecuencia, que un tercero interviniera completando la personalidad del incapaz, representando esa personalidad jurídica perfecta, pero inapta para expresar libre y eficientemente su voluntad. Los romanos reglaron ya la patria potestad, las tutelas y las curatelas, según lo veremos al analizar cada una de estas instituciones. Nuestro Código las reconoce también, si bien con profundas modificaciones debidas a los nuevos conceptos sobre la familia y sobre el respeto a la personalidad del individuo. No nos corresponde en esta Lección otra cosa que un ligero bosquejo sobre la representación legal de los incapaces, por cuanto, cada especie de ella es materia de Título especiales en el Código Civil y en el de Comercio.

2.—El Art. 1.437 enumera las personas que son capaces y establece dos clases de incapacidades: las absolutas en las cuales están comprendidos los impúberes, dementes y sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito; y las relativas que comprenden a los menores adultos, los disipadores que se hallan en interdicción, las mujeres casadas y las personas jurídicas. En cuanto a los religiosos que cita el artículo, tienen ya capacidad plena al haberse abolido la muerte civil por Decreto Supremo de treinta de abril de mil novecientos treinta y seis. Todas estas personas requieren de alguien que les represente judicial o extrajudicialmente, en actos, contratos y prestaciones de toda clase. El artículo que comentamos considera dos clases de representantes: las de las personas naturales y las de las personas jurídicas. Hay que agregar entre las personas naturales incapaces de obrar, a los ebrios consuetudinarios y a los toxicómanos, de acuerdo con los Arts. 817 y 818 del Código de Procedimiento Civil. Su interdicción se asimila a la de los disipadores. Hay varias clases de representantes legales de las personas naturales: si tienen padres legítimos la representación legal corresponde al padre o, en su falta, a la madre, y se denomina patria potestad: dura hasta que

el hijo cumpla veinte y un años, y es indiferente el que a la incapacidad motivada por la edad se añada otra causa de incapacidad como la demencia o la sordomudez: en todo caso corresponde al padre o madre el cuidado de la persona y bienes del hijo de familia no emancipado (Arts. 446 y 459), sin necesidad de nombramiento especial de curador. Las mujeres casadas tienen como representante al marido, salvo las excepciones de separación o exclusión de bienes; pero si a la incapacidad motivada por el matrimonio se añade otra, como la demencia o interdicción por disipación, tiene lugar la curatela respectiva (Arts. 437 y 451). En los demás casos de incapacidad de las personas naturales, la representación legal comprende derechos y obligaciones señalados en los Títulos y Parágrafos correspondientes y es más o menos extensa en sus funciones y facultades: las responsabilidades del padre de familia, por ejemplo, son menos estrictas que las de un guardador; la administración de un curador general es más amplia que la de un curador de bienes; las formalidades y garantías exigidas a unos son más numerosas que las que se piden a otro: son detalles que, por hoy, no nos toca analizar.

3.—Los representantes legales de las personas jurídicas son los señalados en el Art. 540, dice el artículo que comentamos. Nos ocuparía demasiado espacio el examen del concepto de persona jurídica, sus especies y el detallado análisis de sus representantes legales. Nos limitamos, por ahora a citar la definición dada por el Art. 534: se trata de personas colectivas, o de entidades que persiguen una finalidad, y se clasifican en corporaciones y en fundaciones de beneficencia pública. El representante legal de unas y otras es la persona natural a quien la ley, las ordenanzas respectivas o un acuerdo de la misma persona jurídica han conferido ese carácter. Hay otros representantes y otras personas jurídicas no estudiados en el Título XXXII del Libro I y que lo son en otras partes del mismo Código o en leyes especiales. Citemos algunos casos: la sociedad conyugal es una persona jurídica distinta del marido y mujer que la componen y reglada en el Título XXXII del Libro IV: tiene derechos y obligaciones civiles inherentes a ella y un patrimonio separado del de los socios que son el marido y la mujer; el representante legal de la sociedad conyugal es el marido (1.739, 1.740) etc. Las sociedades civiles son

también personas jurídicas (2.040 inciso segundo) y su representante o representantes son determinados por un acuerdo de la misma sociedad (2.048, 2.058, etc). Igual cosa ocurre con las sociedades mercantiles, según lo regla el Código de Comercio. En fin, las corporaciones de derecho público— supongamos el Estado o las Municipalidades— tienen establecidos en la Constitución y las leyes sus órganos y personas representativas, según la función de que se trate. Como se ve, esta materia es sumamente compleja y amplia y debe ser tratada en los lugares pertinentes. Pero antes de terminar indiquemos que el concepto de representación legal es muy diverso del de mandato: el mandatario no es representante legal del mandante a lo menos desde el punto de vista del derecho privado, que es el que nos interesa. La representación legal supone la incapacidad de obrar en el representado; mientras que el mandato implica precisamente lo contrario, esto es, que el mandato es un contrato (2.103) y el que lo otorga ha de tener la capacidad suficiente para ese efecto. En otros términos, el mandante debe tener facultad legal para hacer por sí mismo aquello que encarga realizar al mandatario. De allí que la muerte o incapacidad del mandante, da fin al mandato (2.150 números 5, 6, 7 y 8).

Art. 39.—La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

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

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

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la ad-

ministración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

4.—Prescindimos, por no correspondernos, de estudiar la culpa y el dolo desde el punto de vista del derecho penal, y nos concretamos al análisis de estos conceptos en lo que al derecho civil atañe. Culpa, de cualquier clase, es falta de cuidado, de esmero, de diligencia en un asunto cualquiera. Es omisión de un acto o de una serie de actos que pudieron realizarse y de hecho no se realizaron por negligencia o desidia de una persona. Supone, pues, la culpa una actitud negativa que ocasiona daño a un tercero, y, en un concepto más lato, al mismo causante de la omisión. Si no hay daño, el concepto de culpa desaparece, lo mismo que si se trata de una omisión dolosa y fraudulenta o del ánimo positivo de irrogar perjuicio. No tendría sentido llamar culpable una falta que no causa daño a nadie; y sería injurídico llamar culpa al acto que tiende positiva y deliberadamente a ocasionar un perjuicio. Podría en consecuencia, decirse que la culpa supone en el sujeto culpable una falta de previsión o precaución que pudieron tenerse en mientes y no se realizaron; mas no porque se sabía que de esa falta iba a resultar un daño, sino meramente porque su negligencia o descuido le hicieron creer que ello no era preciso. Vamos a ver más concretamente estas ideas generales con el análisis de los incisos contenidos en el artículo.

5.—Hay catalogadas tres clases de culpa: la grave, la leve y la levísima. El artículo define cada una de ellas de acuerdo con la extensión de la negligencia que se atribuye al culpable. Pero a primera vista, se comprende que no es posible una clasificación cerrada y preestablecida. Como se clasificaron tres clases de culpa pudieron fijarse diez o ciento, pues la escala de la mayor o menor diligencia puede dividirse en cuantas partes se quiera. Además, la culpa es diversa según el sujeto al cual se la impute. Lo que es culpa grave para un hombre versado en los negocios, será leve o no será culpa alguna para quien no entiende de ellos. Intervienen en esta materia factores sociales, psicológicos, educativos, etc., y de allí que la apreciación de los hechos tiene que hacerse en concreto y no desde puntos de vista generales. La culpa grave, según nuestra ley consiste en

no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Se toma, como se ve, un tipo de "personas negligentes y de poca prudencia", y a ese tipo hay que subordinar los actos de los individuos, cualquiera que sea su edad, educación, conocimientos, desarrollo intelectual, etc. El defecto fundamental de la definición reside, por lo mismo, en establecer un modelo de cuidado de los negocios, y por ese modelo fijado a priori decidir los casos particulares de culpa. Lo justo es dejar la calificación a la apreciación del juez, de acuerdo con las circunstancias y los méritos de los hechos reales que consten del proceso. La culpa grave, se dice, en materias civiles equivale al dolo, cuyo concepto analizaremos más adelante.

6.—La culpa leve es la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios. El tipo de individuo para calificar si hay o no culpa leve es el célebre "buen padre de familia", de quien se presume que emplea "un cuidado ordinario o mediano" en sus negocios. Dependerá de quién sea ese padre de familia, y lo obvio es suponer que un buen padre de familia empleará no un cuidado ordinario, sino un cuidado más intenso en los negocios propios o de su familia. Se conservan estos conceptos y denominaciones de culpa meramente por tradición milenaria; pero es hora ya de cambiarlos y ponerlos en la realidad del presente.

7.—La culpa o descuido levísimo tiene como tipo de referencia a los negocios "más importantes" del "hombre juicioso". De manera que en lo que respecta al "buen padre de familia", parece innecesario que sea juicioso. No se sabe tampoco qué será hombre juicioso y cuáles serán los negocios más importantes a que se refiere el inciso, puesto que hay una escala inmensa tanto en lo que respecta al juicio, cuanto en lo que toca a la importancia de los negocios. Son ideas netamente relativas, y, así, un indígena jornalero del campo será el hombre juicioso con respecto a otros jornaleros menos inteligentes; y por el contrario no tendrá juicio alguno si lo comparamos con un banquero, supongamos, siempre que el banquero tenga juicio. Lo mismo cabe decir de la importancia de los negocios. Esta culpa levísima parece que no la conocieron ni los romanos, tan sutiles en sus distinciones; pero un error de interpretación de los

textos, hizo que fuera adaptada por los glosadores y luego por todos los jurisconsultos. Actualmente los Códigos no distinguen en verdad sino la culpa grave de la culpa leve y no se preocupan de esta "levísima culpa" conservada en nuestro Código Civil.

8.—El último inciso manifiesta que el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. En este concepto el dolo tiene una acepción general aplicable tanto a lo civil cuanto a lo penal: el delito supone también la intención positiva de causar daño. Pero, prescindiendo de las consideraciones que podrían hacerse en el campo del derecho penal, hay que precisar que el dolo supone la producción voluntaria de un error en la otra parte para obtener de ésta una estipulación jurídica, que de no haber habido tal error o ignorancia, no habría aceptado. Puede haber, por lo mismo, dolo en el simple silencio de uno de los contratantes; pero en este punto, el juez ha de tener suma discreción para apreciar las circunstancias del caso: hay negocios en que el deber de información es menor que en otros. El asunto no cabe resolverlo a priori. El dolo es uno de los vicios del consentimiento necesario para la validez de los actos y declaraciones de voluntad (1.441); y por lo mismo el acto o contrato viciado de dolo, adolece de nulidad relativa, es decir, que no cabe declarar sino a petición de parte. El Art. 1.448 establece que para que la nulidad se declare, el dolo ha de ser obra de una de las partes, y aparecer, además, que sin él no se habría contratado. Si no concurren estas circunstancias, sóloamente hay lugar a indemnización de perjuicios: así, en el caso de que el dolo no provenga de uno de los contratantes sino de un tercero que ha aprovechado del contrato doloso, o ha sido causante del dolo. No compete en este libro considerar ampliamente el punto que brevemente estamos apuntando.

9.—Hemos dicho ya que los conceptos de culpa y dolo son de suma importancia en el derecho penal, puesto que son los elementos causantes de los delitos. Pero, a más de la pena o sanción establecida en el derecho penal para la conducta ilícita por culpa y dolo, hay un aspecto fundamental que interesa a lo civil, y que consiste, en la indemnización de perjuicios. En este aspecto, nuestro Código Civil tiene el Título XXXV del Libro IV, en el cual se establecen

varias normas respecto a las indemnizaciones a que se encuentra obligado el que ha cometido un delito o un cuasi delito. Pero el artículo que estamos comentando, sólomente tiene en consideración un aspecto de la culpa y del dolo; el que ocurre en la administración de los negocios ajenos, o en el cumplimiento de los contratos ya establecidos. Se supone, pues, la existencia del contrato cualquiera que sea, y se trata de distinguir en el proceso de cumplimiento del mismo, los diversos aspectos de culpa o dolo en que puede incurrir una de las partes o ambas. Para la conciencia jurídica primitiva —lo hicimos ya notar en otra Lección— no había la distinción moderna de la culpa, el dolo y el caso fortuito; el deudor era considerado como un delincuente; y el procedimiento civil para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones, estaba confundido con el procedimiento penal. La evolución jurídica se caracteriza por la separación gradual del derecho civil del penal, y por la distinción del derecho público del derecho privado.

10.—La aplicación dada por nuestro Código a las distinciones de la culpa, es la establecida en el Art. 1.537, según el cual el deudor es sólo responsable de la culpa grave en los contratos útiles sólomente al acreedor, como en el depósito; de la leve en aquéllos en que ambas partes reciben beneficio recíproco, como en la compraventa; y de la levísima, en los contratos que redundan únicamente en provecho del deudor, como ocurre en el comodato (Art. 2.165). Como se ve, los conceptos de culpa y dolo hay que estudiarlos a través de todos los contratos establecidos en el Código Civil. Basta, por ahora, con los conceptos generales dados sobre la materia. Y es inútil, por otra parte, citar ejemplos, pues los mismos en que hubiera culpa grave podrían ser reveladores de culpa leve, o a la inversa, según las circunstancias del asunto.

Art. 40.—Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Concordancias:

C. Argentino.—Art. 514.—Caso fortuito es el que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse.

C. Soviético.—Art. 403.—Todo aquel que ha causado un daño a la persona o a los bienes de otro está obligado a reparar el daño. Queda librado de esta obligación si prueba que no podía prevenir este daño, que tenía facultad legal para causarlo, o que el daño se ha producido a consecuencia de una premeditación o de una negligencia inexcusable de la víctima misma.

11.—Distinguen los tratadistas entre fuerza mayor y caso fortuito, según las circunstancias imprevistas, proveniga de obra del hombre o de un fenómeno de la naturaleza. Pero jurídicamente la diferencia es inútil, puesto que el efecto de la fuerza mayor o del caso fortuito es el mismo. El deudor generalmente responde de la culpa y con mayor razón del dolo, como lo hemos observado; pero no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora y que el caso fortuito sea de los que no hubieran dañado la cosa si hubiera estado en poder del acreedor, o a menos que el caso fortuito haya ocurrido por su culpa (inciso segundo del Art. 1.537). Naturalmente, si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito o de alguno en particular, se estará a lo estipulado (Art. 1.663). Pero, de todas maneras, el deudor que alega el caso fortuito debe probarlo, y no se lo presume en caso alguno (Art. 1.664). Tal es la doctrina y la aplicación que tiene dentro de nuestro sistema civil el caso fortuito.

12.—Aparte de esto, los comentadores entran en sutiles distinciones para separar la culpa del caso fortuito, y dicen por ejemplo: que si alguien va por la noche por un camino peligroso, llevando bienes que pertenecen al acreedor y esos bienes son robados, el deudor sería responsable y no podría alegar caso fortuito, puesto que él se expuso a que se cometiera el robo. Ciertamente que es así; y que ello demuestra que establecer a priori conceptos jurídicos es sumamente peligroso; y que preferible es que sea el juez quien determine el grado de responsabilidad que puede tener el deudor. Se distingue también entre casos fortuitos ordinarios y extraordinarios: por ejemplo, la marcha normal de las estaciones, las lluvias, las granizadas, etc., que ocurren normalmente, aunque destruyan una sementera no serán casos fortuitos, porque están en el orden común de las cosas; pero si las lluvias o el granizo son excesivos, extraordinarios, entonces cabe hablar de caso fortuito; lo mismo, para más claridad en el ejemplo, si se trata de un terremoto.

to. Es peligroso en esta materia decidir y resolver a priori, sin consideración a todos los hechos que constituyen el problema jurídico. Notemos que sutilizando el asunto se llegaría a la conclusión de que nunca hay casos fortuitos, porque realmente nada es fortuito y todo está determinado: el terremoto, la inundación y las nevadas, tenían necesariamente que ocurrir y con la intensidad y duración que ocurrieron. No debe mirarse, pues, el problema, desde el punto de vista de la causalidad necesaria, sino desde el punto de vista psicológico, de la posibilidad de previsión por parte del deudor y de la falta absoluta de culpabilidad en él. Y aún estas circunstancias han de ser apreciadas con cordura y *sindéresis*, ya que un sabio o un genio puede prever infinidad de efectos que para un ignorante o un individuo de mediana cultura constituirían casos fortuitos y fenómenos extraordinarios. Además, aquello que no puede preverse, puede a lo menos asegurarse; y entonces el deudor sería responsable del incendio o del terremoto aunque sea imposible preverlos, si no tomó un seguro contra incendio o contra el terremoto. Una vez más queda demostrado que el sistema dogmático aceptado por los Códigos clásicos conduce a injusticias y absurdos notorios. En el caso que examinamos, nuestra tesis es la de que debe dejarse a la decisión judicial el apreciar todas las circunstancias del caso fortuito alegado y probado por el deudor para absolverlo o condenarlo.

13.—Hay contratos en los cuales su base está constituida por la responsabilidad de los casos fortuitos: así en los de seguro de vida o contra incendios o contra otras circunstancias imprevistas. Entonces el deudor responde precisamente de esos casos fortuitos.

14.—El derecho moderno tiende a dar mucha mayor elasticidad a los conceptos de la culpa y de la responsabilidad del obligado y a establecer indemnizaciones aunque el daño producido no pueda atribuirse a culpa o dolo en el sentido clásico. En el negocio de transporte por tierra, mar o aire se propugna que las Compañías que hacen el servicio respondan de los siniestros o daños ocurridos, cualquiera que sea la causa. Eso es más equitativo y justo, porque establecer la diligencia o cuidado ordinario es sumamente sencillo; y, por el contrario, es muy difícil probar que ha habido culpa o dolo en la producción del daño. Igualmente

ocurre con respecto a los accidentes del trabajo: el patrono responde de los accidentes ocurridos a sus obreros. El Código del Trabajo, en su Art. 289, dice: "Accidente del trabajo es todo suceso imprevisto y repentino que ocasiona al trabajador una lesión corporal o perturbación funcional, con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena". Para que el patrono quede exento de responsabilidad es menester dolo o culpa grave de parte de la víctima del accidente, o que el accidente se deba a fuerza mayor absolutamente extraña al trabajo que se realiza; pero la imprudencia profesional no exime al patrono de la obligación de indemnizar a la víctima o a sus herederos. Como se ve, la noción clásica e individualista de la culpa, el dolo y el caso fortuito, con sus consecuencias jurídicas correspondientes, ha variado de manera fundamental; y a ello han contribuido tanto un examen más detenido de tales conceptos, como, especialmente, las nuevas orientaciones de derecho social y de protección obrera.

Art. 41.—Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.

15.—No procede tratar sino en términos generales sobre esta materia, por cuanto su estudio detallado corresponde al Libro IV de Las Obligaciones, en él se le dedican especialmente los Títulos XXXVI, XXXVII y XXXVIII. Caución, viene del latín **cautio**, que significa seguridad, y constituye un contrato accesorio que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no pueda subsistir sin ella (Art. 1.432). Propiamente y, en sí misma, no es la caución una obligación, como la llama el artículo que comentamos: puede o no traer como resultado la obligación del que la presta; si la obligación principal se cumple, ninguna obligación tiene que cumplir el que ha dado la caución. Así el fiador no responde sino en caso de incumplimiento del deudor principal; y en los casos de prenda y de hipoteca no tiene derecho alguno el acreedor si el deudor ha pagado su deuda.

16.—La fianza siempre asegura el cumplimiento de una obligación ajena, pues no cabe ser fiador de sí mismo;

pero la prenda y la hipoteca pueden asegurar la efectividad de una obligación propia o ajena: el mismo deudor puede prestarlas o puede prestarla un tercero en beneficio del deudor.

17.—El prestar caución en veces depende de la libre voluntad de los contratantes; en otras, es impuesto por las leyes. Así el curador y el tutor están, salvo excepciones, obligados a prestar fianza o hipoteca para responder por los resultados de la administración de los bienes del pupilo (Arts. 365 y 366); el usufructuario tiene, igualmente, obligaciones de prestar caución por la cosa usufrutuada, salvo que el propietario o el constituyente le exoneren (Art. 762); el rematante de bienes subastados, cuando queda adeudando un saldo del precio del remate, recibe la cosa con el gravamen de la hipoteca que garantiza el pago de ese saldo (Art. 497 del Código de Procedimiento Civil, etc., etc. En fin, hay casos en los cuales la prestación de caución es un requisito para el ejercicio de ciertas facultades o para impedir algún procedimiento judicial de la otra parte: por ejemplo, según el Art. 481 del Código de Procedimiento Civil, el acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza a satisfacción del juez por los resultados del juicio ordinario, siempre que el deudor manifieste que va a intentarlo; y según el 979 del mismo Código, el deudor podrá hacer cesar las providencias preventivas de secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes raíces dando hipoteca o fianza que, a juicio del juez, aseguren el pago de lo adeudado al acreedor. El indiciado en los juicios por delitos, puede obtener su libertad provisional mientras se subsancie la causa, previa prestación de fianza; etc.

18.—El artículo que comentamos dice que son especies de caución, la fianza, la prenda y la hipoteca, dando con ello a entender que hay otros contratos que sirven para asegurar el cumplimiento de la obligación principal. En realidad no hay otros medios dentro del derecho civil. En el procesal pueden citarse las llamadas providencias preventivas, como una especie de cauciones establecidas por la ley, sin necesidad del consentimiento del deudor, y que tienden a garantizar que se cumpla las obligaciones. Esas medidas, como lo hemos dicho ya, son el secuestro, la retención y la prohibición de enajenar bienes raíces, la de ausentarse y el inventario de la cosa sobre la que va a litigar-

se. No nos toca examinar estas medidas que corresponden al derecho adjetivo.

Art. 42.—Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a 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 o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

19.—El sistema de las pruebas, como lo hemos hecho notar en Lecciones anteriores, ha variado con los postulados jurídicos y culturales de los pueblos. Ya indicamos que están actualmente en desuso las pruebas medioevales del tormento como requisito indispensable de la confesión del delincuente, las ordalías, el juicio de Dios, etc. Nuestra época racionalista no admite sino las pruebas señaladas en el Título XXI del Libro Cuarto, es decir la prueba escrita, la testimonial, la confesión, la inspección y las presunciones o indicios. El Código de Procedimiento Civil repite tal enumeración añadiendo la pericial que, propiamente está incluida en la inspección.

Los comentadores discuten el valor intrínseco de tales pruebas, la superioridad de una sobre otra, etc. No nos compete el análisis del asunto, porque sólo tratamos de la definición de la presunción. No obstante cabe decir que, en nuestro concepto, todas las pruebas, en el fondo, son sólo presunciones más o menos cercanas a la verdad. Un instrumento público, se dice, prueba plenamente en cuanto obligaciones y descargos, respecto a los que lo han suscrito; y sin embargo bien puede ser que tales obligaciones y descargos sean falsos, que las declaraciones hayan sido arrancadas por dolo o por fuerza o por ignorancia, etc. La confesión de parte mismo —prueba por excelencia— puede no estar conforme con la realidad de las cosas, puesto

que la confesión no es sino la expresión psicológica de la creencia del que confiesa, creencia que puede ser perfectamente falsa. Y con mayor razón la llamada prueba testimonial. Los jueces, en todo caso, tienen que fallar por estas pruebas de aparente veracidad, aunque la verdad verdadera —si vale la expresión— sea otra. No debemos, en consecuencia, enorgullecernos demasiado por el progreso que significa la racionalización de las pruebas citadas. Es posible que con el avance de las ciencias se consiga una mayor aproximación a la realidad y a la verdad. En este sentido creo que la inspección judicial, completada por el dictamen pericial está llamada a ser la prueba por excelencia; en materia criminal y de investigación puede decirse que es la prueba y el procedimiento fundamental, para llegar a soluciones satisfactorias en cuanto al delito y al descubrimiento del verdadero delincuente. Toda prueba no es sino presunción más o menos grave, más o menos precisa respecto de la verdad de un hecho o de un acto jurídico. Lo que ocurre es que la ley ha nominado ciertas presunciones con el nombre de instrumentos públicos, privados, confesión, etc. y, las demás pruebas no catalogadas las califica con la denominación genérica de presunciones. Llama también prueba incompleta o semiplena (Art. 116 del Código de Procedimiento Civil) a la que deja duda acerca del hecho, contraponiéndola a aquélla que no deja ninguna duda sobre la verdad de lo controvertido. La ley juzga a priori que las pruebas por ella catalogadas —debidamente practicadas— no dejan ninguna duda; lo que no es cierto puesto que toda prueba puede dejar esa duda. Sin embargo, no puede exigirse más de las leyes, porque de lo contrario, ningún litigio se fallaría. Hay que admitir la verdad legal incontrovertible, aunque la verdad real sea distinta; y un hecho legalmente puede ser claro e indudable, aunque psicológicamente no lo sea. Es lo mismo que ocurre con la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

20.—Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo que estamos comentando; las judiciales son las que deduce el juez y deben tener las calidades de ser graves, precisas y concordantes. El establecimiento de presunciones judiciales debe ser más cuidadoso en derecho penal que en derecho civil: en aquél la jurisprudencia establece que los antecedentes de los cuales

se deduce la consecuencia, han de estar comprobados plenamente. La prueba de las presunciones se reputa plena siempre que reúna los requisitos de que éstas sean graves, precisas y concordantes (Art. 118 del Código de Procedimiento Civil y 1702 del Código Civil). Las presunciones legales son las determinadas expresamente en la ley, la cual en esta forma y en casos especiales que considera importantes, quiere dejar establecido plenamente un hecho o presumir su verdad, salvo que haya prueba en contrario. Supongamos que se trate de la posesión: el poseedor, dice el Art. 688, inciso segundo, se reputa —o sea se presume— dueño mientras otra persona no justifica serlo. La presunción en este caso nace del orden natural de las cosas, ya que, generalmente, quien tiene algo con ánimo de señor o dueño y ejerce actos de dominio, es porque es realmente tal. No sería justo, por lo mismo, que el poseedor se halle obligado a probar un dominio que debe presumirse de las circunstancias exteriores. Pero se permite que otro demuestre que esa posesión no es dominio. Otro caso: el Art. 175 del Código dispone que el hijo que nace después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él y tiene por padre al marido. Es otra presunción que deriva del orden moral y general de la institución matrimonial; pero se permite al marido demostrar que durante el período en que pudo verificarse la concepción estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer, y que, por tanto, el hijo no es suyo. El Art. 60 establece otra presunción para fijar el domicilio de una persona, presunción fundada, como la que acabamos de ver, en el mismo principio de la naturaleza de las instituciones jurídicas y en el orden normal de las cosas.

21.—Las presunciones legales admiten, según el artículo que comentamos, la clasificación de presunciones legales que admiten prueba en contrario y presunciones legales que no la admiten: a éstas se denomina también presunciones de derecho. Los comentadores y glosadores del derecho romano inventaron los términos de presunciones **juris tantum** y presunciones **juris et de jure** para la clasificación indicada. Las presunciones que acabamos de citar en el número anterior serían, pues, presunciones legales que admiten prueba en contrario. La presunción señalada en el Art. 73 es una presunción de derecho, pues no cabe ni

pretender demostrarse que la concepción ha precedido al nacimiento de una persona menos de ciento ochenta días o más de trescientos contados hacia atrás desde la media noche en que principia el día del nacimiento. La ley entiende que fisiológicamente está fuera del orden natural de las cosas un caso así, y por lo mismo niega toda tentativa de prueba en contrario. Hay que anotar, además, que hay presunciones de derecho no calificadas con esta expresión dentro del Código. Así el Art. 216 dice que "siempre se presumirá" que hay el temor de que se perviertan los hijos cuando ha sido el adulterio de la madre el que ha dado motivo al divorcio; no es posible, pues, admitir prueba de que, a pesar del adulterio, puede no haber el temor de pervisión y de que, por lo tanto, deben confiarse los hijos a la madre. El Art. 694, inciso último, expresa que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. Esta regla deriva del Art. 13 que presume que la ley es conocida de todos y que su ignorancia no excusa a persona alguna. Ya hemos considerado oportunamente este punto. Estas presunciones de derecho, como lo hacen notar los tratadistas, no deben considerarse tales, sino reglas o normas imperativas. Es erróneo emplear el vocablo y el concepto de presunción o indicio para calificar un principio jurídico de carácter imperativo, como ocurre en todos los casos señalados. En este sentido, todas las normas jurídicas serían meras presunciones. Debiera dejarse el calificativo de tales únicamente a las que admiten prueba en contrario y a las presunciones judiciales.

Art. 43.—Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los Tribunales o Juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo.

El primero y el último día del plazo de meses o años deberán tener una misma fecha en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de veintiocho, veintinueve, treinta o treinta y un días, y el plazo de un año de trescientos sesenta y cinco o trescientos sesenta y seis días, según los casos.

Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que 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 exceda al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

Se aplicarán estas reglas a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y, en general, a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades ecuatorianas; salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa.

Concordancias:

P. de Bello.—Art. 46.—Todos los plazos de años, meses o días de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Supremo Gobierno, o de los tribunales o juzgados, se entenderán completos, y principiarán y terminarán a la media noche, a menos de expresarse otra cosa.

Todo plazo de días correrá de media noche a media noche; es decir, desde la media noche en que termina el día que se fijare como principio hasta la media noche en que termine el último día del plazo.

Una semana constará de siete días completos, computados de la misma manera.

Un plazo de meses correrá desde la media noche en que termine el día que se fijare como principio, hasta la media noche en que termine el día que tenga el mismo número en el último mes a que se extienda el plazo. Cada mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, según los casos.

De la misma manera los años correrán desde la media noche en que termine el día que se fijare como principio, hasta la media noche en que termine el día que tenga el mismo número en el mismo mes del último año a que se extienda el plazo. Por consiguiente, cada año podrá ser de 365 o 366 días según los casos.

El plazo de meses o años que tiene por principio la media noche en que termina el último día de un mes, se entenderá cumplido en la media noche en que termine el último día del último mes comprendido en el plazo.

Se aplicarán estas reglas a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y en general, a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades chilenas; salvo que en las mismas leyes o actos se ordene expresamente otra cosa.

C. Español.—Art. 7.—Si en las leyes se habla de meses, días o noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinte y cuatro horas, y las noches desde que se pone hasta que sale el sol.

Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan.

22.—El tiempo tiene importancia fundamental para las relaciones jurídicas: determina su nacimiento, su duración, su límite. Con el espacio constituye los carriles de la interminable vía por la cual se precipita el universo y el hombre en un vértigo de marcha. Todas las cosas se producen en el tiempo y en el espacio; y éstos son un molde y un marco férreo que nada, ni la vida, ni el espíritu, pueden romper. No sabemos qué es el tiempo ni qué el espacio: la metafísica gira en torno de estos conceptos como la parábola en torno de sus polos, sin conseguir nunca encerrarlos en una verdad ni en una fórmula. Pero vemos su función y que todo está en función de distancia y de devenir: mundos, civilizaciones, ideales, derechos, todo es devorado por el abismo del Ayer, y nacido al abismo no menos grande y misterioso del Mañana. Todo pasa, todo resbala, no veo dos veces el mismo río, dijo creo que Heráclito; y todo vuelve a germinar, crecer y florecer interminablemente. No podemos comprender cuál es el objeto, ni el sentido de este tejer y destejer la misma tela de Penelope, ni cuál es el fin de esta monomanía universal y humana, de repetir siempre las mismas formas, los mismos hechos y los mismos errores. Mas, sea como quiera, el tiempo es factor decisivo de todas las relaciones del hombre con los otros hombres. El afán de eternidad y de perpetuidad, silencia o niega muchas veces, el tiempo; y así sostenemos que ciertas instituciones o creencias son eternas, son la verdad intangible y diamantina que no puede acabarse. Pero el tiempo se encarga de desmentirlo y de reducir a polvo las más hondas creencias y las mejor construídas instituciones; y después no queda sino un poco de polvo a merced del viento y una página roída en la leyenda de los siglos fenecidos.

23.—En lo jurídico, el tiempo tiene importancia desde el momento en que nace el individuo: es menester que viva a lo menos veinte y cuatro horas completas para que pueda juzgarse que existe la persona (Art. 71). Luego, para el conjunto de derechos que sucesivamente va entregando la ley al titular de los mismos, precisa que la persona tenga edad determinada, como ya lo vimos en la Lcción precedente. Y lo mismo ocurre en lo que respecta a la conservación o extinción de ciertos derechos. Así, el que posee un inmueble un año puede entablar acciones posesorias; el que lo posee diez con título, puede adquirir el do-

minio, lo mismo que el que lo posee treinta, aunque sea sin título alguno. Hay multitud de casos en que las leyes se refieren al tiempo y es ocioso citarlos; basta indicar que, aún para la vigencia de la misma ley es menester que haya transcurrido cierto tiempo.

24.—El artículo trata de la manera de computar los plazos; pero no da el concepto de plazo. El Art. 1.428 trae una definición referente a las obligaciones, manifestando que es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. Más generalmente puede decirse que es un espacio de tiempo cierto dentro del cual debe ocurrir algo, o cuya extinción produce ciertos efectos determinados. Se distingue del término en que éste indica el día o momento en que un efecto se produce o debe producirse. El plazo viene a ser, pues, una sucesión de tiempo; mientras que el término, es la conclusión del plazo. No obstante estos conceptos se confunden a menudo y así vemos que el inciso último del artículo que comentamos, habla de "plazos o términos". En derecho procesal se emplea el vocablo término en sentido técnico como "período de tiempo que concede la ley o el juez para la práctica de cualquier diligencia o acto judicial"; de manera que término viene a ser un plazo para asuntos procesales, judiciales. Otra diferencia importante hay entre condición y plazo. La condición supone siempre algo futuro, e incierto; mientras que el plazo es tiempo futuro pero cierto, es decir, que necesariamente tiene que ocurrir. Si se dispone que A tenga el goce de un inmueble hasta que B se case, trátase de una condición porque es incierto el que tal casamiento se haga o no; pero si se dice que lo tenga hasta que B fallezca, no se tratará de una condición, sino de un plazo indeterminado, porque es cierto que el fallecimiento tiene que producirse, aunque no se sepa cuándo. El Código prefiere (Art. 1.071) hacer una clasificación puntualizando varios casos al respecto.

25.—La condición o el plazo, pueden suspender la adquisición de un derecho o extinguirlo: en el primer caso se trata de condición o plazo suspensivo; en el segundo, de condición o plazo resolutorio. Así, cuando se asigna una cosa siempre que A se haga abogado o desde tal fecha, será menester que se cumpla esa condición o llegue ese plazo para que la cosa sea adquirida y entre tanto debiera no

haber sino una mera expectativa. No obstante la ley, tratándose de asignación desde fecha determinada o día cierto, resuelve que el titular del derecho lo adquiere en propiedad; pero que no puede reclamar la cosa sino desde que el día ha llegado. Solución lógica, por cuanto se sabe positivamente que el día va a llegar; lo que no ocurre con la condición (Art. 1.074). De igual naturaleza es la disposición de que cuando la asignación es hasta día cierto, no tiene el asignatario la propiedad de la cosa sino meramente su usufructo; sería absurdo darle un dominio que necesariamente tiene que cesar en tal día (Art. 1.077). No podemos detenernos más en el análisis de estas diferencias y conceptos que son sumamente complicados. Basta las breves explicaciones dadas. Hay que añadir, no obstante, que el plazo en las relaciones jurídicas no afecta generalmente al derecho o sea a su existencia o extinción, sino a su cumplimiento o exigencia. De allí que el Código trae la definición de plazo en el libro de las obligaciones y lo califica como la época en que una obligación debe ser cumplida. En un préstamo, a un mes plazo, por ejemplo, el plazo no significa que el derecho de crédito no va a existir sino dentro de un mes o que va a extinguirse cumplido que sea; no, el derecho existe desde el primer momento y el plazo sólo significa que la obligación o pago debe ser cumplido dentro del lapso dicho, so pena de que, el acreedor pueda proponer las acciones judiciales correspondientes.

26.—En las relaciones jurídicas el tiempo puede ser considerado, ya como prioridad, ya como transcurso. Si se trata de prioridad del acto jurídico en relación con otro, tienen importancia aún las fracciones del tiempo; si se trata de duración —plazo— entonces sólo se considera el período llamado día, y se prescinde de las horas y de otras fracciones como minutos y segundos. Si por ejemplo, es menester decidir quién tiene el dominio de un inmueble vendido a varios, sería menester, en nuestro sistema de tradición, averiguar cuál de los compradores obtuvo primeramente la inscripción de su título de dominio: ése será el dueño aunque la inscripción posterior —de haberla— se haya producido después de un minuto de la primera. Pero si se considera cuándo será exigible una deuda contraída a las siete de la mañana del primero de febrero y con el plazo de dos días, no se considerarán las horas decurridas desde las siete

de la mañana hasta las doce de la noche del mismo día y habrá que resolver que la deuda es exigible desde la primera hora del cuatro de febrero y no desde las siete de la mañana del tres. Por eso el inciso primero dispone que el plazo correrá hasta la media noche del último día del plazo, es decir, en nuestro ejemplo, hasta las doce de la noche del día tres de febrero. Se comprende que, en la vida práctica sería difícil probar con exactitud la hora y minuto en que comienza un término para saber hasta qué hora y minuto concluye. La regla legal evita estas dificultades, y los juicios y discrepancias correspondientes. Estas reglas se aplican tanto a los plazos señalados en las leyes cuanto en los fijados por las autoridades y juzgados. En lo procesal la importancia es máxima, porque un derecho no ejercido durante el término señalado, no puede ejercerse después; así en lo que respecta a pruebas, a recursos, etc.

27.—Los plazos y términos están regidos por el Calendario, que es institución de cultura universal. El sistema vigente se llama gregoriano en honor a Gregorio XII, quien rectificó el llamado calendario Juliano, porque los errores de tiempos acumulados desde la creación de éste último, llegaban en el siglo XVI a diez días. El calendario gregoriano establece que el año se compone de trescientos sesenta y cinco días; cada cuatro años se añade un día intercalar al mes de febrero; cada cuatrocientos años se suprimen tres intercalaciones. El año, que mide el tiempo de una traslación terrestre en torno del sol, se divide en doce meses: siete de treinta y un días, cuatro de treinta; y uno, el de febrero, que tiene veinte y ocho días, o veinte y nueve en los años en que se hace la intercalación indicada. El mes lo dividían los romanos en tres partes llamadas kalendas, nonas e idus, y la semana era de ocho días. El día señala el tiempo de rotación de la tierra en torno de su eje, y se lo divide en día propiamente dicho, mientras el sol está sobre el horizonte, y noche, cuando ya no está. Los romanos dividían el día en doce horas y la noche en otras tantas, de donde resultaba que las horas del día eran de mayor o menor duración que las de la noche, según la época del año, es decir, según el día fuera más o menos largo. Actualmente se divide el día —entendido por tal también la noche— en veinte y cuatro horas; la hora en sesenta minutos y el minuto en sesenta segundos.

28.—Las reglas contenidas en los incisos del artículo que comentamos son obvias y claras: discrepan un tanto de las dadas en otras legislaciones, como la alemana, pero tienen el mérito de establecer una sólo norma para todos los casos en que hay que considerar plazos y términos. Si se trata de plazo de días, éstos han de ser completos y correr además hasta la media noche del último día del plazo; si de meses o años, se cuenta de fecha a fecha igual, aunque resulte así que el mes tenga veinte y ocho, veinte y nueve, treinta o treinta y un días; o el año tenga 365 o 366 días; si la fecha en que comienza un plazo de meses o años corresponde a un mes que tiene más días que aquél en que ha de terminar el plazo, el último día de plazo ha de ser el último día de este segundo mes: así una obligación suscrita el treinta y uno de enero a un mes plazo, terminará el 28 o 29 de febrero, porque este mes tiene como último día el 28 o el 29. Estas normas —ya lo dijimos— son generales y se aplican a todos los plazos o términos señalados en las leyes, mandamientos judiciales o administrativos, etc. Hay las excepciones indicadas, especialmente en lo que respecta a términos judiciales.

Art. 44.—Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o 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 transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la media noche en que termina el último día de dicho espacio de tiempo.

29.—Esta norma es sólo un corolario o aplicación del artículo que dejamos estudiado. Sóloamente se la da para mayor claridad y por el afán del Código de evitar dudas o ambigüedades. Se trata de dos casos: cuando algo debe ser hecho en o dentro de cierto plazo; y cuando debe transcurrir un lapso para que nazcan o expiren ciertos derechos. En el primer caso, el acto vale si se ejecuta hasta la media noche del último día del plazo. Un pago, por ejemplo, puede ser hecho hasta que llegue esa media noche; el dueño de una cosa puede interrumpir la prescripción del poseedor por medio de demanda hasta ese mismo momento, etc. En

el segundo caso, los derechos no nacen o expiran sino vencido el último día del plazo hasta el último momento, es decir, hasta que llegue la media noche. Regla que se aplica por ejemplo a la prescripción, a las obligaciones de dar o hacer, a la mayor edad, etc. Cabe observar, no obstante, en lo que respecta a la mora del deudor, que en ocasiones no basta el decurrir del plazo para ese efecto, sino que precisa requerimiento judicial. Pero esto concierne al concepto y efectos de la mora, que no corresponde analizar en este momento: nos referimos meramente al Art. 1.541.

Art. 45.—En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los Tribunales o Juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así; pues, en tal caso, no se contarán los feriados.

30.—El artículo trae la diferencia entre días útiles y días feriados. En general, días útiles son aquéllos en que se administra justicia; feriados son cuando ello no ocurre y se suspende, por lo mismo, el curso de los asuntos judiciales. Los días feriados son civiles o cívicos y religiosos, cuyo concepto salta a la vista. La norma comentada expresa que deben contarse también los días feriados como norma general; y que no se contarán sino los útiles cuando expresamente se disponga así. En verdad este artículo se aplica ampliamente a todos los casos con excepción de los términos judiciales. Para cumplir una obligación, adquirir un derecho, obtener la mayoría de edad, etc., se cuentan toda clase de días: los útiles y los feriados; pero para lo judicial, la regla es la contraria, a lo menos en materia civil: no se cuentan los días feriados. El Art. 172 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: "Son hábiles para las diligencias judiciales todos los días, desde las ocho de la mañana hasta las cinco de la tarde, excepto los feriados. Además, los Tribunales y Juzgados están autorizados para expedir sus providencias en cualquier hora del día. Fuera de los días y horas hábiles no se podrá practicar ninguna diligencia judicial, sino habilitándolos previamente, de oficio o a petición de parte o con justa causa, salvo los casos en que por disposición especial se ordene lo contrario."

Y el Art. 173 expresa: "En ningún Tribunal ni Juzgado, Ordinario, Especial, Civil o Militar, se tendrán por feriados otros días que los domingos, los de fiesta cívica, los de las dos semanas subsiguientes al Domingo de Ramos; del primero al diez de agosto inclusive, el dos de noviembre y el veinte y cinco de diciembre hasta el seis de enero, inclusive". Complementando lo expuesto, el Art. 332 del Código de Procedimiento Civil, dice: "No correrán los términos, en los días feriados y de vacante, y los jueces no podrán habilitarlos por ningún motivo.—Esto no obsta para que, previa habilitación, se expidan providencias y se las cite o notifique; pero el término no correrá conforme se dispone en el inciso anterior. La disposición del inciso primero, es también aplicable a los incidentes de abandono en las causas penales".

Art. 46.—Las medidas de extensión, peso, duración y cualesquiera otras de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los Tribunales o Juzgados, se entenderán siempre según las definiciones legales; y a falta de éstas en el sentido general y popular, a menos que se exprese otra cosa.

31.—Este artículo carece de importancia y de necesidad, porque ya los numerales segundo y tercero del Art. 18, nos enseñaron que las palabras definidas por el Legislador se han de entender, según éste las haya definido; y que, de no haber definición, se atenderá al sentido técnico que tienen, o al natural y obvio. Así —refiriéndonos a medidas— los vocablos metro, gramo, litro, etc., han de tomarse con su valor científico y técnico; pero la palabra "sucre", medida monetaria del Ecuador, se ha de tomar conforme a la definición dada en la respectiva ley de monedas. Lo mismo cuando se habla de "pertenencias" y otros términos usados en las leyes de minería y de hidrocarburos. Aparte de estas voces hay otras usadas por el pueblo, como "mula", "carga", "tercio", etc., para designar cantidades de productos que se acostumbra transportar por medio de acémilas. Coexisten en el uso popular nuestro el sistema métrico decimal de medidas de peso, extensión y volumen, con los sistemas antiguos de varas, cuadras, leguas, quintales,

etc., y aún cabe afirmar que estos sistemas son más empleados que los otros.

32.—El artículo se refiere sólomente a las medidas mencionadas en las leyes o decretos; mas es aplicable también a los actos y contratos, a menos que la intención de las partes demuestre claramente otra cosa (Art. 1.550). En lo demás nos referimos a lo expuesto al comentar el Art. 18 en los numerales indicados.

Art. 47.—La derogación de las leyes podrá ser expresa o 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 o parcial.

Concordancias:

C. Mejicano.—Art. 9º.—La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

Art. 10.—Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

C. Español.—Art. 5.—Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.

33.—Los romanos distinguían entre abrogación y derogación de la ley: llamaban abrogación cuando toda la ley anterior quedaba insubsistente, y derogación cuando sólomente se suprimían algunos de sus preceptos, quedando vigentes los demás. La terminología actual emplea el vocablo derogación indistintamente para los dos casos señalados. La derogación de las leyes se relaciona estrechamente con lo que ya hemos hablado al tratar de los límites de la ley en el tiempo y de sus efectos, cuando una ley anterior está en pugna con otra posterior. Conviene releer la Lección respectiva como complemento de explicación del presente artículo. En general hay que sentar la tesis de que las leyes son esencialmente temporales y para determinadas situaciones, por manera que, necesariamente, están su-

jetas a desaparecimiento y substitución cuando cambian las circunstancias que las motivaron y la ideología de los hombres que las forjaron. Cuando el derecho está formado por la costumbre, las nuevas destruyen y reemplazan a las antiguas; pero dentro del sistema netamente legalista que rige en lo moderno a los pueblos llamados latinos, una ley no puede ser derogada sino por otra ley: la costumbre no la deroga; el desuso tampoco. Los juristas alemanes, en cambio, admiten que la costumbre, como fuente del derecho que es, no está bajo el imperio del derecho sino más allá del mismo, creándolo, y puede, por lo mismo, modificar el Código Civil.

34.—Hay casos especiales en los que la misma ley señala el término hasta el cual ha de regir o dispone que subsistirán sus normas mientras concurren determinadas circunstancias: son leyes transitorias, que no requieren derogación expresa ni tácita, sino que en sí mismas llevan determinado el período de su duración. Así sucede cuando un sistema jurídico nuevo se implanta en substitución de otro antiguo: en nuestras constituciones pueden verse un capítulo de disposiciones transitorias, y lo mismo en otros cuerpos de leyes. Ello sucede también cuando la ley se da en razón de casos extraordinarios como guerras, epidemias, etc.

35.—Salvo, pues, los casos determinados en el número precedente, para que una ley deje de existir es preciso que una posterior la derogue. La derogación puede ser expresa o tácita: expresa en el caso obvio definido por el inciso segundo del artículo; tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles con la anterior. No cabe, en efecto, que siendo las nuevas disposiciones opuestas a las antiguas subsistan ambas; sería absurdo; ni cabe que sólo rijan las antiguas, porque entonces la nueva ley, no tendría aplicación, y porque ésta expresa o debe expresar la conciencia jurídica del momento en que se la dicta. Pero sí hay que tener sumo cuidado en la apreciación de incompatibilidad, que puede ser meramente aparente y no real, o que puede existir por creerse erróneamente que los casos a que se aplica la nueva ley son los mismos de la antigua. Si ésta y la nueva ley reglan un sector distinto de hechos, cada una puede subsistir independientemente sin que la segunda derogue a la primera. La incompatibilidad, en

consecuencia, debe ser real para que la derogación se produzca. Puede la derogación tácita ser total cuando la pugna entre las legislaciones es del sistema mismo jurídico, del ideal o propósito fundamental que informa la legislación antigua y nueva: no cabe entonces que quede vigente ninguna disposición de la ley antigua. Pero, en caso contrario, las disposiciones que se entienden derogadas son sólo la estrictamente incompatibles entre sí y subsisten las demás.

36.—Hay varias formas de derogación expresa. Puede ser más o menos general o concreta. Puede, por ejemplo, decirse que se deroga tal o cual ley o tales y cuales artículos de la ley antigua, o bien, como es más común, declarar derogadas todas las leyes que estuvieren en contradicción con la ley nueva. Una fórmula más adecuada es la que emplea el Código Civil en su artículo final: "quedarán derogadas, aún en la parte que no fueren contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan". En esta forma, no es menester hacer el análisis de disposiciones antiguas que son compatibles con las que son incompatibles, sino que totalmente, en las materias tratadas por la ley nueva, desaparece la legislación antigua. Así mismo, el artículo final del Código del Trabajo, dice: "Quedan derogadas todas las leyes y decretos expedidos en materia de trabajo, aun cuando no estén en oposición con el presente Código".

Art. 48.—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.

37.—Queda ya expuesto que la derogación tácita comprende sólo las disposiciones que son incompatibles comparadas las dos legislaciones, y aunque versen sobre la misma materia. Pero es evidente que, si entre las dos legislaciones hay cambio de sistema, toda la ley anterior queda derogada aunque no se lo diga expresamente. Con todo, es preferible en este caso, que el legislador manifieste expresamente su voluntad de que no subsistan las normas anteriores.

Art. 49.—La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa.

38.—Sienta aquí el legislador un principio demasiado general, y que, por lo mismo, admite excepciones. No es posible que la ley especial anterior subsista cuando la intención evidente y clara del legislador sea contraria, aunque expresamente no se diga que la ley especial se deroga. Con todo, el artículo tiene grande valor en casos generales, cuando la ley posterior no adopta un cambio radical del sistema legislativo: entonces la ley especial subsiste salvo norma expresa. Así, por ejemplo, leyes especiales de minería, de comercio, etc., no se derogan tácitamente por la expedición de un nuevo Código Civil. Pero si los principios fundamentales de la nueva legislación están en abierta pugna con aquellas leyes, entonces sería clara la intención del legislador, y no podrían subsistir. La dificultad para la aplicación de este artículo reside en el concepto de ley general y ley especial: al respecto nos referimos a la doctrina desenvuelta en la Lección respectiva. Lo especial y lo general son conceptos relativos, y no cabe sostener a priori que una ley es siempre especial o siempre general: esas denominaciones no pueden darse sino mediante la comparación concreta de las leyes de que se trate.

JURISPRUDENCIA:

Desde que se hace ostensible la oposición de intereses entre los derechos del padre y los de los hijos a quienes representa, debe darse a dichos menores un curador **ad litem**, como lo prescribe el Art. 25 de la Ley Reformatoria al Código de Enjuiciamiento Civil, sancionada el 10 de octubre de 1921. En el caso, a intervenir sólo el padre, el juicio es nulo por ilegitimidad de personería, nulidad que incumbe al juez declararla aún de oficio, según lo dispuesto en el Art. 407 del indicado Código.—G. J., S. IV, N° 236.—28 de octubre de 1926.

Intentada la nulidad de matrimonio por el padre de la mujer casada, menor de edad, en uso de la facultad concedida por el Art. 8 de la Ley de Matrimonio Civil, debe entenderse que el actor ejerce un derecho personal suyo, y no el de representante legal de la hija, cuya emancipación de la autoridad paterna queda consumada por el hecho del matrimonio. Por lo mismo, la demanda debe citarse a la cónyuge, y, por ella, a un curador **ad litem**. En el mismo caso, debe ser oído e intervenir como parte el Defensor de menores. Por consiguiente, al faltar la intervención del curador y del Defensor de menores el proceso es nulo.—G. J., S. IV., N° 68.—26 de noviembre de 1921.

La muerte es el fin de la existencia de las personas, y, con ella, termina toda la personalidad jurídica, bien para celebrar contratos, bien para comparecer en juicio por medio de mandatario o representante legal. Por lo mismo es ilegal la representación de quien se presenta en juicio a nombre de una persona ya fallecida. No puede ser subsanada esta invalidez con la intervención o ratificación de los herederos del fallecido. En consecuencia, seguido el proceso con la expresada representación el proceso es nulo.—G. J., S. IV., N° 123.—1° de junio de 1922.

En la causa Escobar, Zamora-Martínez, se resuelve: 1°—Que, una demanda dirigida contra una persona que, para obtener pagos, se fingió apoderada de otra, se le pide, no la restitución de lo indebido, sino el reembolso de lo que el actor pagó, por concepto de la misma obligación, a otro acreedor legítimo, tal demanda no es improcedente, ni desprovista de causa jurídica, pues está fundada en

los Arts. 2.296 y 2.311 del Código Civil, que establecen la responsabilidad del que, con su dolo o malicia, ha causado perjuicios; y 2º—Que, en todos los casos en que la ley no los presume, tales dolo o malicia deben ser probados por quien funda en ellos su acción.—G. J., S. V., N° 63.—Mayo 11 de 1932.

Para que un naufragio constituya caso fortuito, es menester que haya sobrevenido a consecuencia de un suceso imprevisto e irresistible, y que el suceso no sea imputable a culpa del deudor; si estas circunstancias no se comprueban y, con mayor razón, si aparece que el deudor no empleó el debido cuidado para evitarlo, es responsable de las consecuencias.—G. J., S. I., N° 95.—Marzo 22 de 1904.

En la cubierta del testamento cerrado deben constar cumplidas las formalidades que el Art. 1013 del Código Civil establece como esenciales, sin que se presuma su cumplimiento, ni pueda justificarse con ninguna prueba posterior.—G. J., S. II., N° 56.—Octubre 29 de 1908.

Si una persona declara en una escritura que únicamente se le queda adeudando para el completo del pago de una deuda una suma de dinero, dicha declaración constituye presunción legal de que el pago de la restante cantidad de la declarada fué hecha por el deudor. Dicha presunción debe ser destruída por el actor mediante la prueba correspondiente. La confesión del cedente sobre que fué el cesionario quien le pagó la restante cantidad de la declarada, no constituye dicha prueba, la cual debe reunir las condiciones necesarias para destruir el mérito legal de la escritura.—G. J., S. IV., N° 156.—Julio 30 de 1924.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

El lapso señalado en el Art. 462 del Código de Enjuiciamiento Civil, para el abandono, no es un plazo sino un término, y así lo califica el Art. 471 del propio Código, y así es en efecto, atento el Art. 348, por tratarse de un período de tiempo que, conforme a la ley, tiene el actor o recurrente para cualquier gestión judicial mediante la cual haya de continuar la causa, so pena de que se la declare abandonada, según su estado. Por lo mismo el término fijado para el abandono no corre en los días feriados y de vacante, conforme lo dispone el Art. 216 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.—G. J., S. V., N° 39.—27 de marzo de 1931.

En el juicio Terán-Villena, sobre deslinde, se resuelve: 1º—Que el espacio de tiempo determinado en el Art. 462 del Código de Enjuiciamiento Civil, para el abandono de la instancia y de los recursos de apelación y tercera instancia, no es dilación cuyo cómputo deba someterse a lo prescrito en el Código Sustantivo Civil, porque dicho lapso de tiempo es un término, respecto del cual se aplican las disposiciones concernientes al Código de Enjuiciamientos; 2º—Que el período de tiempo a que se refieren las disposiciones para contestar la demanda y para las pruebas, para las apelaciones, deserción y abandono, y en general, para todo lo relacionado con el procedimiento de

las causas civiles, versa no sobre derechos, obligaciones o su extinción, que tiene como fuente lo determinado por el Art. 1.427 del Código Civil, sino sobre diligencias judiciales o extinción de derechos, cuyo antecedente es la controversia de las partes que han acudido al juez para alcanzar un fallo judicial; 3º—Que siendo, pues, el lapso para el abandono de una instancia o recurso, no un plazo, sino un término legal, como lo califica el Art. 431 del Código de Enjuiciamiento Civil, es evidente que el período de abandono de una instancia debe someterse a lo prescrito por el Art. 216 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual no corren los términos en los días feriados y de vacante.—G. J., S. V., N° 24.—2 de abril de 1930.

En el juicio Cadena - Maldonado, se resuelve: 2º—Que al Poder Legislativo le corresponde la facultad de señalar los días feriados y de vacancia para el Poder Judicial, ya mediante lo estatuido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya fijando por decreto especial, los nuevos días de fiesta cívica nacional; 3º—Que, las fiestas cívicas decretadas por el Poder Ejecutivo, alcanzan únicamente al orden meramente administrativo, sin afectar en nada al orden judicial; y, 4º—Que, por lo expuesto, la fiesta cívica del 13 de abril de 1932, decretada por el Poder Ejecutivo, en celebración del primer centenario del nacimiento de don Juan Montalvo, no afectaba al Poder Judicial, ni tuvo el efecto de suspender los términos judiciales, y en consecuencia, en el caso, de excepción propuesta, es extemporánea.—G. J., S. V., N° 78.—Abril 4 de 1933.

En el juicio de liquidación de la sociedad conyugal Chiriboga - Ledesma, por divorcio, se resuelve: Sexto.—Habiendo sido derogadas las leyes anteriores que reglamentaban el derecho del padre o de la madre para tener bajo su cuidado y atender a la educación de los hijos legítimos de uno y otro sexo, en caso de divorcio, toca a los jueces resolver este punto en cada caso, de acuerdo con los principios de derecho universal, y por tanto con el espíritu general de la legislación ecuatoriana, de carácter público y privado; y en conformidad con estas normas de derecho, entrando en cuenta la edad del hijo de que se trata y su declaración terminante de que prefiere vivir con su madre, no con su padre, así como los sentimientos de éstos en lo que mira a la formación de un joven en el seno del hogar, estímase digna de prevalecer la voluntad del hijo y su elección del padre o madre con quien haya de convivir, sujeto a la disciplina filial.—26 de julio de 1939.